

## EDJ 2000/20668

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 26-6-2000, nº 1127/2000, rec. 836/1999

Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique

### Resumen

*El TS estima parcialmente rec. casación interpuesto por los acusados en procedimiento seguido por delito contra la salud pública. La Sala, entre otras consideraciones, plantea el tema de los efectos decomisados. El art. 374 CP 1995 contiene una norma especial referente al comiso como consecuencia jurídica accesoria a los distintos tipos de tráfico de drogas. El comiso se extiende a las drogas y a los vehículos que "hayan servido de instrumento para la comisión de cualesquiera de los delitos previstos en los arts. anteriores, o provengan de los mismos así como las ganancias de ellos obtenidas". Tras revisar el caso, el Tribunal dispone la devolución de 192.000.- pts., puesto que la AP no expresó como llegó a la convicción de que se trataba de ganancias procedentes del tráfico de drogas. También del vehículo incautado, pues no está acreditado que se utilizara para transportar la escasa cantidad de droga que fue aprehendida. Por último, las joyas, puesto que no hubo una pretensión expresa de la acusación al respecto.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.368 , art.371 , art.374

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

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.24.1 , art.24.2 , art.53.3 , art.120.3 , art.374

RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal  
art.849.1 , art.849.2 , art.851.1 , art.851.3

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	4
SEGUNDA SENTENCIA .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### COMISO

##### CONTRABANDO Y TRÁFICO DE DROGAS

#### DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

##### DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

###### Sustancias que causan grave daño a la salud

###### Cocaína

###### Actividades

###### Tenencia preordenada al tráfico

###### Apreciación

###### Proceso penal

###### Presunción de inocencia

###### Principio acusatorio

###### Prueba

###### Testigos

###### Policía

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.368, art.371, art.374 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

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

Aplica art.24.1, art.24.2, art.53.3, art.120.3, art.374 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

## Jurisprudencia

- Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 25 abril 2007 (J2007/40222)
- Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 1 julio 2008 (J2008/111604)
- Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 20 noviembre 2009 (J2009/344780)
- Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 21 octubre 2010 (J2010/226141)
- Citada en el mismo sentido por SAP Alava de 24 septiembre 2010 (J2010/254491)

## 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 veintiséis de Junio de dos mil.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos pende interpuesto por los procesados Mercedes y Juan contra sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, 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 deliberación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos procesados, como parte recurrente, representados por el Procurador Sr. Núñez Armendariz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Don Benito procedimiento abreviado número 25/98 contra los procesados Mercedes, Juan y Ana y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz que, con fecha 2 de noviembre de 1998 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Primero.- Como consecuencia de investigaciones policiales llevadas a cabo por miembros del Equipo de Policía Judicial de la Guardia Civil y teniendo fundadas sospechas de que los acusados Mercedes, mayor de edad, con D.N.I. núm.... y sin antecedentes penales y su hija Ana, con D.N.I...., mayor de edad y sin antecedentes penales, se dedicaba a la venta de sustancias estupefacientes, solicitaron con fecha 12 de enero de 1998 autorización de entrada y registro del domicilio de la primera sito en la calle E., núm...., de la localidad de Yelbes. Dicha diligencia se llevó a cabo con esa misma fecha, ocupándose en el registro efectuado, los siguientes efectos: En uno de los bolsillos laterales de una "chaquetón-cazadora" propiedad de Ana, que se encontraba colgada del armario ropero del dormitorio que la misma ocupaba, apareció una balanza de precisión marca Tanita mod. 1479 así como un trozo de plástico conteniendo una sustancia en forma de piedra de color blanco. En el bolsillo izquierdo de dicha prenda: una bola grande envuelta en una bolsa de plástico. Dichas sustancias, tras el análisis efectuado por el Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla, resultaron tratarse de: Cocaína (91'36%--55'04%), con un peso total de 69,55 gramos.

En el bolso de Mercedes, madre de la anterior, aparecieron: 63.000 pts., un pañuelo anudado conteniendo variadas joyas, así como "dos cucharillas", que al ser analizadas por el referido Instituto, se identificó en ambas la presencia de restos de "cocaína".

Igualmente, se ocuparon en el domicilio, y en concreto, en el dormitorio de esta última: 12 billetes de 2.000 pts., un billete de 1.000, 9 billetes de 5.000 pts., 1 billete de 10.000, un estuche negro de cartón conteniendo dos relojes de oro desmontados, un par de pendientes dorados con pedrería y restos de dos pendientes. En el salón de la vivienda, se le intervino a Ana: 9 billetes de 5.000 pts., 2 billetes de 1.000 pts. y un billete de 2.000 pts., así como 9 cartuchos, calibre 9 mm. corto, fábrica Sta. Bárbara, año 74-76.

