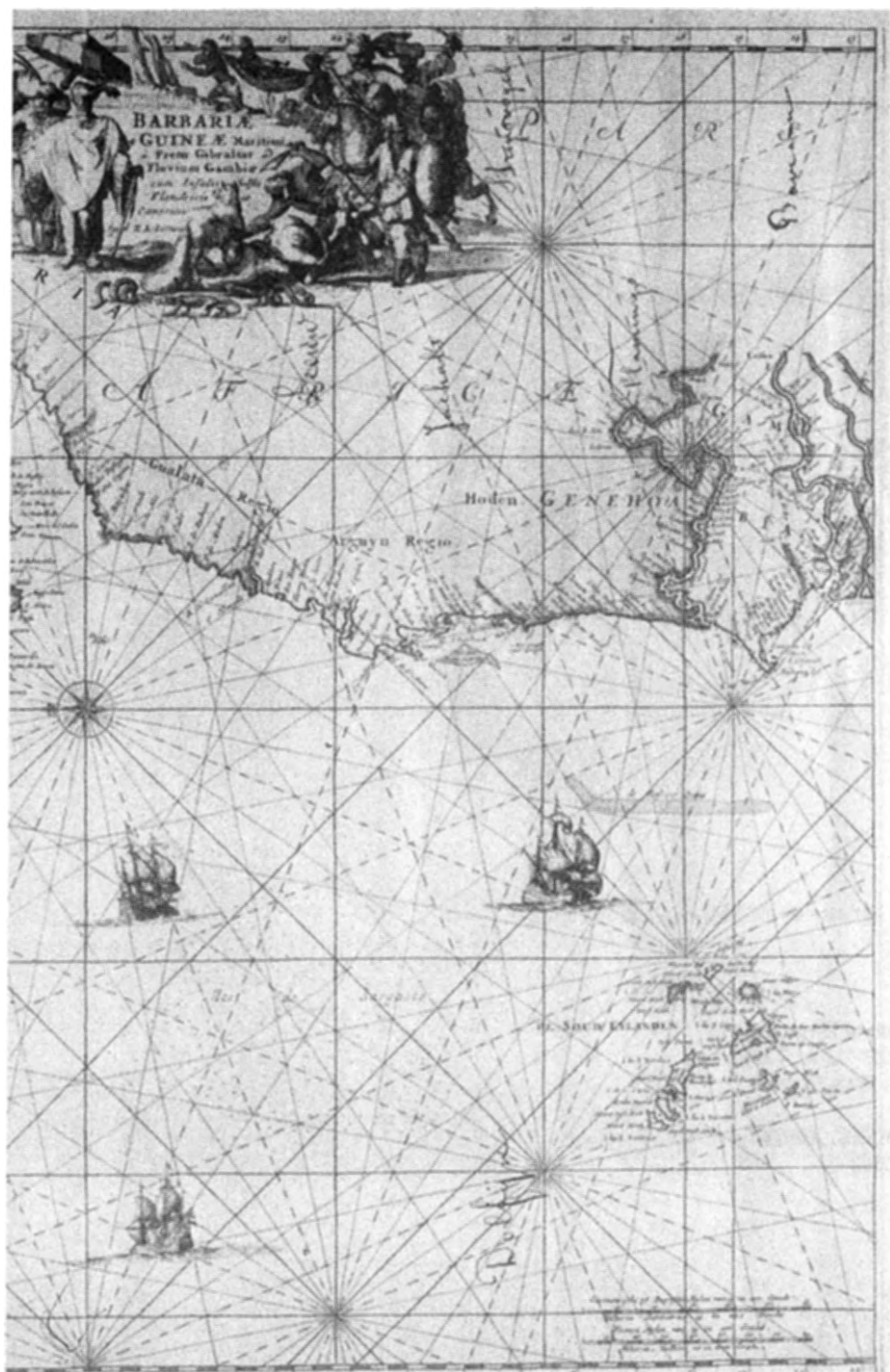


Revista del Foro Canario

83

Las Palmas de Gran Canaria, 1991



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LA PRUEBA EN LOS PROCESOS POR TRÁFICO DE DROGAS

PEDRO MARCELINO RODRÍGUEZ ROSALES

MAGISTRADO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.
ESPECIALIDADES EN MATERIA PROBATORIA.
EL ELEMENTO COGNOSCITIVO.
LA TENENCIA DE LA DROGA.
TENENCIA ILÍCITA: EL AUTOCONSUMO.
LA TENENCIA COMPARTIDA.
LA TENENCIA DE DROGA EN VIVIENDA COMPARTIDA.
LA PUREZA DE LA DROGA.
LA INTERVENCIÓN CORPORAL.
EL DELITO PROVOCADO.
EL BLANQUEO DE DINERO.

INFERENCIA DEL TRÁFICO

1. La posesión por toxicómano.
2. El no toxicómano.
3. La cantidad de droga aprehendida.
4. Los medios económicos.
5. Los objetos hallados en poder del poseedor.
6. Los antecedentes del acusado.
7. Reconocimiento del imputado y acusación del coimputado.
8. Detención y huida.
9. Lugar donde la droga es ocupada.
10. Disposición de la droga.
11. Variedad de sustancias.
12. Ocupación de joyas y dinero.
13. Ocultación.
14. Reiterada entrada y salida de consumidores de droga en el lugar donde se encontraba el traficante.

INTRODUCCIÓN

La materia de este trabajo va a ser la presunción de inocencia, concentrada sobre uno de los tipos delictivos más frecuentes en la sociedad occidental, directamente, en unas ocasiones, mientras que en la mayoría de las demás aparece como motivo del crimen, como el origen del impulso criminal en la persona del delincuente: el tráfico ilegal de drogas, porque considero, por las razones que más adelante diré, que la enervación de la citada presunción constitucional, discurre en los procesos que tienen por objeto el enjuiciamiento de esta clase de delitos, por unos cauces particulares.

Presunción de inocencia quiere decir que nadie puede ser condenado sin una actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y advenida correctamente al juicio oral, y desenvuelve su eficacia en los supuestos de absoluta falta de prueba o cuando las practicadas no reúnen los requisitos y garantías procesales. De aquí resulta la unión indisoluble entre presunción de inocencia y prueba.

Por actos de prueba se entiende la actividad de los sujetos procesales, dirigida a obtener la convicción del juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba (Moreno Catena y otros).

Es común dentro de la doctrina procesalista la distinción entre verdad formal y verdad material. La primera se obtiene dentro del proceso limitando los medios para su búsqueda y conocimiento (en base al principio dispositivo), por lo que puede no ajustarse a la realidad. La segunda, en cambio, es la verdad simple y pura, que es la que debe buscar el procedimiento penal, mientras que el civil persigue la otra, pudiendo por ello llegar a tener por probados hechos inciertos, que ambas partes admiten con valor vinculante para el juzgador.

Sin embargo, debemos entender superado este criterio, por las siguientes razones:

1º. Los medios de investigación en el Derecho Procesal Penal no son ilimitados, debiendo excluirse la práctica y valoración de pruebas ilícitamente obtenidas, aunque de ellas resultasen acreditados hechos susceptibles de sanción penal.

2°. Existe la posibilidad de que el juzgador quede vinculado en su potestad de juzgar, con todos los matices constitucionales que ello conlleva, por el allanamiento del inculpaado y su defensa a la pena pedida por la acusación, e incluso por la conformidad que comprende también el hecho punible.

3°. Existe en ordenamientos como el norteamericano la posibilidad de alcanzar una verdadera transacción en materia penal: la plea bargaining, que supone una sustracción del ius puniendi estatal de manos de los tribunales a las de los Fiscales. La importancia de este sistema en Estados Unidos es tal que algunos autores reconocen que si la justicia penal americana funciona es gracias a él, que solventa el 90% de los casos (Conde Pumpido “Legalidad versus oportunidad”).

Consecuencia de lo anterior es que la prueba no tiene como objetivo llegar a la verdad que se llamaba material, sino convencer al juez de la certeza de unos hechos, lo que es perfectamente compatible con el art. 741 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es el eje central de la valoración de la prueba en el proceso penal.

Definida la prueba como medio para llegar a la convicción del juez, queda por fijar cuál es el camino que debe seguir.

En este punto nos encontramos con dos posibilidades, como casi siempre, contrapuestas. La valoración tasada frente a la libre. La valoración tasada de la prueba era propia de la época más arcaica, cuando el concepto de delito era próximo al de pecado y a la ofensa a Dios. De aquí a entender que Dios podía y debía intervenir para restituir las cosas a un estado de justicia, la que existía antes de la comisión del delito, no hay más que un paso. Por ello, no había más que poner al acusado en manos de Dios, para que éste mostrara su inocencia o su culpabilidad, lo que se hacía sometiendo al inculpaado a tormentos físicos cuya resistencia sólo Dios podría proporcionar.

Frente a esto se alza la tesis que defiende la valoración libre de la prueba, unida al racionalismo y a la laicización de la justicia, de manera que a una mayor libertad política en general se le une una mayor libertad en la admisión de pruebas y en su valoración. Esto lleva consigo dos limitaciones: el respeto en la prueba de los nuevos Derechos Humanos y una mayor preparación y estudio por parte de los encargados de aplicar la Ley.

Por dos veces hemos hecho referencia a la prueba ilícita. Ahora es conveniente pararnos un momento en un análisis más detallado. Su importancia nace

desde el momento mismo en que esta clase de pruebas se consideran inadmisibles para destruir la presunción de inocencia.

Prueba ilícita es la obtenida infringiendo normas jurídicas. En nuestro Derecho el Tribunal Constitucional ha dicho en su sentencia de 29 de noviembre de 1984, aunque ello suponga adelantarnos a problemas que se plantearán más adelante, que “los derechos fundamentales, dada su inviolabilidad, se resisten frente a la prueba ilícita, siendo radicalmente nulo todo acto que viole las situaciones reconocidas en los arts. 14 a 29 CE, sin que pueda concederse efectividad a las contravenciones de estos derechos”. De forma que, reconocida la existencia de unos medios probatorios obtenidos con lesión de aquellos derechos, los órganos jurisdiccionales deben inadmitirlos y abstenerse de valorarlos.

El principio expresado anteriormente no ha contado siempre con una completa unanimidad doctrinal a su alrededor, ni siquiera actualmente. Entre sus detractores, están los que opinan que una prueba obtenida ilícitamente debía ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido (policías o particulares) fueran castigados por el hecho realizado; o los que consideran que en el conflicto de intereses que surge entre el acusado, a quien interesa la salvaguarda de sus derechos en la investigación de los hechos que hubiera podido realizar y que constituyeran delito, y el interés de la sociedad por sancionarlos penalmente, debía prevalecer el de ésta. Guasp afirma que “quien utiliza un documento obtenido ilícitamente, puede cometer un acto al que vayan ligadas sanciones civiles, penales o disciplinarias, pero para el problema de la prueba procesal estas eventuales consecuencias son irrelevantes: el documento figurará unido a los autos y desplegará su fuerza probatoria”.

Sin embargo, es doctrina mayoritaria la que sostiene lo contrario, y lo hacen partiendo de la consideración de la existencia de intereses extraprocesales que están por encima de la búsqueda de la verdad histórica, pues quienes estiman que la necesidad de investigar ésta a ultranza es el objeto del proceso penal, no pueden admitir que existan limitaciones en su búsqueda, ni medio que no pueda utilizarse, ni testigo que no esté obligado a declarar, ni tema que no pueda ser investigado, ni método de averiguación de la verdad que no pueda ser utilizado.

