



Roj: **STS 5385/2005 - ECLI:ES:TS:2005:5385**

Id Cendoj: **28079120012005101066**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2005**

Nº de Recurso: **2423/2003**

Nº de Resolución: **1040/2005**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Septiembre de dos mil cinco.

En los recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones legales de los procesados Jesús Luis , José y Víctor Manuel , contra Sentencia núm. 4 de 27 de enero de 2003 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, dictada en el Rollo de Sala núm. 11/2001 dimanante del Sumario núm. 1/2001 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Vélez-Málaga, seguido por delito contra la salud pública contra dichos procesados recurrentes; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes representados por: Jesús Luis por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Díaz Solano y defendido por el Letrado Don Fernando Bermúdez Granados, y Víctor Manuel y José por la Procuradora de los Tribunales Doña Susana Gómez Castaño y defendidos por el Letrado Don Juan Ramón Ayala Cabero.

## **I. ANTECEDENTES**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Vélez-Málaga instruyó Sumario núm. 11/2001 por delito contra la salud pública contra Jesús Luis , José y Víctor Manuel , y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, que con fecha 27 de enero de 2003 dictó Sentencia núm. 4 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declaran como tales los que integran el siguiente relato:

Investigaciones y vigilancias realizadas por miembros del Grupo UDYCO de la Comisaría de Policía de Vélez-Málaga llevaron a la sospecha de que el acusado Jesús Luis , mayor de edad y ejecutoriamente condenado, por delito contra la salud pública, a la pena de un mes y un día de arresto mayor, en sentencia que fue firme el 21 de enero de 1993 , podía estar dedicándose a la venta de drogas, pues advertían que la afluencia de toxicómanos se incrementaba cuando regresaba a la Barriada de Pueblo Nuevo de la Axarquía, en Vélez Málaga, donde habitaba, después de haber salido de ella, poco tiempo antes, a bordo del vehículo Opel Corsa. matrícula R-....-AR . La precauciones que, al parecer de los policías que efectuaban su seguimiento, adoptaba en sus entradas y salidas del barrio y el hecho de advertir que no desempeñaba actividad laboral alguna les hizo pensar que la investigación no iba desencaminada. En muchas ocasiones le acompañaba en sus desplazamientos el acusado José , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien precisamente no estaba cuando, en la noche del día 26 de diciembre de 2000, salió del barrio a bordo del vehículo citado y se dirigió a Torre del Mar, donde, sin bajarse del vehículo, mantuvo una conversación con el que resultó ser el acusado Víctor Manuel , mayor de edad y sin antecedentes penales, que se encontraba al volante del vehículo marca Hyundai, modelo Sonata, matrícula QU-....-QB , del que tampoco se bajó durante la entrevista, estando colocados ambos vehículos en paralelo. El contacto referido fue el que determinó la actuación policial en la tarde del día 2 de enero de 2001, cuando, en uno de los seguimientos del Opel Corsa conducido por Jesús Luis y acompañado por José , al circular por la circunvalación hacia Torre del Mar, advirtieron cómo detuvieron la marcha junto a otro



vehículo que se encontraba aparcado en el arcén a la altura del Centro Comercial El Ingenio. Junto al vehículo aparcado, Opel Corsa, matrícula X-....-AZ se encontraba Victor Manuel , a quien los policías que practicaban el seguimiento conocían del anterior contacto. La sospecha de que se estuviera practicando una entrega de droga determinó la rápida intervención policial. Los policías detienen en escasos segundos a los tres acusados que se encontraban fuera de los vehículos se intervinieron en este último vehículo, en el asiento del copiloto, una bolsa que contenía un paquete de sustancia que, analizada posteriormente, resultó ser cocaína, con peso de 992 gramos y pureza del 86,09%.

En la misma tarde, provistos de mandamiento judicial habilitante y asistidos del Secretario del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Vélez-Málaga los policías actuantes se personaron en las viviendas de la CALLE000 núm. NUM000 NUM001 NUM002 y de la CALLE001 núm. NUM003 NUM004 NUM005 de la Barriada de Pueblo Nuevo de Vélez-Málaga, domicilios respectivos de Jesús Luis y José . El primero hizo entrega a los policías de 1.395.000 pesetas que ese encontraban tras el cajón de debajo de una mesita del dormitorio, en tanto que José hizo entrega a los actuantes de una caja de zapatos que guardaba en el dormitorio de los niños, en la que había dos balanzas de precisión, una cuchara con restos de polvo blanco, unas tijeras y una bolsita con polvo blanco que también fue analizado y resultó ser cocaína, con peso de 0.90 gramos y pureza del 81,04%. El valor del total de la droga intervenida ascendía en el mercado ilícito a que iba destinada a la cantidad de 56.639 euros.