Segundo.- De igual forma consecuente a las referidas pesquisas y sospechas de dicha fuerza actuante, y en coordinación con el mencionado registro, el mismo día e inmediatamente antes de que éste se practicara, tras seguimientos y "apostaderos" varios, y como quiera que venían observando en varias ocasiones que entraba y salía del domicilio arriba reseñado, miembros del equipo actuante pudieron observar al acusado Juan, mayor de edad y sin antecedentes penales, salía de dicha vivienda, donde a la sazón únicamente se encontraba Mercedes, procediendo -tras un leve seguimiento- a interceptarle cuando circulaba con el vehículo marca C-15, matrícula M-...-HP propiedad del mismo, ocupándole, tras el correspondiente cacheo, un envoltorio que contenía una sustancia que tras su análisis resultó ser cocaína (90'61%), con un peso total de 4'7240 gramos.

Dicho acusado era el encargado del transporte y distribución de las sustancias estupefacientes desde el domicilio de las acusadas hacia las localidades limítrofes. A tal fin utilizaba el vehículo aludido.

A continuación se practicaría la diligencia de entrada y registro aludida en el ordinal primero, durante cuyo transcurso acudiría a la vivienda, la acusada Ana.

Tercero.- Los tres acusados eran poseedores en común acuerdo de la totalidad de la droga intervenida, valorada en 848.905 pesetas, con la finalidad de destinarla al tráfico".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Mercedes, Ana y Juan ["Procedimiento Abreviado núm. 25/98, Rollo de Sala núm. 98/98, Juzgado de Instrucción de Don Benito-1"], como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, ya definido, en grado de consumación, a las penas de cuatro años de prisión, y multa de 1.500.000 pts., con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, que el Tribunal fijaría a su arbitrio, a cada uno de ellos, comiso de los efectos intervenidos, así como al pago de las costas procesales por terceras partes si estas se hubieren causado Dese a las sustancias aprehendidas el destino legal si no se hubiera hecho ya Contra esta resolución cabe

recurso de casación, para ante la Sala II del Tribunal Supremo, debiendo prepararse ante esta Audiencia Provincial (Sección Primera), mediante escrito presentado en el término improrrogable de cinco días contados desde el siguiente al de la última notificación de la misma, autorizado por Abogado y Procurador.

Notifíquese la anterior sentencia a las partes personadas y firme que sea la presente resolución procedáse al cumplimiento y ejecución de lo acordado según su literal, prosiguiéndose la tramitación de la precedente causa, con arreglo a derecho.

Archívese el original en el Libro-Registro de Sentencias de esta sección".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley por los procesados, 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.- La representación de los procesados basa su recurso en los siguientes motivos de casación:

"Primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3º LECr. EDL 1882/1 , con violación del art. 24.1 EDL 1978/3879 , 53.3 EDL 1978/3879 y 120.3 CE EDL 1978/3879 .

Segundo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º, inciso primero, LECr EDL 1882/1 .

Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º LECr EDL 1882/1 .

Cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º LECr EDL 1882/1 .

Quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECr. EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 368 CP EDL 1995/16398 .

Sexto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECr. EDL 1882/1 por aplicación indebida del art. 374 CP EDL 1995/16398 .

Séptimo.- Por infracción de Ley al amparo del art. 5.4º LOPJ EDL 1985/8754 por violación del art. 24.2 CE EDL 1978/3879 .

Octavo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 5.4º LOPJ EDL 1985/8754 , por violación del art. 24.2 CE EDL 1978/3879 " .

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la deliberación, ésta se celebró el día 14 de junio de 2000.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- El primer motivo del recurso tiene su apoyo en el art. 24.1 CE EDL 1978/3879 (el recurrente cita también los arts. 53.3 EDL 1978/3879 y 120.3 CE EDL 1978/3879 ). Sostiene la Defensa que en la sentencia recurrida se ha dispuesto el comiso de objetos que fueron ocupados sin que se hayan motivado adecuadamente los extremos exigidos por el art. 374 CP EDL 1978/3879 . Los motivos segundo y sexto, formalizados con el amparo del art. 851.1º EDL 1882/1 y 849.1º LECr EDL 1882/1 . respectivamente, tienen idéntica materia y, por lo tanto, deben ser tratados conjuntamente con el primero.

Los tres motivos deben ser estimados parcialmente.

El art. 374 CP. EDL 1995/16398 contiene una norma especial referente al comiso como consecuencia jurídica accesoria de los diversos tipos de tráfico de drogas contenidos en disposiciones que lo preceden. De acuerdo con este artículo el comiso, en lo que en esta causa importa, se extiende a las drogas y demás sustancias de prohibida tenencia o tráfico, y a los vehículos que "hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos así como las ganancias de ellos obtenidas".

Al folio 127/128 el Fiscal concretó su acusación y solicitó el comiso "de la sustancia, de la balanza, de las cucharillas, del dinero y del vehículo C-15 matrícula M-...-HP intervenidos". En el referido escrito el Fiscal no argumentó sobre las razones de su petición, limitándose a citar el art. 374 CP. EDL 1995/16398 (ver folio 128).

En el escrito de Defensa, al folio 141 vuelto el Defensor se opuso al comiso, salvo respecto de la sustancia intervenida, "puesto que al resto de los efectos, dice, no le son de aplicación los requisitos preceptuados en el art. 374 CP. EDL 1995/16398 y jurisprudencia que lo desarrolla, por no ser instrumentos, frutos o ganancias derivados del tráfico de drogas.