Existen también otras posturas intermedias, que estiman que debe tenerse en cuenta si se ha violado o no un derecho constitucional, siendo ilícita la prueba obtenida en el primer caso y válida en el segundo, o que dependerá de

si la lesión afecta esencialmente el ámbito jurídico del sujeto, o si la transgresión es secundaria y de poca importancia.

En nuestro ordenamiento, además de la ya citada sentencia del T.C. y otras muchas a idéntico sentido, el Tribunal Supremo ha repetido que se exige la suficiencia y regularidad procesal en la obtención de la prueba, y que no se debe tratar de prueba desautorizada o ilegalmente obtenida. Llega a afirmar que la prueba de cargo ha de ser obtenida en forma procesalmente regular, ya que su producción no sólo no ha de violentar directa ni indirectamente los derechos fundamentales, sino que en la misma se ha de observar en forma positiva toda la normativa procesal de desarrollo del derecho fundamental (STS 23 de junio de 1986).

Destaca nuestro Tribunal Supremo la vinculación de la prueba ilícita con la presunción de inocencia y con el derecho a un proceso con todas las garantías (STS 12 de septiembre de 1986), por un lado, y su extensión a la irregularidad procesal en la obtención de la prueba, por otro, por considerar que las normas que regulan la realización de cada prueba son normas de garantía que deben seguirse con precisión y cuya vulneración lesiona derechos constitucionales.

El art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. A pesar de que esto suponga una restricción de lo expresado anteriormente, debe entenderse con carácter no excluyente, frente a la reiterada doctrina constitucional y jurisprudencial.

Por último, la referencia a la obtención de prueba indirectamente ilícita, supone la obtención por medios lícitos de una prueba, para llegar a la cual se ha partido de otra ilícita.

Podría plantearse la posibilidad de distinguir de las anteriores las pruebas defectuosas, en las que no existe lesión de ningún derecho individual y sí omisión de regularidades procesales, que harían admisible la prueba si su apreciación no hubiese quedado deteriorada por esa irregularidad.

Para terminar este apartado, es conveniente traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1990, que dice en su fundamento jurídico tercero, que “la propia naturaleza del sumario como actividad simplemente preparatoria del plenario (art. 299 L.E.Crim.) impone el carácter meramente provisional de las actuaciones practicadas en él, de manera que cualquier

irregularidad cometida en tal fase previa sólo podrá determinar su irrelevancia, a los efectos de servir de prueba apta para enervar la presunción de inocencia, pero nunca puede dar lugar a un pronunciamiento autónomo de nulidad irradante respecto a las actuaciones posteriores, según ya advirtió la jurisprudencia de esta Sala. Y ello aparece explícitamente corroborado por la norma contenida en el art. 242.1 LOPJ, según el cual la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”.

ESPECIALIDADES EN MATERIA PROBATORIA

Dije anteriormente que expondría las razones por las que el delito de tráfico de drogas presenta ciertas particularidades en cuanto a su prueba.

No puede entenderse esto, no obstante, como una contraposición entre este delito y todos los demás, porque cada forma delictiva, por la razón de sus elementos y de la forma de comisión conlleva unas específicas formas probatorias. Las cuales pueden incluso ser exigidas por la naturaleza de la víctima del delito.

En el caso concreto que nos ocupa, estimo que las repetidas especialidades surgen de las siguientes causas:

1º. Su descubrimiento policial es casi siempre flagrante, esto es, se encuentra al delincuente llevando encima la sustancia estupefaciente. Incluso cuando existe un seguimiento prolongado de una banda o de una persona dedicada al tráfico de drogas, los miembros de la Policía no les detienen hasta que saben con certeza que la llevan consigo. Esto plantea el problema de la probanza de la tenencia por otro, y el servidor de la posesión, que veremos más adelante, así como la acreditación de la implicación de un sujeto en una organización criminal de tráfico de drogas, cuando sus jefes y miembros más destacados no entran nunca en contacto directo con ella.

A este respecto, cabe hacer una crítica a la injustificada satisfacción exhibida por las autoridades cuando se produce la aprehensión de cantidades más o menos importantes de droga, a la que además se le atribuye un valor económico que alcanza cifras de hasta miles de millones (precio en la calle, se suele

decir). En primer lugar porque evidentemente, como el valor de la droga no está en su coste de producción sino en la clandestinidad de su tráfico, escaso perjuicio económico se causa a quienes la producen y comercializan si se les retira una partida de ella, porque no existen dificultades en reponerla. El “margen comercial” es tan amplio que se puede afirmar que el negocio se realiza sin tener para nada en cuenta el valor de la mercancía. En segundo, porque, sentado lo anterior, solamente con la detención de los verdaderos jefes y directores de las operaciones de tráfico se puede admitir que se ha causado un daño grave a la red de distribución: de nada sirve detener a los correos, simples portadores de la sustancia criminal, para cuya sustitución existe en los países productores una cantera infinita de aspirantes.

2º. Si conforme a lo expuesto, se descubre solamente al delincuente portador, y raramente al que cultiva (en nuestro país además algo impensable), vende o regala, surge el problema de justificar que se posee con ánimo de entregar a otros. Éste es un elemento subjetivo del injusto que exige un análisis detallado de las circunstancias de cada caso, pero que se agrava en el supuesto contemplado porque, a diferencia de otros tipos delictivos, no hay unos criterios fijos y definitivos.

3º. Al ser un delito exclusivamente doloso, su comisión exige el conocimiento de que lo que se vende, transporta, etc. es droga. Esto no es tan sencillo como parece, y enlaza con la cuestión que seguidamente vamos a analizar: el elemento cognoscitivo del tipo.

EL ELEMENTO COGNOSCITIVO

El principio de estricta culpabilidad recogido en nuestro Código Penal expresamente tras la reforma de 1983, aplicado al delito de tráfico de drogas, exige el conocimiento preciso por el agente de que la cosa con que trafica es droga.

Aprovechando esta circunstancia, es habitual entre los reos de esta clase de delito, la alegación del desconocimiento de la posesión de drogas: o no sabían que se encontraba donde fue descubierta, o pensaban que se trataba de otra cosa (dinero, tabaco, etc.).

En diversas ocasiones se ha estimado la falta de este elemento. En un caso de contrabando de tabaco, pero que por las circunstancias es perfectamente

aplicable a nuestro estudio, dijo el TS (S. 31 de diciembre de 1990): “No existe prueba de cargo en el sumario ni en el juicio oral del que se derive el conocimiento de la existencia del compartimento secreto, ni por ende del cargamento de tabaco que en él se contenía, por parte de aquéllos (los procesados). La existencia del compartimento, así como tampoco la forma de hacer funcionar el sistema para abrir la puerta que da acceso al mismo, eran apreciables externamente. Si a ello se añade que el servicio de transporte fue contratado por teléfono entre G y C, y que P era el mero conductor del camión tractor que remolcaba la plataforma de propiedad ajena, puede afirmarse que no hay evidentes pruebas de cargo que hayan enervado la presunción de inocencia”.

Sí ha entendido el Supremo en otros casos que se conocía la existencia de la droga, por medio de indicios. Así la STS de 4 de noviembre de 1988 dice que “El segundo de los motivos se interpone utilizando el mismo cauce procesal que el anterior y cita como infringido lo dispuesto en el art. 1 CP., alegando como fundamento de lo que postula la falta de dolo; mas la inconsistencia del motivo y la procedencia de su desestimación procede por la sencilla razón de que el elemento interno o psicológico integrante del delito y que se halla constituido por el conocimiento de la ilicitud en el obrar al faltar la autorización o justificación para realizar cualquiera de las conductas tipificadas, entre las que se encuentran las de tenencia y transporte, queda puesta de relieve por las circunstancias que se reseñan en el propio resultando de hechos probados, como es el llevar la droga oculta en una maleta de doble fondo, y, a su vez, claro resulta también el ánimo tendencial o de tráfico, que queda puesto de manifiesto por la cantidad de droga ocupada, muy superior al módulo de autoconsumo, aun en el supuesto de que el recurrente hubiese alegado ser adicto a la droga, lo que ni siquiera alegó”. “No tener el recurrente, según alega, la condición de autor, cuya condición resulta demostrada de manera incuestionable por lo ya expuesto anteriormente, pero además, la alegación de que el recurrente desconocía la existencia del doble fondo en la maleta y que no sabía que en ella se contuviese droga ha de reputarse como una coartada carente del menor viso de veracidad, ya que no es concebible, según las reglas de la experiencia humana o del modo normal de suceder las cosas, que alguien desconocido se apodere de una maleta sin conocimiento de su propietario para hacer en ella un doble fondo e introducir en él una sustancia de importante valor sin saber cuál va a ser el destino o rumbo a seguir por el propietario de la maleta, por lo que procede la desestimación del motivo”.

En algunas ocasiones, el TS, en supuestos de alegación de la presunción de inocencia, se ocupa exclusivamente de la lógica interna que resulta de los

hechos probados, sin parar en las contradicciones de la versión que da el acusado y de cómo la desvirtúan los indicios existentes en la causa, lo que a mi juicio no es admisible, pues presentándosele al juzgador dos historias contradictorias, deberá explicar por qué una vale y por qué la otra no, y lo mismo debe hacer el Tribunal que conoce en casación, si el motivo del recurso es la presunción de inocencia.

En este grupo está la sentencia del TS de 29 de noviembre de 1989, donde dice que “El procesado llega al aeropuerto Madrid-Barajas procedente de Bogotá, San Juan de Puerto Rico y sometido a reconocimiento su equipaje se encuentra, según la correspondiente diligencia judicial, nunca contradicha, con un bolso de doble fondo, dos bolsas de plástico conteniendo una sustancia polvorienta que analizada con el narcotest dio positivo de cocaína arrojando un peso total de 1.500 gramos”.

La primera declaración la presta en el Juzgado de Instrucción y en ella manifiesta que antes de salir de Bogotá una persona “al parecer colombiano del que sólo recuerda que uno de sus apellidos es R., le pidió que trajese hasta Madrid un bolso, ofreciéndole por prestar el servicio 20 millones de liras, sin especificar lo que contenía el bolso, aunque sospechaba que no debía ser algo muy legal...

... El hecho por lo consiguiente, está probado y en cuanto a la participación del procesado recurrente, afirmar que era conocedor del contenido del doble fondo del bolso en base a que la sustancia le fue entregada por una persona prácticamente desconocida y que por el transporte iba a recibir 20 millones de liras, entra perfectamente dentro de lo lógico y de las conclusiones obtenibles con las reglas de la experiencia humana”.

Problemas específicos plantea la remisión por correo, cuando el destinatario afirma desconocer que se le iba a remitir ese paquete, y menos conteniendo droga.

El TS, en sentencia de 3 de julio de 1990, afirma: “En el presente supuesto existen unas pruebas de cargo de carácter objetivo, incontestables y por nadie disientidas, cual son: un paquete postal, conteniendo 124,7 gramos de cocaína, dirigido al nombre y domicilio del recurrente, producto valorado en 1.163.780 ptas. y también el dato de que el procesado se relacionaba con personas dedicadas al tráfico ilegal de estupefacientes, de ahí el registro domiciliario llevado al efecto.