En las memorias de los teléfonos móviles que fueron intervenidos a los acusados se detectaron llamadas entre ellos, que evidenciaban que la reunión interrumpida por la intervención policial había sido previamente concertada y que, por tanto, eran Jesús Luis y José los destinatarios de la droga que transportaba Victor Manuel .

Pese a que la investigación patrimonial a que ha sido sometido Jesús Luis ha puesto de relieve que carece de trabajo y de ingresos económicos por otros conceptos, el día 8 de agosto de 2000 vendió una vivienda por 6.400.000 pesetas, el 4 de septiembre de 2000 compró el vehículo Opel Corsa matrícula R-....-AR por la cantidad de 650.000 pesetas y el 27 de diciembre de 2000 compró y pagó en metálico la vivienda sita en la URBANIZACIÓN000 " CALLE002 núm. NUM006 de Vélez-Málaga, ascendiendo el precio a la cantidad de dieciséis millones de pesetas; además venía utilizando como segundo vehículo el turismo marca Chrysler modelo Stratus LX, matrícula KE-....-KL sin que por la defensa se haya justificado la procedencia del dinero para realizar todas estas adquisiciones, lo que evidencia que procede del ilícito tráfico con sustancias estupefacientes."

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

"Que debemos condenar y condenamos a los acusados Jesús Luis , José y Victor Manuel , como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, relativo a sustancia que causa gave daño a la salud y en cuantía de notoria importancia, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de NUEVE AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a la de multa de cincuenta y seis mil seiscientos treinta y nueve euros y al pago de una tercera parte de las costas del juicio, a cada uno de ellos.

Séales de abono, para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, todo el tiempo que de ella han estado privados en razón de esta causa, caso de no habérseles abonado para el cumplimiento de otra responsabilidad.

Procédase al comiso del dinero, la droga y efectos intervenidos, en los domicilios, así como de la vivienda sita en la CALLE002 núm. NUM006 de la URBANIZACIÓN000 de Vélez Málaga y de los vehículos, Opel Ocorsa matrícula R-....-AR , opel Corsa matrícula X-....-AZ y Chrysler Stratus KE-....-KL a todo lo cual se dará el destino legal.

Se aprueba, por sus propios fundamentos, el auto de insolvencia del condenado José , no así los de Jesús Luis y Victor Manuel , que quedarán pendientes del comiso acordado respecto a los bienes reseñados, pues, en el caso de que tal decisión no llegara a confirmarse y subsistiera la condena, el producto de tales bienes deberá emplearse en el pago de la multa impuesta.

Póngase en conocimiento esta resolución de la Dirección General de la Seguridad del Estado y de la Dirección Provincial de Sanidad y Consumo.

Llévese nota de estas condenas al Registro Central de Penados y Rebeldes, de cuyo organismo se interesará al cancelación de los antecedentes penales que obran en la hoja histórico penal de Jesús Luis , que aparece unida al folio 131 de las actuaciones."



TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por las representaciones legales de los procesados Jesús Luis , José y Victor Manuel , que se tuvieron anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Jesús Luis , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 de la LECrim ., ante la negativa de la Sala a suspender la vista para la localización y citación de un testigo.

2º.- Por error en la apreciación de la prueba del art. 849.2 de la LECrim ., basado en determinados documentos que obran en autos.

3º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim ., o del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la CE en cuanto en él se recoge el derecho fundamental a la presunción de inocencia, incluida la infracción de los arts. 16 y 62 del C penal por inaplicación de los mismos.

4º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim ., o del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la CE , en cuanto que en él se recoge el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en relación al subtipo agravado tercero del art. 369 del C.penal .

5º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim ., o del art. 5.4 de la LOPJ por conculcación del principio de interdicción de la indefensión que consagra nuestra Constitución en su art. 24.1 .

