

PROBLEMAS QUE SUSCITA LA PRUEBA PERICIAL REFERIDA AL ANÁLISIS DE LA DROGA

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia

Palabras clave: prueba pericial, análisis de drogas.

ENUNCIADO

Como consecuencia de la investigación policial llevada a afecto por un supuesto tráfico de drogas, y que dio lugar a la correspondiente actuación judicial mediante la instrucción precedente, que acordó diferentes actuaciones encaminadas a determinar los hechos así como el posible autor de los mismos, se detuvo al ciudadano XXX cuando salía de su domicilio ocupándole una cantidad de droga que llevaba escondida en las botas que llevaba, y que resultó ser cocaína, que pesó 130 gramos, y que tenía un porcentaje de riqueza del 58 por 100. Durante la tramitación del procedimiento penal abierto, se procedió a tomarle declaración al imputado, que reconoció que llevaba droga, pero no la cantidad imputada, así como a la elaboración de la correspondiente prueba pericial encaminada a analizar la droga, que fue remitida al juzgado y ratificada por los peritos que la efectuaron. Seguidamente se elaboraron los correspondientes escritos de calificación, en los que en ningún caso se solicitó la ratificación del informe pericial realizado, ni por la acusación ni por la defensa, solicitando esta la libre absolución de su patrocinado e impugnando el informe pericial sin ningún otro añadido.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. La prueba pericial en la instrucción y en el juicio oral.

2. Posiciones de la defensa ante la prueba pericial.
3. Doctrina del Tribunal Supremo.
4. Conclusión.

SOLUCIÓN

1. La importancia de la prueba en cualquier tipo de proceso, sea del orden jurisdiccional que sea, se revela como trascendente, desde el momento en que la resolución del mismo, la estimación o desestimación de las pretensiones esgrimidas por cada parte procesal vendrá determinada, precisamente, por la acreditación de los hechos que sustentan cada posición, de manera que su prueba se revelará fundamental para cada parte, y para ello utilizará los medios que estime oportunos y que sean pertinentes y útiles a los fines del proceso. Esto sucede, claro está, en el proceso penal, en el que la parte acusadora tiene por finalidad probar los hechos constitutivos de la infracción que imputa, así como la vinculación, la participación en los mismos de la persona o personas que resultan acusadas, mientras que la defensa tendrá que desvirtuar las acusaciones vertidas o acreditar determinados hechos que sirvan de prueba de descargo; es cierto que en el proceso penal la prueba compete a la acusación, pudiendo el acusado permanecer en actitud pasiva, pues quien debe probar es la parte acusadora.

En el caso que se propone, frecuente en la práctica, es claro que corresponde a la acusación justificar y acreditar la concurrencia de todo elemento típico vertebrador del delito del que se acusa al imputado, y tratándose de un supuesto de tráfico de drogas, el presupuesto de toda la acusación es acreditar en el Plenario que la sustancia aprehendida es, precisamente, droga o sustancia estupefaciente de la clase y tipo que se dice en el escrito de acusación, en el caso se trata de cocaína, y obviamente, esta actividad no puede derivarse a la defensa, que actuando con una lógica estrategia defensiva, puede proponer lo que estime oportuno, y por tanto impugnar la prueba pericial analítica de la droga ocupada.

La prueba, por tanto, tiene su razón de ser en el acto del juicio oral, que es el momento procesal oportuno para acreditar los hechos objeto de acusación, en este caso los referidos al tráfico de drogas, y a la defensa le corresponde tratar de desvirtuarlos mediante la prueba que estime oportuna. Esa prueba se propondrá en los escritos de acusación o calificación provisional, si bien en el ámbito del procedimiento abreviado el actual artículo 786 tras la reforma dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, en el marco de la Audiencia Preliminar que precede al debate del Plenario con la finalidad de acumular, en un solo acto, diversas cuestiones que en el proceso común ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en el momento del juicio oral, acentuando de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar

entre otras cuestiones, sobre contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del juicio oral.