Ante estas evidentes pruebas, la parte recurrente lo único que hace es valorarlas de modo diferente a como lo hizo la Sala de instancia, empleando para ello, como argumento principal el de que, al ser el remitente del paquete desconocido, su envío sólo pudo tener por causa una venganza o el propósito de hacer mal al procesado, argumento tan peregrino que en nada puede desvirtuar la comisión del delito imputado, pues, como bien dice la sentencia impugnada, es absurdo pensar (y lo absurdo hace a la coartada inválida) que cualquier persona se gaste más de un millón de pesetas para producir un posible mal a otra, empleando además ese medio postal cuyo descubrimiento por las autoridades es, desde el punto de vista estadístico, muy difícil que se produzca”.

En alguna ocasión se ha admitido la posibilidad de que el tenedor de la droga, aun sabiendo que se trataba de ésta, desconocía su característica de ser una sustancia de las que causan grave daño a la salud. Concretamente, el supuesto de un simple depositario, no traficante, que guardaba bolsas conteniendo heroína y grandes sumas de dinero, por cuenta de otro, sin tomar precauciones especiales, en una chabola inhabitable, recibiendo a cambio una remuneración económica miserable y desproporcionada al riesgo corrido.

LA TENENCIA DE LA DROGA

Hemos visto que sólo puede considerarse traficante penalmente responsable de drogas al que conoce que trafica con ellas. Pero, evidentemente, no basta con la creencia, sino que tiene que existir la sustancia criminal, es decir, los actos deben tener por objeto droga.

Para saber qué debe entenderse por droga, debemos acudir a los Tratados internacionales, que son la Convención Única de 30 de marzo de 1961 sobre estupefacientes, ratificada por España en Instrumento de 3 de febrero de 1966, enmendada en el Protocolo de Ginebra de 1972, ratificado por España en 1977, y el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971, ratificado en 1973. A estos convenios se refiere reiteradamente el Tribunal Supremo.

Sin embargo, algunos autores consideran que debe atenderse al bien jurídico protegido, sin despreciar el valor informativo de los convenios, ampliando la lista de sustancias que deben considerarse droga. Otros, partiendo del mismo punto, llegan a la conclusión justamente contraria, pues estiman que para

que una sustancia constituya droga deberá estar incluida dentro de las normas internacionales relacionadas, pero esto es condición necesaria, y no suficiente, pues además debe exigirse que se trate de sustancia idónea para producir un daño significativo en la salud. Sin embargo, esta última tesis debe rechazarse, pues, por un lado, todos los productos recogidos en los convenios causan quebrantos importantes en la salud del consumidor, y, por otro, no pueden los tribunales despenalizar sustancias cuyo carácter de droga está preceptuado por convenios internacionales en que España es parte.

Cabe una pregunta previa: ¿es precisa la aprehensión de la droga para condenar por un delito de tráfico con ella? Partiendo del expuesto principio de libre valoración de la prueba, debemos llegar a la conclusión de que no siempre que existan indicios suficientes de que el tráfico se ha producido. Esto vale para los casos de venta, transporte, etc.

Concretando más. En la forma de comisión consistente en la tenencia con fines de tráfico ¿sería necesaria la ocupación de la droga? En estos casos el TS ha exigido una prueba directa de la tenencia, lo que parece excluir la posibilidad de la no intervención de la droga misma, pues no entendemos qué otra prueba directa cabe (STS 23 de septiembre de 1987 y 5 de octubre de 1988)⁽¹⁾.

Ahora bien, esta tenencia, como toda forma de posesión, puede ser directa o no, es decir, cabe tanto la posesión mediata como la inmediata, pues si así no fuese quedaría fuera de toda posibilidad de inculpación el gran traficante y el jefe de organizaciones comercializadoras de la droga, que nunca llegan a tocarla.

La STS de 30 de septiembre de 1988, sostiene que no es necesario para que exista posesión la tenencia material. La entrega de la cosa ofrece en nuestro Derecho expresiones plurales, muchas de ellas simbólicas. Todas tienen cabida en el Derecho Penal a los efectos que aquí interesan. Otra solución contrariaría la literalidad y el espíritu de la norma y dejaría fuera del campo a los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, del télex, o en último término de documentos y otros signos de clandestinidad y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan y trafican en los mercados.

La posesión por encargo del verdadero traficante (la posesión inmediata) es una de las formas de favorecimiento del art. 344 CP (Consulta de la Fiscalía General del Estado de 14 de octubre de 1985).

(1) “De manera constante esta Sala ha venido declarando que si bien la posesión puede y debe ser demostrada por prueba directa, al tratarse de un hecho, de algo perteneciente al mundo exterior y por tanto perceptible sensorialmente...”.

La remisión por correo de una cantidad de droga, en cuanto a la posesión por remitente y/o destinatario ha sido estudiada por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1988. “La doctrina de esta Sala recuerda reiteradamente que el delito de que tratamos es de peligro abstracto, en el que basta el daño potencial, llamado también por ello de resultado cortado o de consumación anticipada, de modo que basta la posesión de la droga con propósito de tráfico, aún no llevado a efecto, para que el delito se estime consumado. En el caso de autos si por uno de los procesados, de acuerdo con otro, se provocó el envío de la cocaína desde Colombia a España y llega a introducirse en nuestro país valiéndose de los servicios postales, en los que figura como destinatario el procesado recurrente, es claro que se ha realizado un acto de transporte que también según doctrina de esta Sala es un importantísimo acto auxiliar del tráfico, en cuanto significa movilización de la mercancía. Por otra parte, tanto el remitente como el destinatario son jurídicamente poseedores en cuanto tienen el poder de disposición sobre la misma”. Tratándose de un acto mercantil, bien que ilícito, la puesta a disposición de la mercancía equivale a su entrega, de forma que, remitidos por correo al recurrente, estaban a su disposición aunque se malograra la entrega por la intervención policial.

En cuanto a la venta no seguida de la entrega de la mercancía, la STS de 21 de julio de 1987, dice que perfeccionándose la compra cuando comprador y vendedor convienen en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hubiesen entregado, no hay ningún inconveniente en considerar acto de tráfico, subsumible en el art. 344 CP, como una de las modalidades comisivas que el mismo describe, a la aceptación de compra de cierta cantidad de sustancia estupefaciente, aunque el adquirente no haya entrado todavía en posesión de la misma, pues no debe menospreciarse la posibilidad de que, en esta esfera de la criminalidad, el comprador demore la entrega del producto, e incluso no llegue a tocarlo físicamente, porque prefiera utilizar a verdaderos servidores de la posesión que, corriendo un riesgo casi siempre mayor de ser descubiertos, desempeñan un papel subordinado, aunque insustituible, en el tráfico.

Un caso de condena por venta sin ocupación de droga, lo recoge la STS de 10 de febrero de 1989. “Si bien no fueron encontrados mediante la diligencia de entrada y registro, productos estupefacientes de las características que se dicen en la sentencia (hachís y heroína), sí lo fueron otras sustancias alucinógenas tales como Rohipnol, así como una balanza de precisión y unas importantes cantidades de dinero, desproporcionadas con el negocio al que se

dedicaba el procesado (vendedor ambulante de sábanas). Pero, sobre todo, y aun haciendo caso omiso de lo anterior, lo que sí tiene relevancia probatoria, aunque sea indirecta, es la manifestación llevada a cabo sobre todo en período sumarial, de un número muy elevado de testigos que afirman haber adquirido drogas en el piso registrado, así como el que quien se las vendía era al que designaban o su esposa y que si habían acudido a ese lugar es porque es públicamente sabido, en el correspondiente círculo de consumidores de hachís y heroína, que ése era el lugar y las personas adecuadas para su adquisición, indicándose, incluso, por alguno de esos testigos que había veces que se formaban “colas” en la escalera por los compradores”.

TENENCIA LÍCITA: EL AUTOCONSUMO

Una vez que hemos examinado los aspectos relativos a la posesión consciente de drogas, debemos estudiar el supuesto en que, aun dándose los requisitos expuestos, no existe delito por no estar destinada al tráfico la droga poseída.

Este supuesto está excluido de sanción penal, pues el tipo del art. 344 del CP habla de “los que la poseyeran con aquellos fines, de promoción, fomento o facilitación del consumo ilegal de drogas”.

Corresponde a la acusación acreditar que existe una finalidad de traficar con la droga poseída.

El principal indicio para llegar a la conclusión de la existencia del ánimo de transmitir a terceros es la cantidad que se posee.

STS 21 de noviembre de 1986, dice que el concepto de modicidad o exigüidad, categoría que sirve para distinguir en el consumidor habitual de drogas, la cantidad que puede suponerse destinada al tráfico y la que ya estará orientada a la difusión, debe ser objeto de una interpretación estricta y rigurosa, como lo aconseja no solamente la necesidad social de no abrir portillos de impunidad para el encubierto tráfico de sustancias..., sino el mismo hecho, ofrecido por la realidad criminológica, de que, difícilmente los poseedores de una cierta cantidad de droga, aun siendo ésta relativamente pequeña, resisten la tentación de compartirla, gratuita u onerosamente, con otros adictos e incluso con no iniciados, por lo que el límite de lo que razonable y prudencialmente puede

estimarse destinado, de forma exclusiva al consumo personal no debe situarse, por lo general, más allá de un reducido número de dosis.

Un caso especial es el de los que adquieren droga para consumirla en común.

El Supremo, en sentencia de 1974, admitía que la conducta global de todos los que compran droga para consumirla en grupo, era penalmente irrelevante, cuando, a semejanza de lo que ocurre con el consumo individual, la cantidad poseída en conjunto no excede de las cantidades precisas para cubrir las necesidades de cada uno de los componentes del citado grupo, aunque éstos se cedan o se transmitan entre sí, dentro del ámbito del mismo y sin trascender a otras personas no iniciadas, pequeñas cantidades de estupefacientes o sobrantes de su propio consumo.

Esta doctrina, sin embargo, no es admisible. La impunidad del consumo resulta exclusivamente desde el punto de vista del receptor, no del que le entrega la droga, y no cabe duda de que en el supuesto relatado existía una facilitación constante y multilateral de dicho consumo. No existe una diferencia esencial entre favorecer el consumo dentro de un grupo cerrado y hacerlo con desconocidos o terceras personas.

Quizás por ello, el TS ha cambiado el criterio y en STS de 18 de marzo de 1980, refiriéndose a dos procesados que se habían invitado recíprocamente a consumir droga en diversas ocasiones, dice “lo que indudablemente entraña favorecimiento del consumo de la nociva sustancia, aunque sólo fuera mutuamente, y si esto es así, y así es, no cabe duda de que tales actos escapan a la esfera del propio autoconsumo para entrar de lleno en la donación y favorecimiento aludidos en el párrafo primero del art. 344 CP”.

Más clara todavía es la STS de 4 de febrero de 1991. “Por infracción de Ley, acogido en el número 1 del art. 849 L.E.Crim., se alega infracción por aplicación indebida del art. 344 CP al tipificar como delito contra la salud pública el mero consumo de sustancias estupefacientes por el procesado y condenado S.

Se trata de la ocupación de dos pastillas de Rohipnol y tres papelinan de heroína que tenía para su consumo y para invitar a unos amigos suyos. También se le ocuparon 8.250 \$ USA, 80 libras gibraltareñas, 10 libras esterlinas, 28.850 ptas., 2.000 florines holandeses, 138.100 ptas., un cheque por importe de 4.500.000 de ptas. y otros efectos.