El recurso de casación formulado por la representación legal de los procesados Victor Manuel y José , se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Único.- Se ha quebrantado la presunción de inocencia prevista en el art. 24.2 de la CE , ya que no ha existido la mínima actividad probatoria en el acto del juicio oral que avale un fallo condenatorio contra mi representado.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución e interesó la inadmisión del mismo y subsidiaria impugación, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 8 de septiembre de 2005.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Málaga, Sección tercera, condenó a Jesús Luis , José y Victor Manuel como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud pública, y en cuantía de notoria importancia, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, decretándose el decomiso de los bienes que se citan en el fallo de dicha resolución judicial. Frente a la misma se han formalizado sendos recursos de casación, que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Recurso de Jesús Luis .

SEGUNDO.- El primer motivo de su recurso se formaliza por quebrantamiento de forma, al amparo de lo autorizado en el art. 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por denegación de la suspensión del juicio oral, ante la incomparecencia del testigo propuesto por dicha parte, concretamente el propietario del vehículo marca Hyundai, modelo Sonata, matrícula QU-....-QB ( José ).

Ahora bien, sólo aquella denegación de prueba, sería relevante en la medida que se acredite su necesidad y su capacidad para alterar el resultado de la decisión judicial impugnada, de suerte que no toda negativa a la práctica de prueba que pudiera ser procedente, es capaz de provocar una quiebra del derecho de defensa, quiebra que sólo queda reservada a los contados supuestos de acreditarse la necesidad de dicha prueba por su íntima relación con el objeto del juicio y por su aptitud para modificar el resultado del juicio. En tal sentido, SSTS de 9 de junio de 1989, 15 de febrero y 3 de marzo de 1990, 4 de febrero de 1998 y la más reciente núm. 1139/1999 de 9 de julio . Del Tribunal Constitucional pueden citarse las SS. 116/1983, de 7 de diciembre, 89/1986, de 1 de julio, 212/1990, de 20 de diciembre, 8/1992, de 11 de junio y 187/1996, de 25 de noviembre , y otras muchas posteriores.



Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra revisión casacional. El referido testigo, en tesis del recurrente, trataría de poner de manifiesto que no se produjo el encuentro narrado en el "factum" entre Victor Manuel y Jesús Luis , en la noche del día 26 de diciembre de 2000, colocados ambos vehículos en paralelo. Tal entrevista fue probada a través de la declaración policial de los agentes NUM007 , NUM008 , NUM009 y NUM010 , según afirma el Tribunal sentenciador en el primero de sus fundamentos jurídicos, por lo que nada cambiaría con la declaración de tal testigo, que por cierto ya determinó la suspensión del juicio oral. Lo importante es la entrevista entre ambos acusados, base de la actuación policial posterior, en donde se produce otro encuentro el día 2 de enero de 2001, hallándose una bolsa con cocaína que arrojó el peso de 992 gramos, con una pureza en principio activo del 86,09 por 100. De modo que las pruebas de donde deriva la implicación de los acusados no se deduce de tal encuentro inicial, éste es solamente un medio de investigación policial, sino del hallazgo de la droga en poder de los acusados, y de los indicios probatorios incriminatorios resultantes de los diversos registros policiales practicados, con autorización judicial.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- El segundo motivo se formaliza por la vía del error de hecho en la apreciación de la prueba, que se ampara en el número segundo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se cite con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y f) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Los documentos que esgrime el recurrente son los correspondientes a la pieza de responsabilidad civil de Jesús Luis , así como el informe patrimonial realizado por la policía judicial (folios 98 a 112 de las actuaciones). Se trata de combatir la afirmación del "factum" en donde se dice que el recurrente carece de trabajo y de otros ingresos económicos por otros conceptos. De la lectura de los documentos invocados, no se deduce el error en la apreciación de la prueba, que se funda en una capacidad económica muy superior a la que resultaría de sus precarios empleos, por lo que el motivo no puede ser estimado; sin embargo, prosperará parcialmente en lo tocante al decomiso decretado por la Sala sentenciadora, como estudiaremos más adelante.