En los Fundamentos Jurídicos de la sentencia recurrida no se hace ninguna consideración sobre la cuestión objeto de acusación y defensa y en el fallo de la misma se decreta el comiso de los efectos solicitado por el Ministerio Fiscal.

Es indudable que el art. 371 CP. EDL 1995/16398 exige que entre los efectos decomisados y el delito contra la salud pública exista una determinada relación entre el delito y el efecto que es objeto del comiso. En particular se requiere que el efecto haya servido como medio para la ejecución del delito o bien que consista en una ganancia o beneficio proveniente del mismo. Esta conexión debe ser comprobada en los hechos y estos hechos se deben subsumir bajo los conceptos de la ley penal.

En el caso de la sentencia recurrida en los hechos probados sólo existe la constatación de que el dinero fue ocupado en el domicilio de la acusada Mercedes. No consta si ésta tenía otras ocupaciones que le permitieran haber reunido la cantidad de dinero que poseía, ni en los fundamentos jurídicos la Audiencia ha expresado cómo ha llegado a la convicción que las 192.000 pts. que se ocuparon eran ganancias provenientes del tráfico de drogas. En consecuencia, en la medida en la que el Tribunal a quo no ha expuesto con qué fundamentos ha llegado a la conclusión que luego refleja en el fallo es evidente que no ha establecido de una manera jurídicamente aceptable que respecto del dinero se dan las condiciones establecidas en el art. 374 CP. EDL 1995/16398 y que se debe estimar parcialmente el motivo, reenviando la causa a la Sala de instancia para que proceda a subsanar la omisión en la que incurrió.

Lo mismo se debe decidir respecto del vehículo cuyo decomiso se ordena en la sentencia. En efecto, de los hechos probados no surge que el acusado Juan utilizara el vehículo para transportar los 4,7240 grms. de cocaína que le fueron ocupados. Asimismo el Tribunal "a quo" no ha aclarado qué actos de tráfico pueden haberle permitido obtener dicho vehículo como ganancia proveniente del tráfico, ni cuáles son los elementos con los que llega a esta convicción. En principio, este recurrente ha sido condenado por la tenencia de droga para el tráfico de una cantidad reducida que tenía en su cazadora. Es claro que, en esas circunstancias el Tribunal a quo debe motivar su decisión respecto del decomiso para que el recurrente pueda ejercer plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por el contrario, es indudable que la balanza y las cucharillas decomisadas eran instrumentos predeterminados para la realización del propósito de tráfico, dado que las cucharillas tenían restos que demostraban la manipulación de la droga y no consta que la recurrente Mercedes sea adicta al consumo. Si bien la Audiencia nada ha dicho en los fundamentos jurídicos al respecto -como sería deseable- el carácter instrumental de la balanza y las cucharillas surge directamente de los hechos probados y es comprensible para las partes sin necesidad de una explicación más detallada.

En lo que concierne a las joyas ocupadas primero y decomisadas luego en el fallo de la sentencia, es evidente que la consecuencia accesoria no fue solicitada en el escrito de acusación (ver folio 128 de las Diligencias). El Fiscal sostiene que, de todos modos, la Defensa ofreció prueba sobre la titularidad de esas joyas y, en consecuencia, pudo ejercer el derecho de defensa del art. 24.1 CE EDL 1978/3879. Sin embargo, ante la ausencia de una pretensión expresa de la Acusación el Tribunal a quo no podía, sin vulnerar el principio acusatorio, sustituir tal petición por su propia iniciativa, dado que el principio acusatorio no sólo se basa en el derecho de defensa, sino que -con independencia de éste- establece que la pretensión de la Acusación es el presupuesto que condiciona la facultad de decisión del Tribunal de la causa.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por los procesados Mercedes y Juan contra sentencia dictada el día 2 de noviembre de 1998 por la Audiencia Provincial de Badajoz, en causa seguida contra los mismos y otra por un delito contra la salud pública; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia, declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Bacigalupo Zapater.- Cándido Conde-Pumpido Tourón.- Andrés Martínez Arrieta.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, 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 veintiséis de Junio de dos mil.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Don Benito, se instruyó sumario con el número 25/98-PA contra los procesados Mercedes y Juan en cuya causa se dictó sentencia con fecha 2 de noviembre de 1998 por la Audiencia Provincial de Badajoz, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en 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. Enrique Bacigalupo Zapater, hace constar lo siguiente:

### ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se reiteran los del Fundamento Jurídico único de la primera sentencia.

### FALLO

Que debemos dejar sin efecto el comiso del dinero, del vehículo y de las joyas decretado en la sentencia recurrida, manteniendo todos los demás pronunciamientos del fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 2 de noviembre de 1998 que damos aquí por reproducidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Bacigalupo Zapater.- Cándido Conde-Pumpido Tourón.- Andrés Martínez Arrieta.

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