Con ello se dan todos los elementos del tipo del injusto, cual es el tráfico de drogas, en el que se incluye la tenencia de este tipo de sustancias para invitar

a otras personas (cita otras STS). Sólo la tenencia para el exclusivo consumo es hecho penalmente atípico, pero no la tenencia compartida o comunitaria, ni tampoco la tenencia destinada a invitar al consumo de terceras personas; en estos supuestos es indiferente que el negocio jurídico celebrado o a celebrar sea oneroso o gratuito”.

Hemos mencionado anteriormente la relación que ha establecido el Supremo entre la cantidad de droga poseída y la inferencia de su destino al tráfico. En algunos casos, ha llegado a precisar con cifras esa cantidad. Respecto al hachís, STS 11 de mayo de 1990 “...la Doctrina de esta Sala viene sosteniendo que, tratándose de hachís, ha de entenderse que excede del destino que supere los cincuenta gramos; lo cual lleva a inferir, en el presente caso, que más de tres mil cuatrocientos gramos sobrepasan el autoconsumo”. STS 24 de diciembre de 1990: “en el domicilio del procesado, por funcionarios de Policía y en virtud de mandamiento de entrada y registro del Juzgado de Instrucción de Guardia de Barcelona, fue hallada una pastilla de hachís de 124,137 gramos. Tal posesión de droga ha de reputarse preordenada al tráfico, no sólo porque no consta dato alguno que acredite que dicho impugnante fuera consumidor de dicha sustancia, sino porque, además, evidentemente excede del límite que esta Sala en reiteradas sentencias (cita dos) había fijado, a partir del cual se considera que la posesión de la droga lo es con la finalidad de tráfico ilícito con terceras personas, y que lo fue en las resoluciones mencionadas en 50 y 108 gramos respectivamente”.

El principio fundamental en la materia es por lo tanto, insistimos, la cantidad de droga poseída. Todo lo que exceda de unos límites razonables para el autoconsumo se considera que va destinado al tráfico. Y cabría añadir que para el consumo más inmediato, porque por su alto precio resulta antieconómica su acumulación.

Pero en el Derecho las cosas no son nunca tan sencillas, ni caben tampoco excesivas generalizaciones. Dos ejemplos.

La STS de 24 de enero de 1989, que conviene recoger íntegramente por su importancia y por las particularidades que pone de manifiesto.

“Invocada la presunción de inocencia en el único motivo del recurso procede examinar las actuaciones para comprobar si existe o no la actividad probatoria de cargo que siendo razonablemente suficiente y habiendo advenido al proceso con caracteres de corrección constitucional y procesal pueda justificar una condena.

Las actuaciones policiales se inician por haberse detectado, según se dice en el atestado, un viaje a Amsterdam (Holanda) por un hombre y una mujer y sospechase pudieran tener una importante cantidad de heroína. En el domicilio de María del Juncal (fallecida cuando se tramitaba el recurso) se ocupan una sustancia, al parecer heroína con un peso aproximado de 30 gramos y una balanza de precisión marca "Cobos" con el correspondiente juego de pesas, mientras que en la casa del procesado, hoy único recurrente se ocupan una bolsita de plástico conteniendo, al parecer heroína con un peso aproximado de 10 gramos y un estuche de color negro conteniendo una balanza de precisión.

Posteriormente, en la Policía también, y en presencia de Abogado, Juan Miguel manifiesta que consume diariamente heroína por vía intravenosa y explica las razones que motivaron el viaje a Holanda para adquirirla por resultar más económica, confesando haber adquirido 45 gramos de heroína, explicando la razón de poseer la balanza de precisión en su preocupación para no excederse en las tomas de la droga y evitar así las consecuencias gravísimas de la sobredosis. La declaración de María del Juncal tiene un contenido análogo.

Al folio 13 consta haber sido tratado Juan Miguel en la Casa de Socorro por síndrome de abstinencia el 21 de julio de 1984, a la 1,30 horas y otra vez el día 20 del mismo mes en dos ocasiones y otro tanto sucedió con María del Juncal.

Estas manifestaciones se mantienen en el Juzgado.

El auto de procesamiento se dicta el 24 de noviembre, donde para nada se hace referencia a la idea de tráfico y en la declaración indagatoria Juan Miguel estuvo conforme con él.

El procesado ha estado sometido a distintos tratamientos por drogodependencia según certificado expedido por el Centro de Salud Mental de la Diputación Foral de Guipúzcoa el 18 de septiembre de 1985 y del Hospital Siquiátrico de Gasteiz. Ha sido condenado en varias ocasiones, pero siempre por delitos contra la propiedad.

En el acto del juicio oral, el procesado (y también la coimputada) mantuvo sin alteración alguna sus declaraciones. Consumía 1 ó 1,5 gramos diarios y la balanza era para su uso personal.

En estas circunstancias, y ante tan compleja realidad social como lo es el consumo de drogas y estupefacientes, el Derecho Penal ha de tener conciencia de que es, como dice la doctrina científica, uno de los medios de lucha,

pero no el único ni siquiera el principal, porque, por desgracia, el mayor número de personas que resultan aprehendidas en este tráfico son drogadictos que simultanean su adquisición para el autoconsumo y para el tráfico, sin que por las graves dificultades que comporta la investigación a otros niveles sea fácil descubrir los auténticos motores de tan criminal negocio.

En esta situación resulta obligado descubrir si aparecen probados indicios, plurales e inequívocos que conduzcan a la conclusión lógica y razonable de que la cantidad ocupada a los procesados era para traficar y no, exclusivamente, para consumir.

Los dos datos que la Sala de instancia habrá tenido en cuenta en su sentencia que por su configuración hay que elogiar, pueden ser la cantidad y la presencia de una balanza de precisión. La cantidad adquirida fue de 45 gramos para dos, es decir, de 22,50 gramos para cada uno. Si seguimos el importante cuadro de características del consumo a distintas drogas, redactado por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/1984 de 4 de junio, incorporada a la Memoria de 1985, la dosis de un consumidor alto es de 0,4 gramos con una frecuencia de 2/3 veces al día, es decir si aceptamos la de 3 dosis, serán 1,2 gramos diarios, lo que arroja individualizado 22,5 por 1,2 una duración de la droga adquirida de unos 18 días.

En cuanto a la balanza desde el primer momento se ha explicado su razón de ser: evitar con todo cuidado la sobredosis. Uno y otro procesado se prestaron voluntariamente al registro de sus domicilios, mantuvieron siempre la misma postura en sus declaraciones, sin que por consiguiente pueda entenderse existente una actividad probatoria de cargo, que al ser de naturaleza indirecta o indiciaria hubiera exigido no sólo la constatación de los indicios sino un correlato lógico en cuanto a la conclusión, a la que la sentencia recurrida hace expresa e intensamente referencia. Finalmente en este caso concreto y atendidas las especialísimas circunstancias concurrentes (la coimputada falleció pero su testimonio es muy revelador) el dato de la adquisición en Holanda (sin que se haga ninguna referencia al posible contrabando) de 45 gramos de heroína, atendidas las diferencias de precio y de pureza entre Donosti y Asmterdam, que se destacan en las actuaciones, puede razonablemente justificar el viaje en coche por el importante ahorro que ello supone con evidencia”.

El segundo ejemplo es la sentencia de 4 de febrero de 1991.

“La impugnación articulada por el Ministerio Fiscal (la sentencia de instancia fue absolutoria) se inicia con un motivo con sede procesal en el art. 849.1º

de la L.E.Crim., en el que se alega la vulneración por inaplicación del precepto penal sustantivo constituido por el párrafo primero del art. 344 CP; entendiendo dicho recurrente que la expresión en el relato de que “ni siquiera indiciariamente se probó que la intencionalidad de la compra en Ceuta del producto tenía finalidad distinta al propio consumo” era un simple juicio de valor, y por lo tanto era combatible en la vía impugnativa elegida, lo que verifica partiendo de dos datos: de un lado, las cantidades de hachís ocupadas a los tres procesados (400 gramos a uno, 240 a otro y 200 al tercero), como notoriamente superior a las jurisprudencialmente estimadas como normalmente destinadas al consumo propio, de otro, que dos de los procesados ocultasen la indicada sustancia en la zona rectal. Ambos datos son ciertos, pero no necesariamente llevan siempre y en todo caso a la conclusión mantenida por el Ministerio Fiscal, pues éste silencia en el desarrollo del motivo otro de carácter esencial: que el mismo relato histórico de la sentencia recurrida proclama (y esto sí que es un hecho) que los tres portadores de la sustancia aprehendida “eran fumadores habituales de dicha droga”. Partiendo de este dato, la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada llega a la conclusión —ciertamente no alejada de las reglas de la experiencia racional y lógica— de que las cantidades ocupadas eran parificables con un “acopio” de dos a cuatro cartones de cigarrillos de tabaco y que por ello la deducción de que se destinasen al consumo propio es la adecuada. Como ello es así, sería vedada incursión en el área de valoración probatoria, asignada privativamente a los Tribunales de instancia por los arts. 117.3 de la CE y 741 L.E.Crim. el de verificar deducción de otro signo; siendo por lo demás de indicar que tal conclusión aparece robustecida por dos notas: la desigual cuantía de lo transportado por cada uno de los tres procesados y la ocultación por parte de dos de ellos y no por un tercero; notas que “ex se ipsa” predica la inexistencia de un plan conjunto o común y de acción delictiva para destinar la sustancia adquirida a su ilegal tráfico”.

LA TENENCIA COMPARTIDA

Hemos visto que la impunidad del autoconsumo, no comprende la de la tenencia en grupo, lo que algunos autores denominan “cooperativas de consumo”. Partiendo de este principio y dando por acreditada la posesión con ánimo de traficar, se plantea el problema de coposesión.

La STS de 24 de septiembre de 1988 dice al respecto que “La doctrina de esta Sala admite la denominada tenencia compartida o comunitaria en aquellas

conductas en que la posesión de determinados objetos da lugar por su peligrosidad a la existencia del delito y surge cuando el portador es una sola persona y hay otra u otras que le acompañan y tienen la disponibilidad del objeto que da lugar a la infracción penal, no pudiendo establecerse una fracción de un tercio a cada uno para que constituya objeto de delito independiente, cuando la acción es notoria por el concierto previo para el transporte e introducción en España de la droga que le fue intervenida y a dicha cantidad total ha de referirse para cualificar la notoria importancia de la misma”.

La STS de 23 de febrero de 1989 explica la forma de concluir en la existencia de posesión conjunta. “La responsabilidad derivada del art. 344 del CP alcanza por igual a todos los condenados, ya que el acuerdo expreso entre todos ellos se desprende con claridad de la narración de los hechos que, como probados, se estampan en el fallo combatido en el que se manifiesta que “los procesados estaban concertados con el fin de distribuir tal sustancia tóxica”; concierto, acuerdo y acción conjunta en la ejecución del hecho de que se deduce además de las propias actividades desarrolladas por los implicados recurrentes que, en el domicilio de uno de ellos fueron sorprendidos preparando y empaquetando la droga referida para ponerla en condiciones de venta”.

En el mismo sentido la STS de 1 de junio de 1990. “... en los supuestos de tenencia compartida o comunitaria de droga no es procedente el fraccionamiento o división entre los copartícipes de la cantidad poseída”.

Todo lo expresado debe ponerse en relación con la citada STS de 24 de enero de 1989.

LA TENENCIA DE DROGA EN VIVIENDA COMPARTIDA

A caballo entre la tenencia compartida y la problemática acerca de la concurrencia o no del elemento cognoscitivo se encuentran las derivaciones penales del descubrimiento de droga en la vivienda que sirve de domicilio a varias personas.

La cuestión central es determinar cuáles de los ocupantes de la vivienda pueden ser considerados traficantes.