CUARTO.- En el tercer motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , el recurrente invoca la infracción de la presunción constitucional de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

Como hemos reiteradamente declarado (véanse, entre otras, nuestras Sentencia 1210/2003, de 18 de septiembre , Sentencia 251/2005, de 25 de febrero , y Sentencia de 25 de abril de 2005 ), ya sabemos que cuando este tipo de alegaciones se realizan en casación, esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no puede proceder a revisar la valoración de la prueba que en la instancia hizo el tribunal que la presidió y presenció, por impedirlo el necesario respeto al principio de inmediación, que tiene su particular realización en las pruebas testificales, periciales, inspecciones oculares y declaraciones de los acusados, en las que tiene mayor significación el contacto directo del órgano judicial con el elemento probatorio utilizado. Por ello, las facultades de este tribunal se encuentran limitadas a la realización de una triple comprobación:

1ª. Comprobación de que se practicaron esas pruebas, que ha de expresar la sentencia recurrida en su propio texto, con el contenido de cargo que, para condenar, se les atribuyó, para lo cual han de examinarse las actuaciones correspondientes (prueba existente).

2ª. Comprobación de que esta prueba de cargo fue obtenida y aportada al proceso con observancia de las correspondientes normas constitucionales y legales (prueba lícita).

3ª. Comprobación de que tal prueba de cargo, existente y lícita, ha de considerarse razonablemente bastante como justificación de la condena que se recurre (prueba suficiente).

El recurrente, con un larguísimo desarrollo expositivo, trata de refutar las pruebas practicadas en el juicio oral, como si de una segunda instancia se tratara este grado jurisdiccional extraordinario. Sin embargo, el motivo



invocado no permite sino examinar si se han practicado pruebas de cargo, en condiciones de regularidad procesal y constitucional, y que su valoración lo haya sido en términos de racionalidad.

Hacemos nuestras las argumentaciones probatorias que se recogen en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, en donde se citan las declaraciones de los agentes policiales actuantes, los seguimientos efectuados, el encuentro anterior, al que ya nos hemos referido, pero, sobre todo, el hallazgo de casi un kilogramo de cocaína, fruto de la intervención policial en el momento en que todos ellos son detenidos. Que habían concertado una cita es algo tan evidente como se refleja en las llamadas telefónicas incorporadas a la memoria de los teléfonos móviles de los implicados, que desbarata la tesis ofrecida por el recurrente de que se trataba de un encuentro casual, fruto de ayudar a Víctor Manuel en la avería que, en su versión, éste, un desconocido, había sufrido en la carretera. No se explicarían de esa forma las llamadas obrantes al folio 151 de las actuaciones, sobre las que ninguna objeción procesal puede oponerse, al tratarse de un medio de investigación procesal, sobre una especie de agenda electrónica, que incorporan los teléfonos móviles, respecto a las llamadas recibidas o realizadas desde el mismo. Del propio modo que en un registro domiciliario (o de un vehículo o de una maleta), no se invade el ámbito del secreto de las comunicaciones porque se hallen varias cartas cerradas, en donde se haga constar, en lugar visible del sobre, el nombre del remitente y del destinatario y la fecha del matasellos, por poner solamente un ejemplo. Si no se abre la carta, no hay invasión en el secreto de las comunicaciones, que es lo que protege el art. 18.3 de la Constitución española. Distinto será el indicio probatorio razonado que se podrá construir con tales elementos, que es lo que ha llevado a cabo la Sala sentenciadora de instancia. Como ha dicho la Sentencia de esta Sala, número 316/2000, de 3 de marzo, "es indudable que en este caso, no habiendo conversación ni manifestación de hechos por el interlocutor, no se interfirió en el ámbito propio que el secreto de las comunicaciones protege. La visión del número emisor que automáticamente aparece en la pantalla del receptor al margen de la voluntad de quien llama, y perceptible por cualquiera que tenga a la vista el aparato no entraña interferencia en el ámbito privado de la comunicación; ni tampoco lo es la previa comprobación de la memoria del aparato, que tiene a tal efecto el simple carácter de una agenda electrónica y no la consideración de un teléfono en funciones de transmisión del pensamiento dentro de una relación privada de comunicación entre dos personas".

En el domicilio del recurrente, se halló la nada despreciable cantidad en metálico de 1.395.000 pesetas (8.384,12 euros), que se encontraba tras el cajón de una mesita del dormitorio.

