

Numero de SENTENCIA: **1519/2000 de 06 de Octubre de 2000**

Órgano: Tribunal Supremo

Sala: 2ª

Recurso: Casación

Nº de Recurso: 278/1999

Resumen:

DESESTIMACION contra recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, en causa seguida por delitos contra la salud pública y atentado, y una falta de lesiones

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el acusado Juan Pablo , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, que le condenó por delitos contra la salud pública y atentado, y una falta de lesiones, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Cortés Galán.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 8 de los de Almería incoó procedimiento abreviado con el número 140 de 1993, contra Juan Pablo y otro, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma Capital (Sec. 2ª) que, con fecha cinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho, dictó Sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<ÚNICO.- El día 16 de febrero de 1993, los acusados sin antecedentes penales y mayores de edad Juan Pablo y Jose Antonio , en compañía de otro que ahora no se juzga, acordaron trasladarse desde la localidad de Baza hasta Almería con el fin de adquirir en el barrio de pescadería sustancias estupefacientes. Conduciendo el vehículo F-....-FC de su propiedad, Jose Antonio , se detuvo en el barrio referido al volante de su vehículo, quedándose en éste esperando a que Juan Pablo y el otro individuo que no se juzga regresaran de la vivienda en la que adquirieron sustancias estupefacientes, siendo sorprendidos por la Policía cuando regresaban al coche tras adquirir las sustancias nocivas para la salud, siendo cacheados por los Agentes e interviniéndoles a Juan Pablo tres envoltorios de plástico conteniendo 14'370 gramos de lo que resultó ser heroína de una pureza del 47'45%, siete envoltorios conteniendo 34'464 grs. de cocaína con una pureza del 84'93% destinado a posterior venta y un trozo de hachís (0'546 gr). Al ser cacheado Juan Pablo y como quiera que el Agente policial hubiera detectado dichos envoltorios en la zona inguinal, aquél se lanzó sobre una navaja de su propiedad que le había sido intervenida previamente por las fuerzas de seguridad actuante y dejada encima del capó del coche, intentando abrirla, impidiéndoselo los Agentes, manteniendo un forcejeo con el Policía Sr. Carlos Jesús , quien sufrió una lesión en la mano derecha, para cuya curación necesitó 1ª asistencia facultativa tardando 3 días en curar.

No constando de lo actuado que Jose Antonio a quien no se le incautó sustancia estupefaciente alguna participara en los hechos que se le imputan por el Ministerio Fiscal.>>

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

<<FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Juan Pablo como autor de dos delitos y una falta a las siguientes penas: a) por delito contra la salud pública ya definido a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN MENOR con suspensión del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y multa de 1.000.000 ptas. con 16 días de arresto sustitutorio en caso de impago. b) Por delito de atentado a la pena de 1 AÑO DE PRISIÓN MENOR con la accesoria de suspensión de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y c) por la falta de lesiones a la pena de 10 DÍAS DE ARRESTO MENOR y al pago de 1/3 parte de las costas declarando de oficio los otros 1/3, siéndole de abono para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Asimismo debemos absolver y absolvemos de los hechos que se le imputan a Jose Antonio .

Dése el destino legal a la sustancia intervenida y, firme esta resolución comuníquese a la Dirección General de la Seguridad del Estado.

Y aprobamos por sus propios fundamentos y con las reservas que contiene el Auto de insolvencia consultado por el Instructor.

Reclámese del Instructor la pieza de responsabilidad civil de los acusados terminada con arreglo a Derecho.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por el acusado Juan Pablo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Quebrantamiento de forma, se invoca la vulneración del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como infracción de precepto constitucional del artículo 24 de la Constitución Española, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del imputado. Indefensión por denegación de prueba.

MOTIVO SEGUNDO.- Quebrantamiento de forma del artículo 850.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habida cuenta de la negativa del Tribunal a suspender el juicio ante la incomparecencia de uno de los acusados.

MOTIVO TERCERO.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al existir falta de claridad en los hechos probados, y 851.3º, por no resolver todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa.

MOTIVO CUARTO.- Al amparo del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incongruencia omisiva, planteándose la nulidad de la Sentencia que no establece en sus hechos probados el momento en que es detenido el imputado.