La STS de 9 de mayo de 1990 establece los criterios que deben seguirse. “Entre los principios fundamentales del derecho penal ha sido reconocido sin

excepciones el de responsabilidad personal. De acuerdo con este principio, la base de responsabilidad penal requiere como mínimo la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie pueda ser responsable por las acciones de otros. En este sentido se ha sostenido por el TC que el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad.

De la vigencia del principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se derivan exigencias para la interpretación de la ley penal. En particular, se impone al intérprete establecer claras delimitaciones objetivas en los tipos penales en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la ley de una manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo. Ello es indudablemente lo que ocurre en los tipos penales que se caracterizan por la posesión de determinados objetos, pero en los que la acción se puede realizar, naturalmente, aunque la posesión no se exteriorice en una tenencia permanente de ellas. En estos delitos se presentará frecuentemente el problema de distinguir entre la realización del tipo y los casos de aquellas personas inculpadas que tengan simplemente un acceso a los objetos prohibidos como consecuencia de la convivencia familiar con el autor, sin realizar aporte alguno que exteriorice el contenido criminal que caracteriza a todo tipo penal, en tanto descripción de conductas gravemente contrarias al orden social.

En el supuesto de la tenencia de drogas con propósito de tráfico, previsto en el artículo 344 CP, el acceso a la droga que tiene el cónyuge, el padre o una persona que convive con otra de manera análoga, no puede importar, por sí mismo, en consecuencia, la realización del tipo penal. Naturalmente que tanto en este delito como en el de tenencia de armas es posible compartir la tenencia y que esto es posible cuando se la comparte entre padres e hijos. Pero, en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, se requerirá que en estos casos se acrediten suficientemente circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido real de posesión de las drogas. Estas circunstancias pueden ser muy diversas en cada caso y difícilmente se podrían reducir a un catálogo cerrado, no obstante lo cual, exigirán una comprobación positiva de los elementos que diferencien la convivencia familiar con el autor respecto de la autoría misma, pues la sola relación familiar o una relación semejante a la de los cónyuges y los padres e hijos no puede ser un fundamento válido de la coautoría de la tenencia. De otra manera, en dichos delitos se burlaría por esta vía la exclusión de la obligación de denunciar a los allegados o de

declarar contra el pariente o, inclusive de la prohibición de encubrir, que ha previsto el legislador, reemplazándola por una autoría fundada en la convivencia familiar.

En el caso que pende de la decisión de esta Sala es indudable que el Tribunal de Instancia sólo ha fundado la tenencia de la droga por parte de la procesada en su relación familiar con el que dice que es su marido, quien, por otra parte, era la única persona sospechosa que orientó la investigación. Ello, como es claro, es insuficiente, a la luz de los principios anteriormente expuestos, para determinar la autoría del delito del art. 344 que se imputa a la recurrente”.

En otros casos, el TS sí ha encontrado indicios reveladores de la participación de uno de los ocupantes de la vivienda en el tráfico de drogas. Aunque seguramente, en el presente la alegación de que la vivienda era compartida, permitiendo que terceras personas dejaran en ella cosas de su propiedad, no fuera cierta. Se trata de la STS de 22 de diciembre de 1990: “... se esgrime la presunción de inocencia en orden a que H conociera que los bultos que había en su vivienda contuvieran hachís.

La procesada, a lo largo de sus declaraciones, ha venido atribuyendo el depósito en su vivienda del bolso y del saco a un marroquí que vendía ropa, que visitaba mucho su casa y que había pedido a la procesada que le permitiera dejar allí unos bultos con ropa para otra persona; y agrega que un tal R. preguntó por un tal A. También ha declarado que, en la jornada de autos, vio al norteafricano salir de dicha vivienda. Y, según ya se ha expuesto, niega que F. estuviera en la casa el aludido día.

Esta última negación de lo que aparece acreditado directamente (varios policías declararon haber visto salir a F. ese día de allí), junto al indicio de que los bultos con el hachís fueran hallados en la vivienda donde H habitaba regularmente y fue detenida, para que la Audiencia, sin incurrir en la infracción de las reglas antes dictadas ni, consiguientemente, en la arbitrariedad proscrita para el art. 9.3 CE, concluyera que la procesada conocía el contenido real de los envoltorios y favorecía el clandestino tráfico con la droga”.

Hay que tener en cuenta que esta sentencia admite que la procesada conocía el depósito de la droga, no exclusivamente porque apareció en su domicilio, lo que seguramente no sería por sí sólo suficiente, sino en base a un contraindicio: la presencia de F en su casa, que ella negó.

La STS de 11 de febrero de 1991 aprecia la concurrencia de circunstancias que permiten imputar a ambos cónyuges ocupantes de la vivienda el delito de

tráfico. Las razones valen para cualquier otro caso, porque lo que resulta siempre contrario a la lógica es que, viviendo varios en el mismo sitio no conozcan la actividad ilícita del otro, por lo menos por el número de personas desconocidas que deben acudir a la vivienda en busca de la droga, si el tráfico se realiza allí mismo, o por los ingresos que obtiene su compañero.

“... aduce la infracción del derecho a la presunción de inocencia por entender que ella era ajena a las actividades del marido ignorando que pudiera dedicarse al tráfico de drogas ni que fuera consumidor de las mismas, de modo que tuviera que recurrir a la venta de estupefacientes para satisfacer su adicción.

Sin embargo, el razonamiento de la Audiencia, basado en datos objetivos cuya existencia ha comprobado esta Sala, llevan a sentar la convicción contraria, pues resulta inverosímil que la mujer no advirtiera la significación de las sustancias y útiles intervenidos, que estaban sin ocultar y a la vista, como la balanza de precisión en la mesa del comedor o en lugares de diario acceso, como el aparador sito en un corredor de la casa, así como las continuas visitas que hacían a la casa los consumidores de la droga para conseguir la adquisición de la misma, visitas que alertaron a la Policía y propició el mandamiento judicial para la entrada y registro de la vivienda, no menos que los resguardos de ingreso de dinero, en cuantía de casi dos millones de pesetas, en la C., que no justificaban con la pensión de 41.000 ptas. mensuales que percibían los cónyuges, de lo que resulta que la procesada compartía la posesión como los beneficios de la droga”.

Habría que considerar si no se condena por la participación en los beneficios, que cuenta con tipo específico del 546 bis f), o por un impune encubrimiento de parientes.

En todo caso debe atenderse a la verdadera identidad del ocupante de la vivienda, esto es, a quién sea el que resida en ella, con independencia de su titularidad formal.

Como dice la S. de 26 de marzo de 1990 de la A.P. de La Coruña, “... la objetiva existencia de la droga, distribuida en papelines en la chabola, habitualmente ocupada, o en todo caso regentada por el acusado, son elementos suficientes para destruir la presunción de inocencia que constitucionalmente le ampara (lo cual no es admisible). Frente a ello, como ya se apuntó, el acusado alega no ser ésta su vivienda, cuya propiedad atribuye a su padre. Pero el tribunal llega a la convicción de que en todo caso era su detentador habitual y responsable de lo que había en su interior por otras razones: 1. El registro

fue realizado a presencia del propio hermano del acusado y un cuñado, quienes al firmar el acta como testigos, no consta hicieron protesta o reserva alguna sobre la propiedad de la mencionada chabola, registrada por los funcionarios policiales como domicilio del acusado. 2. ... el propio hermano del acusado les indicó que éste era el responsable de la chabola y vivía allí... se encontraba su coche por el lugar. 3. El segundo policía declarante en el juicio, manifestó que “sabía que la chabola número 4 era del acusado por haberlo visto allí varias veces”. ... La certificación del Padrón, extemporáneamente aportada por la defensa ya al final del juicio, simplemente tiene, como todas las de su clase, un valor meramente formal, no coincidente con la realidad al modo iuris et de iure, ni se opone a la existencia de segunda vivienda o a la simple detención de otro inmueble con fines diferentes”.

En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha decidido absolver, ante la imposibilidad de atribuir a una persona concreta la titularidad de la droga poseída para el tráfico. Así, por ejemplo, la STS de 20 de noviembre de 1989, en que aprecia infracción de la presunción de inocencia en el acusado, cuando otros tres ya habían sido absueltos por la Audiencia.

“El mandamiento judicial de entrada y registro en el domicilio de los padres del procesado se otorga porque se sospecha que puedan encontrarse allí objetos procedentes de un robo cometido por éste. Y así lo ratifica uno de los policías intervinientes en el juicio oral. Fue entonces cuando otro policía que se hallaba en el exterior del edificio vio caer del 4º piso una bolsa arrojada —según un tercer policía que se encontraba en la vivienda, en deposición en el juicio oral— por la madre desde una ventana. En el piso se encuentran dos bolas grandes y dos pequeñas al parecer de hachís y una balanza. En la manga anudada del jersey que cae desde lo alto se contiene un kilo cincuenta gramos de hachís. Ningún producto del robo se encuentra en la vivienda.

No consta que el hijo viviese en la vivienda de los padres, ni que se dedicase al tráfico de drogas. Tenía antecedentes por robo, y según la policía era adicto a las drogas duras. Es el padre, por el contrario, quien según la Policía se dedicaba parcialmente al tráfico de estupefacientes. Pero el padre, la madre y la hermana son absueltos por el Juzgador de Instancia. En la causa no hay prueba alguna para que al procesado no se depare la misma suerte”.

De todas maneras, el Supremo parece sugerir la posibilidad de que la absolución de los otros procesados, cuya situación ya es inatacable, ha impedido condenar al verdadero culpable.

A pesar de lo que haya podido decirse antes, el simple descubrimiento de drogas en una vivienda no justifica una condena por tráfico. Sobre todo, si a ello va unida la condición de toxicómano del poseedor. Como veremos más adelante, la ocupación de droga al consumidor de ella, exige la concurrencia de otras circunstancias para reputarle traficante.

En este sentido, la S. de la Audiencia Provincial de Tenerife de 8 de mayo de 1990: "... aunque existan algunas sospechas, todas las circunstancias concurrentes no permiten afirmar que tal cantidad perteneciese a la procesada (otra vez el problema de la titularidad) y tuviera por destino el tráfico de la misma, pues, de una parte, la condición de politoxicómano de su hijo A., unido a la total falta de otros indicios, como material para pesar o envolver permiten la sospecha racionalmente probable de que perteneciese a éste y tuviera por destino su propio consumo, y por otra parte, el lugar donde se encontraba, permite admitir, también como probable, que la procesada ni siquiera tuviera conocimiento de su existencia".

Precisamente de su ocultación deduce la STS de 24 de febrero de 1984 la intención de traficar. "La droga fue hallada en el domicilio, en un cuarto trastero del patio donde el acusado la guardaba o tenía escondida, y el carácter irrefutable de esta afirmación en conexión con el propósito de especulación o tráfico que se desprende de la cantidad (50 kg. de hachís), del utillaje para su comercialización (balanzas, una de ellas de precisión) y de las circunstancias del hallazgo (ocultada la droga en un cuarto trastero entre ropas viejas) permiten llevar esta conducta al tipo de posesión o tenencia preordenada al tráfico".