El dictamen pericial sobre la droga incautada fue ofrecido por dos peritos del laboratorio oficial en donde se practicó el análisis, siendo en consecuencia plenamente regular, por asistencia de quien, en unión del equipo, había llevado a cabo la pericia, aunque solamente uno de aquéllos fuera sustituido por otro para la asistencia al juicio oral. Con esta argumentación se desestima igualmente el motivo cuarto, que también reprocha el muestreo con el que se determinó el grado de pureza, al formular en este apartado el modo concreto cómo se practicó el peritaje, sin impugnación alguna por parte de esta defensa, y sin exista un acreditamiento documental sobre los extremos expresados por el recurrente. No corresponde al Tribunal sentenciador analizar los métodos utilizados por los especialistas que comparecen al juicio oral, sino únicamente sus conclusiones. Volveremos sobre esta cuestión al dar respuesta al motivo único de los dos restantes recurrentes.

En definitiva, la entrevista previa, el encuentro con la droga, los seguimientos a los que fueron sometidos, las cantidades de metálico en su poder, las llamadas telefónicas, y el nivel de vida del recurrente, con -a lo sumo- muy esporádicos trabajos, son datos indiciarios suficientes para enervar la presunción de inocencia del ahora recurrente, y en consecuencia, el motivo no puede prosperar.

QUINTO.- Finalmente, en el quinto motivo, por vía de vulneración constitucional, el recurrente reprocha el decomiso al que llega la Sala sentenciadora de instancia, sobre la base de la falta de prueba en la relación con el delito por el que ha sido juzgado, a los efectos que se disponen en el art. 374 del Código penal.

El Tribunal sentenciador ha decretado el comiso del dinero, la droga, los efectos intervenidos en los domicilios (se refiere a las balanzas de precisión halladas en el domicilio de José ), así como una vivienda en Vélez-Málaga y los vehículos matrículas R-....-AR , X-....-AZ y KE-....-KL .

Desde luego que la conexión con el delito de la droga, el dinero intervenido, los efectos en el domicilio indicado y el vehículo X-....-AZ , donde se halló la droga escondida bajo un asiento, son evidentes y ningún reproche ha de hacerse la decisión judicial en este sentido. Ahora bien, el último apartado del "factum", en donde se relata la adquisición del vehículo matrícula R-....-AR y el pago de la vivienda de Vélez-Málaga, así como el segundo vehículo KE-....-KL , termina señalando lo siguiente: "... sin que por la defensa se haya justificado la procedencia del dinero para realizar todas estas adquisiciones, lo que evidencia que procede del ilícito tráfico con sustancias estupefacientes", es una censurable inversión de la carga de la prueba, por lo que el motivo tiene que ser estimado en este solo particular. En efecto, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998 expresó que: "el comiso de las ganancias a que se refiere el artículo



374 del Código penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio". No existe prueba directa de tal procedencia, sino una inferencia contra reo. La jurisprudencia exige una relación directa con la actividad ilícita enjuiciada ( STS 31/2003, de 16 de enero ), de modo que si no se determina claramente en la sentencia, falta un requisito imprescindible para la aplicación de los artículos 127 y 374 citados por el recurrente, la afirmación expresa de que el dinero ocupado eran ganancias procedentes de la venta de drogas ( STS 1528/2002, de 20 de septiembre ), pues, en todo caso, debe constar la procedencia del delito y no pertenencia a un tercero, como condiciones para acordarse el decomiso ( STS 235/2001, de 20 de febrero ).

En tal sentido, el motivo ha de ser estimado.

Recurso de José y de Victor Manuel .

SEXTO.- En un único motivo de contenido casacional, y al amparo de la presunción constitucional de inocencia, se invoca por ambos recurrentes que el informe analítico de la sustancia intervenida "tan solo fue ratificado por uno solo de los peritos que lo efectuaron, siendo el segundo perito que compareció al acto del juicio oral personal técnico del laboratorio que realizó la pericia, pero no el técnico que intervino en ella".