MOTIVO QUINTO.- Infracción de Ley, del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse vulnerado por la Sala un precepto penal de carácter sustantivo. Se vulnera el artículo 344 del Código Penal antiguo.

MOTIVO SEXTO.- Infracción de Ley, artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse vulnerado por la Sala un precepto penal de carácter sustantivo. Se vulneran los artículos 231 y 236 del Código Penal, al tipificar el delito de atentado.

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando la inadmisión de todos los motivos aducidos; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Vista se celebró la misma el día veintiséis de septiembre de dos mil. Con asistencia de la Letrada recurrente D^a. Amparo Vizcaíno Urrutia, en nombre del acusado, quien mantuvo su recurso; el Ministerio Fiscal impugnó el recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la Sentencia que condena al hoy recurrente como autor de un delito contra la salud pública, otro de atentado y una falta de lesiones, formaliza aquél seis motivos de casación, de los que cuatro lo son por quebrantamiento de forma y dos por infracción de ley penal sustantiva.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos, canalizados a través del artículo 850.1º y del artículo 850.5º respectivamente, se sustentan en lo que el recurrente considera una improcedente continuación de la Vista Oral, cuya suspensión fue denegada, no obstante la falta de comparecencia de uno de los tres acusados.

Alega el recurrente que al continuar la Vista contra los dos que comparecieron -el recurrente, condenado; y otro que resultó absuelto- incurrió la Sala de instancia en el quebrantamiento de forma previsto en el artículo 850.5º dado que no era posible juzgarles con independencia del ausente no juzgado, y el quebrantamiento del artículo 850.1º al quedar privado el recurrente de la declaración del coimputado ausente, propuesta como prueba declarada pertinente por la Sala de instancia.

Ambos motivos deben desestimarse.

1./ El acusado incomparecido había designado domicilio a los efectos previstos en el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A ese domicilio la Sala le remitió la citación para el Juicio Oral señalado inicialmente para el día 27 de abril de 1998. Tras acordarse la suspensión de la Vista y señalarse de nuevo para el día 5 de mayo se le remitió al mismo domicilio una segunda citación. En ninguna de ellas se le pudo localizar en la vivienda, y en la segunda su madre manifestó, en comparecencia ante el Juzgado que la practicó mediante exhorto, que su hijo se hallaba ausente.

Nada permite en este caso afirmar que dejara este acusado de comparecer por un motivo legítimo, por lo que la Sala estaba facultada para acordar, como así hizo, la continuación del Juicio para los restantes, de conformidad con el artículo 793.1º párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El control casacional de esta decisión (art. 850.5º LECr.) se limita a la necesidad de que existieran elementos suficientes para juzgarles con independencia; exigencia establecida en el artículo 746.6º párrafo segundo, en el ámbito del proceso ordinario segundo pero igualmente aplicable al procedimiento abreviado (Sentencia de 1 de febrero de 2000). Así lo entendió acertadamente la Sala, frente a cuyo criterio carece de consistencia el argumento de que sí los tres acusados venían desde Baza hasta Almería en un mismo vehículo, era necesario que los tres fueran juzgados de forma conjunta. Sin embargo, es indudable que ese viaje conjunto no impide el enjuiciamiento individual de la conducta del hoy recurrente, máxime cuando era el único acusado por el delito de atentado y la falta de daños, y en cuanto al delito contra la salud pública la persona en cuyo poder la Policía encontró los tres envoltorios con 14'370 gramos de heroína y 47'45 % de pureza, y los siete envoltorios con 34'464 gramos de cocaína y 84'93 % de pureza. Con lo que su conducta propia tenía por sí misma la significación jurídica suficiente para ser enjuiciada con independencia de la del coacusado no comparecido. Por lo tanto procede desestimar el motivo segundo.