Contrariamente a lo dicho en otra sentencia anterior, la STS de 5 de julio de 1984 considera autora de un delito de tráfico de drogas a la procesada "dado que en su casa se venían realizando operaciones de tráfico de heroína, en presencia de ella, colaborando pues, en dicho tráfico al facilitar el local donde se realizaba y donde se guardaba la droga". La particularidad del presente caso es que se realizaban a su presencia, y por lo tanto conocía y era testigo del tráfico. Pero si basta con ser testigo o propietario para ser autor, habría que hacer una revisión de los casos anteriores, en los que tal posibilidad no se ha planteado, y comprobar si existen o no indicios, derivados incluso de la morfología de la vivienda, para ser inculcado quien no ha participado en el trasiego de drogas.

En otra ocasión, STS de 16 de enero de 1989, se considera autor al que pone a disposición de otros un lugar donde guardar la droga. "Respecto a la

presunción constitucional de inocencia, en que se apoya el motivo, la declaración del acusado en el juicio oral juntamente con las prestadas en el atestado policial y en el sumario con asistencia letrada, revelan paladinamente que era sabedor de la operación de importación clandestina de hachís y en compañía de los propietarios e introductores de la droga había viajado desde Holanda con el papel o cometido —concertado por el precio de 5.000 florines holandeses— de alquilar el apartamento donde había de ser depositado el alijo y de proceder a su custodia y vigilancia hasta que se realizara el transporte; en estos hechos reveladores de una cooperación necesaria para el éxito de la operación de contrabando (conocimiento de la misma y relación directa con los introductores) reside la actividad probatoria de cargo bastante para deshacer o desvirtuar la inocencia alegada”.

Lo que sí hace el TS, es atribuir la droga a los ocupantes de la vivienda, aunque en algún caso, como hemos visto, no pueda hacerlo a ninguno en concreto.

Así, la STS de 6 de junio de 1989, dice que “la sentencia impugnada, en su factum y en su primer fundamento de derecho, viene a expresar suficiente la lógicamente correcta argumentación deductiva que lleva de la base directamente acreditada al hecho inferido, en términos que, agrupados, son cuales: si ambos acusados eran los arrendatarios de las viviendas de autos debe deducirse, a falta de otra explicación, que disponían de la droga allí ocupada, y no puede estimarse como otra explicación la invocada presencia de otra persona en el inmueble, dado el profundo vacío que ha rodeado esa invocación”. Ya hemos visto antes un caso en que se intentó, por un lado alegar la presencia de quien no había estado, y negar la del que sí lo había. Fue justamente la prueba de que esta última afirmación era falsa, la que como contraindicio enervó la presunción de inocencia.

En el mismo sentido, la STS de 1 de octubre de 1990 sostiene que existen pruebas de cargo suficientes, que son: “la ocupación de la droga por la Policía en la habitación que en el hotel ocupaba el procesado, la declaración del mismo ante el juzgado en que admite poseerla y relata su adquisición y la declaración indagatoria”.

Sin embargo, esta adjudicación por razón del lugar donde la droga es descubierta, debe hacerse con las máximas precauciones, cuando por tratarse de un sitio público o de concurrencia de muchas personas, o de acceso fácil para terceros, pudieran existir dudas. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la

habitación del hotel, donde, por lo menos, pueden entrar sin demasiados problemas algunos empleados del mismo.

LA PUREZA DE LA DROGA

La determinación de que la sustancia poseída es droga se lleva a cabo sin más problemas por análisis realizados con sencillos aparatos a disposición de los agentes de policía. Pero para una mayor precisión y certeza se exige un análisis más profundo y realizado por personas cualificadas.

La realización de estos informes se deja a organismos públicos acreditados. Dice al respecto la STS de 26 de octubre de 1990 que “... el informe de la Inspección de Farmacia de la Dirección Provincial de Sanidad y Consumo, ratificado a presencia del juez instructor, cuyo valor de prueba en casación, a los fines de completar la apreciación probatoria del Tribunal, debe aceptarse por tratarse de un dato relevante para el enjuiciamiento de los hechos procedente del análisis practicado por un organismo oficial a instancia del juzgado, cuya autenticidad no se ha impugnado...”.

La relevancia de la concreción de la pureza de la droga aparece especialmente a la hora de aplicar o no la agravante de notoria importancia.

La STS de 1 de octubre de 1990, ya citada, dice que “la cantidad de notoria importancia ha de precisarse no sólo con pautas de cantidad en bruto, sino que ha de atenderse también a la mayor o menor pureza o concentración de la sustancia tóxica y demás elementos perjudiciales, que en definitiva producen la nocividad; y en el caso presente, no determinada la concentración de la droga, no es posible incardinar lo aprehendido en cantidad de notoria importancia...”.

Sin embargo, en otras ocasiones, la jurisprudencia ha estimado prescindible el análisis acreditativo de la pureza, atendiendo al número de dosis que pudieran obtenerse, o a la gran cantidad, que excede con diferencia del límite inferior de la notoria importancia.

STS 15 de octubre de 1990: “En lo atinente a la agravación específica aplicada por la sentencia recurrida —cantidad de notoria importancia— el desconocimiento del grado de pureza podría constituir alegación decisiva si la cantidad aprehendida hubiera estado en los límites en que se mueven los Tribunales para

apreciar tal circunstancia, no en el supuesto de ser, la aprehendida, más de seiscientos gramos de heroína”.

STS 3 de enero de 1991: “La notoriedad cuantitativa de la sustancia estupefaciente conocida como hachís a la que alude la sentencia, no viene determinada por el grado de concentración o pureza del producto sino por su peso y modalidades de consumo, variando su efectos según la dosificación y modo de administración... Teniendo en cuenta que la vía de suministro más utilizada por los consumidores es la de inhalación del humo producido por su combustión mezclada con tabaco en forma de cigarrillos, la afectación a la salud pública vendrá determinada por la notoria cantidad de dosis que pueden confeccionarse con los dos kilos y seiscientos gramos ocupados al procesado, resultando su contenido en tetrahidrocannabinol que es el componente más activo de todos los que se contienen en los derivados del C.I. o cáñamo común.

El bien jurídico protegido se resiente en este caso por la cantidad de sustancia que se trataba de introducir en el mercado...”.

STS 28 de diciembre de 1990: “Es cierto que, en algunos casos concretos, la doctrina de esta Sala ha considerado dato de interés para calibrar esa importancia cuantitativa el conocer la calidad también. Pero tal dato pierde interés cuando se trata de una sustancia de no grave daño y además viene identificada ya por un nombre que la califica a efectos de concentración: hachís.

A mayor abundamiento, carece de valor decisorio esa precisión cualitativa cuando la cantidad es tal que tiene ya por sí notoria importancia en términos absolutos como ocurre en el presente caso, cuando se trata de dos kilos”.

Mayor sorpresa causa la STS de 14 de febrero de 1991, porque desestima completamente la relevancia de la pureza. “Esta Sala ha declarado reiteradamente que para apreciar el subtipo agravado, tiene mayor trascendencia la cantidad de droga que la pureza de la misma, por la literalidad del precepto y por la peligrosidad, a su vez, de las sustancias adulterantes. En todo caso, dada la cantidad de heroína objeto de tráfico, 255 grs., es indudable que aquella ha de reputarse de notoria importancia..., aunque su grado de pureza no fuere elevado, siempre habría de exceder de la cuantía mínima, ya señalada como precisa para la existencia del subtipo agravado”.

LA INTERVENCIÓN CORPORAL

Ha declarado el Tribunal Constitucional en providencia de 28 de enero

de 1991 que “El derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consiguiente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone, para el afectado, un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en el art. 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo”.

Ya había negado la doctrina que esta clase de intervenciones supusiera lesión de algún derecho fundamental. Porque no sólo no privan de la libertad al que es objeto de ellas, sino que tampoco supone un trato degradante ni confesión de hechos en perjuicio suyo, ya que de la misma puede resultar tanto su culpabilidad como su inocencia. Por otra parte, no existe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de imponer obligatoriamente la práctica de esta medida, a diferencia de lo que ocurre en otros.

Justamente, la imposibilidad de ejecutar esta medida si se opone a ella el sujeto pasivo motivó la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 6/1988 de 12 de diciembre, sobre la posibilidad de que exista un delito de desobediencia, en relación con la negativa de las personas posibles portadoras de drogas a ser objeto de reconocimiento.

Esta Instrucción establece los principios siguientes:

1. Un reconocimiento médico y/o radiológico no vulnera el derecho a la salud de la persona proclamado en el art. 43 de la CE.
2. Un reconocimiento médico y/o radiológico no es inhumano ni degradante, ni viola el derecho a la integridad física consagrado en el art. 15 de la Constitución.
3. Un reconocimiento médico y/o radiológico realizado para prevenir un delito grave y en defensa de la salud pública no vulnera el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 de la CE.

Partiendo de estas premisas llega a las conclusiones siguientes:

1. La resolución de un juez de instrucción que ordene motivadamente un reconocimiento, como el que es objeto de este informe, con la finalidad de pre-

venir un delito grave y proteger la salud pública es constitucionalmente inobjetable pues reúne, para serlo, los dos requisitos exigibles de legalidad y necesidad.

2. Una orden judicial como la descrita en la conclusión primera, contiene un mandato que debe ser acatado (art. 118 CE). La negativa injustificada de la persona así requerida a ese mandato constituye, en línea de principio, el núcleo de un delito de desobediencia.

La doctrina que se deduce de lo anterior es que la Policía puede practicar por su propia autoridad identificaciones y cacheos. Entendiendo por éstos los que pueden llevarse a cabo palpando al sujeto o registrando sus ropas y objetos personales. Pero para realizar un examen físico interno es precisa la autorización judicial.

Otro problema se plantea cuando la persona se niega a ser registrada o examinada médicamente. Es lógico pensar que será preferible una pena por delito de desobediencia que por tráfico de drogas. Esto se solventa mediante técnicas policiales, dejando detenido y aislado al sujeto hasta que la Fisiología empuja las sustancias fuera de su organismo.

José María Asencio Mellado en su obra *Prueba prohibida y prueba preconstituida* entiende que no habría ningún obstáculo para que el Ministerio Fiscal, y por su delegación la Policía Judicial, pudiera ordenar inspecciones e intervenciones corporales en casos de urgencia.

EL DELITO PROVOCADO

Es práctica habitual en la investigación de los delitos de tráfico de drogas que los agentes policiales se aproximen a los delincuentes motivándoles la ejecución de algún acto revelador de su propósito criminal. No se trata de dar lugar a la ejecución de un delito mediante su provocación, sino de confirmar sospechas u obtener pruebas contrastadas del crimen.

Como sabemos, el delito provocado es impune, porque parte de la inducción de un error en el sujeto activo, destruyendo la voluntariedad del acto, y porque desde un primer momento está excluida toda posible lesión del bien jurídico protegido.

Pero este supuesto es diferente del explicado en el párrafo anterior, en que la actividad del agente va enderezada a descubrir la red de distribución y a las personas implicadas en el tráfico, es decir, recae sobre delitos ya cometidos.

La STS de 21 de febrero de 1986 es clara al respecto: “No es óbice para su apreciación (la de un delito del art. 344 CP), la mediación e intervención provocadora de la venta del hachís por parte de los miembros del Cuerpo Superior de Policía que, conocedores de las operaciones de tráfico que se venían desarrollando, fingiéndose compradores, llevaron a efecto las actividades que se describen, hasta proceder a la detención de los inculpadados en el momento en que éstos ponían a su disposición los tres kilos de hachís”.