Para su desestimación, hemos de reproducir la argumentación que ya hemos dejado trascrita más arriba, en nuestro fundamento jurídico cuarto, y además añadir la doctrina resultante de la Sentencia de esta Sala, número 1168/2002, de 19 de junio , que dice así: "los informes sobre la identidad, el peso y la calidad de la droga, cuando son emitidos por los organismos a los que legalmente corresponde hacerlo, no son, en general, atribuibles a una sola persona, por lo que según acuerdo de la Sala General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su reunión de fecha 21 de mayo de 1999, se entendió que la exigencia de una duplicidad de peritos en el procedimiento ordinario se rellena con su realización por un laboratorio oficial cuando éste se integre por un equipo y se refiera a criterios analíticos, criterio seguido posteriormente por varias sentencias, entre ellas la de 10 de junio de 1999, y la núm. 1574/2000, de 17 de octubre . Igualmente, cuando se solicita su ratificación en el acto del juicio oral, basta que ésta se efectúe por el Jefe del Servicio, o por quien lo represente, sin que sea necesario que concurren otro u otros de los funcionarios o especialistas integrantes del mismo. Así la STS de 14 de abril de 1994 , refiriéndose a la ratificación por el Jefe del Servicio de un informe sobre drogas considera bastante para su validez y estimación de certeza la ratificación del informe por parte del representante del organismo oficial que lo había producido, pues tal dictamen se había interesado de un Ente público y no de personas determinadas y es dicho Ente u organismo el que lo emite y se responsabiliza de su contenido, siendo con frecuencia el resultado final del informe la suma de pruebas o técnicas plurales verificadas por diversas Secciones del Laboratorio o Gabinete que lo suscribe, por lo que debe ser el Jefe o coordinador de la tarea quien lo ratifique. Así pues, en estos casos, aunque aparezca como firmante del informe el Jefe del Servicio o uno de sus integrantes, la pericia no puede atribuirse a él como único interviniente, sino al Organismo de que se trate en su integridad y, por lo tanto, puede entenderse cumplida la exigencia legal relativa a la presencia de dos peritos con la comparecencia de uno de ellos en nombre del Servicio que emitió el informe".

En consecuencia, el motivo no puede prosperar, y con él, el recurso de ambos recurrentes.

SÉPTIMO.- Al estimarse parcialmente el recurso de Jesús Luis , se han de declarar de oficio las costas procesales atinentes al mismo, e imponerlas en el caso del recurso conjunto de José y de Victor Manuel .

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, por estimación parcial, al recurso de casación interpuesto por la representación legal del procesado Jesús Luis contra Sentencia núm. 4 de fecha 27 de enero de 2003 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga . Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación legal de los procesados José y Victor Manuel , contra la mencionada resolución de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia núm. 4 de 27 de enero de 2004 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga , que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interrándole acuse de recibo.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Siro Francisco García Pérez Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Gregorio García Ancos

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Septiembre de dos mil cinco.

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Vélez-Málaga instruyó Sumario núm. 11/2001 por delito contra la salud pública contra Jesús Luis , natural de Málaga y vecino de Vélez Málaga (Málaga), nacido el día 21 de mayo de 1974, con DNI núm. NUM011 , hijo de Manuel y de Dolores, declarado insolvente, con antecedentes penales, José , natural y vecino de Vélez Málaga (Málaga), nacido el día 5 de agosto de 1983, con DNI núm. NUM012 , hijo de Manuel y de Dolores, declarado insolvente, sin antecedentes penales, y Víctor Manuel , natural de y vecino de Málaga, nacido el día 7 de enero de 1976, con DNI núm. NUM013 , hijo de Rafael y de Angeles, declarado insolvente, sin antecedentes penales y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, que con fecha 27 de enero de 2003 dictó Sentencia núm. 4 , la cual ha sido recurrida en casación por las representaciones legales de dichos procesados y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

### I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de dejar sin efecto el comiso de los siguientes bienes: vivienda sita en la CALLE002 nº NUM006 de la URBANIZACIÓN000 de Vélez-Málaga y los vehículos matrículas R-....-AR y KE-....-KL , todo ello sin perjuicio de la afectación a responsabilidades civiles en ejecución de sentencia, si hubiera lugar a ello.

### III. FALLO

Dando por reproducidos todos los pronunciamientos del fallo de instancia, hemos dejar sin efecto el decomiso de los siguientes bienes: vivienda sita en la CALLE002 nº NUM006 de la URBANIZACIÓN000 de Vélez-Málaga y los vehículos matrículas R-....-AR y KE-....-KL . En lo restante, se mantiene la resolución judicial recurrida, en tanto sea compatible con este pronunciamiento.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Siro Francisco García Pérez Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Gregorio García Ancos

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.