2./ Desde la perspectiva probatoria que suscita el motivo primero, el pronunciamiento ha de ser igualmente desestimatorio: Para el éxito de este motivo de casación es necesario no sólo que se trate de una prueba propuesta declarada pertinente, y que se haga formal protesta reflejada en el Acta, con consignación sucinta de los extremos del interrogatorio que se proponía formular al testigo inasistente, con el fin de valorar la relevancia de su testimonio, sino también, como señala, entre otros, la Sentencia de 27 de mayo de 1999 determinados requisitos de fondo: A) ha de ser prueba necesaria en el doble sentido de ser relevante y no redundante; B) de ser posible, en cuanto que deben agotarse razonablemente las posibilidades de traer al testigo a presencia del Tribunal; C) que su falta de realización ocasione indefensión a la parte que formuló el recurso y propuso como propia la prueba. En la práctica "habrá de evaluarse cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que se dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción del órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso" (Sentencia de 29 de enero de 1993).

En el caso presente la prueba no era posible en el sentido dicho: tras una primera incomparecencia que originó una primera suspensión del Juicio y una orden de detención y llamada por requisitoria, fue detenido y decretada seguidamente su libertad provisional tras designar un domicilio donde poder ser citado. Por dos veces se intentó su citación personal en ese domicilio designado sin lograrse su localización lo que originó una segunda suspensión del Juicio y un nuevo señalamiento para Juicio Oral que tuvo lugar por fin respecto a los acusados comparecidos, al denegar el Tribunal una tercera suspensión. En estas condiciones se agotaron razonablemente las posibilidades de traer al incomparecido, pudiendo considerarse así su declaración como una prueba de práctica imposible, y disponiendo así el proponente de la facultad de interesar conforme al artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la lectura de las declaraciones sumariales, como prueba admisible en el caso de imposible comparecencia de un testigo al Juicio Oral (Sentencias de 3 de abril de 1990; 16 de febrero y 23 de abril de 1998).

Por otra parte no se evidencia la prueba como necesaria a juzgar por las preguntas que el proponente pretendía formular, referidas a aspectos del hecho sobre los que ya disponía el Tribunal del testimonio directo de los Agentes de Policía que presenciaron la acción, y narraron al Tribunal lo que a su vista acontecía.
El motivo primero por todo ello debe ser desestimado.

TERCERO.- Los motivos tercero y cuarto denuncian que la Sentencia no determina el momento en que se produjo la detención del acusado; aunque fue objeto de debate en el plenario. De ahí deduce el recurrente dos quebrantamientos de forma: falta de claridad en los hechos probados, e incongruencia omisiva, previstos en los artículos 851.1º y 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fundamentan los motivos tercero y cuarto respectivamente.

Ambos motivos deben rechazarse:

1./ La omisión de datos fácticos sólo determina el vicio de la oscuridad en el relato histórico cuando la ausencia de alguna circunstancia o dato impide la comprensión de lo afirmado, pero no cuando siendo lo relatado perfectamente

comprensible para cualquiera, adolece lo claramente dicho de insuficiencia para integrar la calificación apreciada, a combatir por la vía del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; o no incorpora extremos o datos que a las partes interesen en apoyo de sus tesis, a completar entonces por la vía del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El relato histórico describe con absoluta nitidez y en términos perfectamente comprensibles cómo el hoy recurrente, acompañado de otra persona no enjuiciada, y mientras el segundo acusado esperaba al volante de un vehículo a que aquéllos regresaran de la vivienda en la que adquirieron sustancias estupefacientes, fueron sorprendidos por la Policía cuando regresaban al coche tras adquirir las sustancias, siendo cacheados por la Policía. El factum detalla la droga que fue intervenida al recurrente al ser cacheado, y narra el forcejeo que sostuvo entonces con uno de los Agentes y la lesión que éste sufrió. Todo ello en términos perfectamente comprensibles aunque no se precise el dato de la hora en que tuvo lugar la detención.

2./ La incongruencia omisiva que se aduce por no incluir aquel dato resulta igualmente rechazable pues el vicio procesal invocado se circunscribe a las pretensiones jurídicas deducidas por las partes, es decir a las cuestiones de Derecho dejadas sin resolver por el Tribunal, quedando fuera de este cauce casacional las cuestiones de hecho, según reiterada y constante doctrina de esta Sala.