Una cuestión ciertamente curiosa, pero no infrecuente, es la que resuelve la STS de 5 de octubre de 1990. “Se cita aplicación indebida del art. 344 CP, en la vía del art. 849-1º de la L.E.Crim., argumentando que la Policía obtuvo ilegalmente las pruebas (art. 11.1 LOPJ), pues los miembros de las fuerzas de seguridad que hicieron la averiguación de los hechos debieron haber evitado la comisión del delito contra la salud pública, toda vez que sabían que en uno de los dos coches se transportaba estupefacientes”. Continúa la sentencia citando diversos preceptos y concluye: “... no puede ser reprobada la actuación de unos agentes de seguridad que sospechan la existencia de tráfico de drogas en el encuentro que proyectan dos automóviles que parten de distintos puntos, y montan un servicio de seguimiento con el resultado de sorprender a los ocupantes en el momento en que intercambiaban la droga; no hay provocación, ni interferencia alguna en la iniciación y desarrollo de los hechos, sino intervención cuando el acto de tráfico se consuma, es decir, con posterioridad al momento en que alcanza término y sazón al propósito criminal, averiguando y poniendo al descubierto una conducta delictiva que nace desde el momento del concierto criminal sobre la adquisición de la droga que existía en poder de uno de los grupos participantes. La acción policial, en suma, no constituyó un factor determinante del delito, aunque sí de su descubrimiento y averiguación, y ésta es función de los miembros de los Cuerpos de Seguridad, sin que pueda hacerse reproche alguno a su comportamiento o a las pruebas obtenidas”.

EL BLANQUEO DE DINERO

Es una materia que no se puede analizar aquí por falta de tiempo, y porque aún está en gestación. Los principales problemas surgen a la hora de acreditar qué bienes provienen del tráfico ilícito de drogas.

El Código de Conducta de Basilea (1988) habla como requisito imprescindible de la cooperación de las instituciones financieras.

Se trata no sólo de descubrir la ruta del dinero, sino a través de él llegar hasta la droga. Aunque el dinero es quizá más difícil de ocultar que la droga, sobre todo porque se traduce inmediatamente en un injustificado aumento del nivel de vida del traficante, exige de expertos muy especializados, cuando se trata de grandes organizaciones, que a su vez cuentan con empresas propias dedicadas a blanquear sus beneficios.

INFERENCIA DEL TRÁFICO

Casi al principio de este trabajo hablamos de la impunidad del autoconsumo y del carácter delictivo de la tenencia con ánimo de traficar. Quedan fuera los supuestos en que se acredite directamente la existencia del tráfico en cualquiera de sus formas: venta, transporte, donación, etc. En este apartado vamos a tratar de explicar a través de qué circunstancias puede considerarse acreditado que la droga que, según dijimos quedó acreditado por prueba directa, se posee, está destinada a ser consumida por terceras personas.

Por ser seguramente la cuestión más debatida en los procesos penales por tráfico de drogas, y en aras de una mayor claridad, voy a enumerar las diferentes circunstancias. Debe tenerse en cuenta que, como ha dicho reiteradamente el TS, la inferencia del tráfico, por ser un elemento psicológico del delito, sólo puede deducirse de actos externos y de las circunstancias en que se ejecute, esto es, en base a indicios; y que la justificación de un hecho por prueba indiciaria requiere, entre otros requisitos no menos importantes, que concurra más de uno.

Entre estas circunstancias se encuentran:

1. *La posesión por toxicómano.*

En general, puede decirse que la posesión por toxicómano va destinada a su intención de particular uso o consumición, a menos que la cantidad u otras circunstancias lleven a pensar lo contrario.

En un caso en que el inculpado alegaba que la cocaína poseída era para su consumo personal, el TS en sentencia de 28 de septiembre de 1990, dijo que “El motivo merece total rechazo. Esta Sala ha estimado que excede de la cantidad destinada al consumo (debe querer decir al propio consumo) la que supera la que el procesado utiliza durante un maximum de tres a cinco días. Incluso

partiendo de la declaración del procesado de que esnifaba de 4 a 5 gramos diarios —lo que el propio letrado recurrente pone en duda— la cantidad intervenida se extendería a dos semanas de consumo'. La cantidad intervenida eran 65 gramos de cocaína.

La consideración del imputado como toxicómano no resulta de su simple manifestación sino que debe acreditarse. En algún caso ocurre que ante la propia policía o en el juzgado se produce un síndrome de abstinencia que lo justifica (antes vimos un caso), llegando a precisar el detenido asistencia médica. La STS de 22 de julio de 1987 habla de "la no constancia de la condición de drogadicta de la imputada, fuera de sus propias manifestaciones", la de 10 de diciembre de 1990 de que "durante la estancia en la Comisaría policial el procesado tuvo que ser asistido de síndrome de abstinencia (tres partes de asistencia ambulatoria) y certificaciones de sentencias que apreciaron en el procesado la concurrencia de una drogadicción antigua y persistente que afectaba sustancialmente a sus facultades volitivas". En este último caso se aplicó la eximente incompleta en relación con el 8.1º CP.

STS 22 de noviembre de 1989: "... la cantidad de droga poseída por el inculcado es tan ínfima que se hace imposible entender que pudiera ser destinada a la venta, como afirma la sentencia recurrida, máxime, y esto es esencial, cuando demostrado ha sido con pruebas incontestables que el recurrente era adicto al consumo de drogas estupefacientes". Llevaba 7 papelinas de heroína en sus calcetines y 12,50 gramos de hachís en su bolsillo, por lo que, contrariamente al TS, hay indicios de tráfico.

STS 2 de abril de 1990, considera autoconsumo 1,5 gramos de cocaína y 140.000 ptas. en una pitillera "... por la simple razón derivada de la cantidad aprehendida en su poder, que no da un significado de excesiva, para sobrepasar el parámetro del autoconsumo, sobre todo teniendo en cuenta la personalidad de drogodependiente que se da en el acusado".

STS 9 de abril de 1990: "... se le ocupan 0,525 gramos de heroína, distribuidos en 21 papelinas. Ni la cuantía de la droga puede presumir una dedicación al tráfico, ni la presencia de otras personas puede presumir ineludiblemente a afirmar tal destino".

Anteriormente hemos visto varios casos de aprehensión de cantidades importantes, que se entendían destinadas al autoconsumo, según el TS. Como es lógico, la impunidad de la posesión por el toxicómano es lo mismo que decir impunidad de la tenencia de droga para el autoconsumo.

Pero la condición toxicómano del acusado no le exime sin más del delito de tráfico de drogas. Como explica la recién citada STS 10 de diciembre de 1990, “La condición acreditada de consumidor de droga por parte del procesado no altera tal deducción, pues es regla de experiencia común la coincidencia de ambas condiciones: traficante y consumidor, para con el producto de las ventas autofinanciar el consumo propio y así la más reciente y autorizada doctrina científica se refiere a la figura del consumidor traficante, aunque postulen un tratamiento menos riguroso que el de traficante con ánimo de lucro estricto”. Es el caso muy frecuente del toxicómano que vende a pequeña escala.

2. *El no toxicómano*

La Circular de la Fiscalía General del Estado de 4 de junio de 1984, expone que la posesión de estupefacientes, cualquiera que sea su cantidad, por quien no es habitual al consumo, hay que atribuirle la finalidad de transmisión a terceros, sin que sea preciso demostrar este último propósito en el poseedor, pues se presume que su posesión actual es provisoria y que el destino de lo poseído es el tráfico. Se establece así el principio contrario al expuesto en el número anterior, lo que es lógico, pues en estos casos no hay razón que justifique la tenencia del producto, al no existir autoconsumo posible del mismo.

3. *La cantidad de droga aprehendida*

Ésta es la circunstancia más importante, y el recurso más habitual para destruir la presunción de inocencia.

STS 10 de diciembre de 1985: “Entre las diversas circunstancias válidas para la deducción de la dedicación al tráfico, la más trascendental es la cantidad y calidad de la droga intervenida”.

En otras muchas sentencias recogidas en otros apartados se habla de la cantidad como indicio clave. La razón de ser es que resulta antieconómico, absurdo y desmesurado acumular una cantidad importante para destinarla al autoconsumo, que sería la circunstancia exculpatoria.

Una cierta crítica a la tesis expuesta, que posiblemente se aplica demasiadas veces automáticamente, la hace la STS de 17 de diciembre de 1990. “El primer motivo estima inaplicable el art. 344 del Código por cuanto que el razonamiento condenatorio únicamente se basa en sospechas por algo que se ocultaba por el procesado siendo así que, además, las cantidades intervenidas por su cuantía, no pueden ser consideradas como para el tráfico, olvidándose

en este aspecto por el recurrente que en el supuesto aquí enjuiciado no son las cantidades las que han de señalar el destino de la droga, en tanto que las circunstancias concurrentes, la forma y lugar en que aquélla se encontraba guardada, indican claramente, por encima de cualquier peso o cantidad, la finalidad a que estaba predestinado el hachís y la heroína, ciertamente que en escasa medida”.

4. *Los medios económicos*

Frente a la tan repetida alegación de autoconsumo, se alza el indicio fundamentado en la falta de recursos económicos del acusado para adquirir la droga que acumulaba. En este sentido, a la habitual condición de parado, a la falta de acreditación de ingresos económicos se contraponen la tenencia de sustancias que alcanzan un precio muy elevado, en todo caso superior al que podría soportarse con un sueldo medio.

Hay casos en que, encontrada en poder de una persona droga por valor de varias decenas de miles de pesetas, ella sostiene que son para su propio consumo, y que las gasta en uno o dos días, sin justificar medios económicos para pagarla. En estos supuestos, la acreditada falta de medios se constituye en acreditado contraindicio.

STS 24 de diciembre de 1986: “La cantidad de heroína ocupada a la procesada, 10,06 gramos, unido al valor oficialmente asignado a tal cantidad, que llega a 181.180 ptas. y la modesta economía en que se desenvolvía la procesada y la carencia de ingresos para subvenir en tal cuantía la compra del producto, hace presumir que los mismos los conseguía con la reiterada venta de droga, conduciendo a pensar claramente en la habitualidad del tráfico”.

Para el caso de empresas que encubren bajo cualquier otra actividad la distribución de drogas, el mejor indicio es la falta de verdadera actividad propia de la empresa simulada, lo que resultará de sus balances, número de empleados dedicados efectivamente a ella, movimiento de proveedores y clientes, etc.

5. *Los objetos hallados en poder del poseedor*

STS 5 de octubre de 1984: “La suma de dinero habida en poder del procesado, la cantidad de droga poseída (1.750 gramos de hachís) que excede de las previsiones de un normal consumo, y las tres balanzas del tipo de las que normalmente se utilizan para la comercialización del producto, son datos que conducen a afirmar una adquisición, posesión y transporte de hachís con finalidad de tráfico”.

STS 13 de noviembre de 1984: “A los procesados les fueron ocupadas balanzas de precisión”.

La ocupación de balanzas es frecuente, pero no es el único objeto considerado utillaje propio del tráfico. También se comprenden en este supuesto los recipientes y el material para construirlos, las navajas y otros instrumentos para cortarla, y en general todo lo que pueda entenderse como accesorio del tráfico. El problema en estos casos es que, salvo cosas muy concretas, como la balanza de precisión, cuya tenencia no es habitual en el normal de los ciudadanos, el resto tiene una finalidad lícita más corriente que la delictiva. Habría que acumular otros indicios, salvo que, como no es extraño que suceda, junto a ellos se descubran restos de droga.

6. Los antecedentes del acusado

Esta circunstancia no deja de ser utilizada, pero es difícilmente admisible. En mi opinión, por lo que supondría de exceso en los efectos de otras sentencias, deben rechazarse los antecedentes penales consistentes en condenas anteriores por delitos del mismo tipo, que se remitirán exclusivamente a la reincidencia, pero no a la prueba de los posteriores, así como imputaciones de actos hechos gratuitamente, del tipo de que es persona que “habitualmente trafica con drogas”, porque es completamente contrario a cualquier principio procesal; mientras que para condenar por la acusación concretamente formulada sería preciso construir prueba de cargo que pruebe su certeza, estas acusaciones colaterales descansarían en la simple afirmación de testigos, ordinariamente policías, tratándose de imputaciones de verdaderos delitos, realizadas en un proceso donde se juzga otro diferente.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de enero de 1990: “Estos elementos probatorios e indicios son los siguientes: ... b) las manifestaciones de los policías actuantes, relativas a conocer al acusado como persona que con frecuencia ha estado implicado en relación con el tráfico de drogas a muy pequeña escala”.

Sí serían valorables otra clase de hechos, como personas con que se relaciona el acusado, o lugares a donde suele ir, y en general todo lo que no implique inculpación de otro delito.

7. Reconocimiento del imputado y acusación del coimputado

Son fundamento suficiente de una sentencia condenatoria, siempre que no esté viciada su obtención. En el primer caso (admisión), por obtenerse ilícita-

tamente (coaccionando, etc.), pues si cabe la posibilidad de admitir procesalmente la conformidad del acusado con los hechos que se le imputan o con la pena que se pide, sustrayéndose a la valoración judicial, no debe entonces rechazarse el valor que pueda tener su confesión de los hechos, en cuanto a la valoración de la prueba. Sí es conveniente que se unan otras circunstancias.

En cuanto a la acusación por el coimputado, es válida, salvo que esté motivada exclusivamente en la venganza o la autoexculpación.

STS 18 de septiembre de 1990: “En definitiva lo que se denuncia es haberse ignorado el principio constitucional de presunción de inocencia, porque, según se arguye, la afirmación que hace el relato probatorio de que los 6 kg. de hachís que la Guardia Civil ocupó al procesado PC, le habían sido entregados con anterioridad por el procesado JGF para que la llevara a Canarias, a cambio de 50.000 ptas., no tiene más base que la manifestación que realizó el procesado PC en su indagatoria, que sólo debe ser tomado a lo sumo como un indicio vago, muy poco digno de crédito... Si el tribunal de instancia oyó las declaraciones de ambos procesados, en virtud del principio de inmediación y afirma en el segundo fundamento de derecho que las del procesado P, incriminaron directamente al recurrente P en la operación de tráfico de droga..., declaraciones que no siendo exculpatorias de quien las realiza, y no constando enemistad entre ambos, es indudable, conforme a la doctrina de la Sala antes expuesta, que constituye actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia”.

8. *Detención y huida*

STS 29 de octubre de 1986: “La aprehensión se produjo porque alguien denunció que unos jóvenes estaban vendiendo heroína en la calle y al llegar la policía uno de ellos huye, siendo inmediatamente detenido portando la droga, lo que permite a la Audiencia formar conciencia y llegar por juicio de valor a declarar que la heroína estaba destinada al tráfico y no al autoconsumo”.

9. *Lugar donde la droga es ocupada*

STS 21 de noviembre de 1986: “... habrá de tenerse en cuenta lugar y hora en que fueron ocupadas”.

Se encuadran aquí los casos de detención de traficantes en lugares donde es habitual la transacción de estupefacientes (STS 6 de junio de 1989).

STS 8 de octubre de 1987: “Aunque la cantidad de droga podrá justificar la alegación de que era para el autoconsumo del imputado, pues fueron 11 gramos y 6 centigramos de hachís, la conclusión es otra, pues la aprehensión se produjo en la calle, junto a un bar,...”.

Descubrimiento en quien va a visitar a otro a prisión, STS 15 de octubre de 1990: “... se ha impugnado el razonamiento por medio del cual la sentencia de instancia llega a la conclusión de que la intención de la procesada era hacer llegar a su hermano la heroína que le fue encontrada.

La Audiencia expresa tal razonamiento en su fundamento de derecho segundo cuando dice que constituye prueba de cargo suficiente el penetrar en una prisión para mantener una comunicación con un interno portando la droga, cuya simple tenencia hace deducir racionalmente que iba destinada a su transmisión a otro, cuando son de todos conocidas las limitaciones en cuanto a pertenencias y objetos con las que cualquier ciudadano puede entrar en un centro penitenciario para visitar a un recluso.

Frente a tal argumento se alza la recurrente afirmando que es drogadicta y que la heroína la tenía en un bolsillo del pantalón sin ocultarla, sabiendo que iba a ser rechazada y sin darse cuenta en ese momento de que la llevaba encima.

... la resolución recurrida aparece bien razonada y es conforme a los criterios de la lógica utilizando correctamente el mecanismo de la prueba indirecta. En efecto, de unos hechos claramente probados, la posesión de la droga, el lugar donde se produjo su aprehensión, el conocimiento que todos tienen respecto de las prohibiciones de introducción de determinados objetos en las prisiones y los cacheos obligatorios en estos supuestos, la Audiencia razonadamente deduce que la intención de la procesada no fue el autoconsumo sino la entrega de las tres papelinas a su hermano recluso a quien iba a visitar”.

10. *Disposición de la droga*

Es un razonamiento muy repetido por la lógica que lleva consigo, el de que la distribución de la droga en paquetes independientes, cada uno de los cuales contiene una cantidad idónea para el consumo, conduce a la conclusión de que, por estar perfectamente dispuestos para vender a terceros, dicha droga está destinada para ser consumida por otros.

Cuenta además esta tesis con el apoyo del principio de que quien adquiere una sustancia a tan alto precio como es la droga, la retira inmediatamente

de su recipiente para examinarla, y seguidamente lo más normal es que la una con los otros, sobre todo por la mayor comodidad en su porte y para adaptar luego la cantidad a su consumo ordinario.

Otro indicio importante es que los paquetes contengan la misma cantidad.

11. *Variedad de sustancias*

STS 10 de abril de 1989: “La mera tenencia de la droga constituye el delito contra la salud pública, sancionado en el art. 344, cuando concurre en el poseedor el ánimo de traficar con ella y el conocimiento de la ilicitud de la tenencia de esas sustancias, conocimiento y voluntad que aparecen con toda evidencia de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, en la que se hace constar que al procesado le fueron ocupados en su domicilio, en una caja fuerte, cinco papelines que contenían heroína, con un peso total de 143,009 gramos, 2,179 gramos de cocaína y entre 7 y 8 gramos de hachís, cantidades que si bien no son de suma importancia, tan distinta variedad de estupefacientes —heroína, cocaína y hachís—, las dos primeras de las que causan grave daño a la salud, no es congruente con el autoconsumo, que suele polarizarse en una sola clase de ellos”.

STS 12 de enero de 1990: “Delito de peligro el tráfico de drogas, no es necesario que éste se verifique, siendo suficiente que se posea droga para traficar. Y esto se evidencia por ser variada la droga aprehendida”. Dos papelines de heroína y una de cocaína. Pero reconoció no ser consumidor.

12. *Ocupación de joyas y dinero*

Porque es producto de la venta de drogas. Esto está relacionado con la receptación, pero no es tan sencillo acreditar la procedencia ilícita de los bienes que supuestamente se entregaron a cambio de droga.

13. *Ocultación*

El principio general lo expresa la STS de 18 de julio de 1986: “Todo drogadicto sabe perfectamente que el autoconsumo no es constitutivo de delito, por lo que no hay que tomar precaución alguna ni ocultar cuando se tiene o se halla una persona en posesión de droga para destinarla exclusivamente a este fin”.

STS 10 de febrero de 1986: “... la introducción del estupefaciente en una bolsa con efectos personales e impregnando aquélla con pimienta para encubrir o disimular el contenido”.

STS 14 de marzo de 1986: “La cantidad aprehendida —200,3 gramos de cocaína—, y las circunstancias del viaje, escondida aquélla en un cuadro de su propiedad que entregó a la compañera de viaje, de la que se separó en la terminal del aeropuerto no sin antes concertar una entrevista posterior, son elementos que dan base y consistencia al juicio valorativo del Tribunal sentenciador”. Resalta aquí la irresponsabilidad penal de la portadora del cuadro, si llega a probarse su falta de conocimiento de que el cuadro iba cargado con droga. Debe considerarse esto en los casos de aquéllos que llevan paquetes y cargamentos por cuenta de otros. Anteriormente ya vimos el caso de un conductor, transportista en camiones, que fue contratado para llevar una carga, sin saber que era tabaco de contrabando.

STS 24 de octubre de 1989: “La cantidad de droga que se ocupó es suficiente para reputar su destino al tráfico... Pero además existen otros factores para deducir lógicamente el ánimo de tráfico, y así: 1º. El lugar donde se encontraba la droga, en el interior de un frasco que a su vez se hallaba en la cisterna vacía de agua en un inodoro”.

STS 8 de octubre de 1986. “Se encontraron en el interior de un perro de juguete, hallado en el domicilio del procesado, 11,774 gramos de heroína y asimismo una papelina de 0,0485 gramos de cocaína”.

STS 16 de febrero de 1988: “La forma de ocultación (intravaginal y en un preservativo)”. En estos casos de ocultación en el propio cuerpo, hay que tener en cuenta, para deducir el propósito criminal, el riesgo que dicho porte supone para el que lleva la droga dentro de sí.

Hay otra formas de ocultación, incluso telefónica. Así, cuando por existir sospechas de que valiéndose de determinado teléfono se distribuyen drogas, se ha intervenido el mismo, y se graba una conversación acerca de “27 caramelos” (nadie habla de caramelos por números), o incluso cuando por desconocimiento de las claves se producen confusiones y desentendimientos entre los interlocutores que aparentemente están hablando de flores o coca-colas, exigiéndose explicaciones incoherentes con esa materia. Asimismo cuando se utiliza un lenguaje que no quiere decir nada, llegando al caso de que uno ordena a otro no seguir hablando “por si acaso”.

La forma más vulgar de ocultación consiste en desprenderse del paquete que contiene la droga en el momento de ser descubierto. Esto ya supone una verdadera autoinculpación. STS 17 de abril de 1989: “... las circunstancias de aprehensión, seguimiento de las acusadas por agentes del grupo antidroga, el

hecho de arrojar al suelo en el momento de ser detenidas una bolsa de plástico, escondida bajo el delantal, con tres pequeños botes conteniendo restos de cocaína y un envoltorio con 18,710 gramos”.

14. Reiterada entrada y salida de consumidores de droga en el lugar donde se encontraba el traficante

STS 9 de febrero de 1989: “... existen otros factores elocuentes para deducir lógicamente el ánimo de tráfico. Así: 1º. El lugar donde se encontraba la droga no era el domicilio del procesado sino un bar que regentaba. 2º. De dicho local se vio entrar y salir a individuos sospechosos adictos a la heroína que permanecían escasos minutos”.

STS 10 de febrero de 1989: “Pero sobre todo, lo que sí tiene relevancia probatoria, aunque sea indirecta, es la manifestación llevada a cabo, sobre todo en período sumarial, de un número muy elevado de testigos, que afirman haber adquirido drogas en el piso registrado, así como que quien las vendía era al que designaban o su esposa, y que si habían acudido a ese lugar es porque era públicamente sabido, en el círculo de consumidores de hachís y heroína que ése era el lugar y las personas adecuadas para su adquisición”.