CUARTO.- El quinto motivo, formalizado al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sostiene la vulneración del artículo 344 del Código Penal de 1973, al aplicar como consumado el delito de referencia. Alega que no existió posibilidad de traficar con la sustancia porque acababan de comprarla y al ser detenidos cuando regresaban al coche no hubo disponibilidad efectiva sobre la droga.

Con ello el recurrente lo que plantea es en realidad la vulneración por indebida inaplicación del artículo 3 del Código Penal de 1973, que no cita en el motivo. En todo caso el motivo no puede prosperar.

Es constante la doctrina de esta Sala en el sentido de que cuando existe posesión de la droga es imposible, en este tipo penal de resultado cortado y consumación anticipada, apreciar formas imperfectas de ejecución, que sólo excepcionalmente (Sentencias de 21 de marzo de 1985; y 3 de junio de 1986) son viables en casos en que el acusado no llega a tener la disponibilidad de la droga (Sentencia de 24 de mayo de 1996, y las que en ella se citan). **En efecto, se trata de una infracción que se proyecta en una actividad unida a un peligro abstracto sin que sea necesario el acto de tráfico para que se consume.** El final del "iter criminis", como declara la Sentencia de 17 de abril de 1993, se produce en este tipo de infracciones con el propio peligro eventual que nace, sin más, de la existencia de las conductas típicas, situando el tráfico real o efectivo más allá del área penal de la consumación. Es decir, la consumación del fin (traficar) y en su caso el ánimo de lucro pertenecen a una zona que es, desde esta perspectiva, indiferente para el perfeccionamiento del delito, que por esta razón no admite ni la frustración ni la tentativa. Sólo excepcionalmente en casos en que, como señalan también las Sentencias de 16 de julio y 21 de octubre de 1993, el sujeto no ha alcanzado la posesión de la droga ni le fuera achacable cualquier forma de disponibilidad, se ha apreciado la ejecución imperfecta.

En el supuesto **actual no sólo existió posesión de la droga para traficar con ella, sino también una disponibilidad sobre la sustancia desde que se adquirió en el interior del inmueble hasta que posteriormente fue detenido. Disponibilidad que no por ser de corta duración deja de existir como entidad autónoma y suficiente para la consumación del delito.**

QUINTO.- En el sexto y último motivo formalizado por el mismo cauce casacional del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega el recurrente la infracción de los artículos 231 y 236 del Código Penal, con el argumento de que la cualidad de Autoridad o Agente de la misma, necesaria en el sujeto pasivo del delito de atentado, no puede reconocerse en los Agentes de Policía que detuvieron al acusado porque actuaron fuera de los límites legales.

El relato de hechos probados que debe respetarse íntegramente en este cauce casacional, sin adicionar dato alguno que aquél no contenga ni eliminar nada de lo que en él se recoja, no refleja ningún comportamiento ilícito de los Agentes de Policía que les sitúe fuera del ámbito de protección dispensado por el delito de atentado.

El forcejeo sostenido por el recurrente durante el cual lesionó a un Agente de Policía, tuvo lugar cuando al ser cacheado se le detectaron varios envoltorios de droga que guardaba en la zona inguinal.

El cacheo constituye una diligencia policial lícita legalmente amparada en el artículo 19.2 de la L.O. 1/92, de 21 de febrero, cuya justificación objetiva y razonabilidad en este caso queda evidenciada por la efectiva localización en

el cuerpo del recurrente de sustancias estupefacientes destinadas al consumo ajeno. No existió en ello arbitrariedad ni extralimitación alguna, sino un comportamiento policial de averiguación absolutamente proporcionado, razonable, y lícito, en el que el Agente actuó dentro del ámbito legítimo de sus funciones, y revestido de la cualidad de Agente de la Autoridad que en el delito de atentado es propia del sujeto pasivo.

Por ello el motivo se desestima.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, interpuesto por el acusado Juan Pablo , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, con fecha cinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho, en causa seguida contra el mismo por delitos contra la salud pública y atentado, y una falta de lesiones, condenándole al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-
Excmos. Sres. Don Carlos Granados Pérez; Don Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; y Don Enrique Abad Fernández;
Firmado y Rubricado.-

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