No sigue el principio de preclusión en cuanto a la proposición de prueba, cuyo período se inicia con el escrito de calificación provisional y llega hasta el mismo momento del inicio del Plenario con la única limitación, respecto de esta última, de que puedan practicarse en el acto del Plenario. Esto es de aplicación para el procedimiento abreviado, como se desprende de la regulación mencionada, si bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha considerado también aplicable al sumario ordinario, de la que es ejemplo la Sentencia de 11 de octubre de 2006 que concluye que es posible en un momento posterior al escrito de conclusiones provisionales la proposición de prueba, si bien antes del juicio oral o Plenario, lo que exige una serie de requisitos o la concurrencia de determinados aspectos tales como una justificación razonada, que no suponga la existencia de fraude procesal, y garantice la presencia de los principios de contradicción e igualdad con la finalidad de excluir cualquier indefensión.

La posible aplicación del esquema legal planteado en la Audiencia Preliminar del procedimiento abreviado, es decir, la proposición de la prueba al inicio del Plenario, es trasvasable al procedimiento ordinario, ya que otra solución iría contra la unidad del proceso penal, máxime cuando con ello se trata de potenciar la oralidad y la concentración, que tiene su apoyo en el artículo 120.3 de la Constitución Española cuando refiere los principios que deben adornar cualquier proceso, pero sobre todos el proceso penal, y así se ha hecho en la práctica admitiendo debates preliminares en relación con la vulneración de derechos fundamentales, lo que debe implicar la admisión de proposición de prueba en esos momentos iniciales del juicio oral.

2. A la vista de lo expuesto, la prueba pericial cuya realización, cuando se trata de análisis de drogas, se efectúa en la fase de instrucción, tiene su razón de ser en el juicio oral, que es donde se practica la prueba ante el órgano que debe juzgar sobre lo ante él practicado, para lo cual las partes deben proponer la prueba de que intenten valerse en sus escritos de acusación o calificación provisional, si bien puede tener lugar tal proposición posteriormente a dichos escritos, bien antes del juicio oral, bien en la Audiencia Preliminar, lo que puede tener trascendencia a la hora de valorar la actuación de las partes, sobre todo en los casos de impugnación de la prueba analítica efectuada.

Ante la prueba pericial practicada la defensa tiene varias opciones, impugnarla solicitando la realización de ampliaciones de informes u otros complementarios efectuados en relación con aspectos de los mismos que entienda no son claros ni concluyentes y que perjudican al acusado, sin más pedir la ratificación de los informes a presencia del Tribunal que deba sentenciar para preguntar a los peritos sobre aspectos de la pericial que estime relevantes por considerarlos carentes de apoyo, o bien simplemente impugnarla sin más, es decir, sin pedir una ratificación bajo el principio de contradicción, o la elaboración de otros informes complementarios o ampliatorios. Podría incluso, en el trámite de la Audiencia Preliminar o al inicio del Plenario en el sumario ordinario, pedir la ratificación del informe previamente sin más impugnado, con ánimo dilatorio o con una estrategia encaminada

a posibilitar ulteriores recursos, o sin efectuar impugnación previa pedir en ese momento procesal, o en momento previo anterior la ratificación del mismo, es decir, mera impugnación formal, o no decir nada y actuar posteriormente solicitando determinada prueba. Muchas de estas actitudes defensivas tendrán base en una buena fe procesal, si bien otras, fundamentalmente las últimas mencionadas, se alejarán de este principio esencial de todo proceso, y se deslizarán por la senda del fraude procesal, con ánimo dilatorio o preparando ulteriores estrategias.

3. Teniendo en cuenta la realidad procesal, que permitía contemplar la constante repetición de ratificaciones ante el órgano juzgador de informes realizados durante la instrucción de las actuaciones penales, respecto de los cuales ya existía una ratificación de los mismos ante el Juez de instrucción, y que en muchas ocasiones no añadía nada a lo ya practicado, se realizaron dos Acuerdos por el Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, que fue ratificado el 23 de febrero de 2001, que tuvieron como precedente diferentes resoluciones judiciales que apoyaban criterios que en los citados Acuerdos fueron objeto de debate. En el primero de los Plenos citados se adoptó el siguiente Acuerdo: «... siempre que exista impugnación manifestada por la defensa se practicará el dictamen pericial en el juicio oral rechazando la propuesta que mantiene que si la impugnación no se refiere al contenido esencial de la pericial sino que se refiere a presupuestos objetivos de validez que se constata que concurrieron, no sería causa de impugnación...». En el segundo Pleno, se ratificó el contenido del primero, con la posible aplicación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esas sentencias se abordaba la problemática que generaba la validez probatoria del informe pericial analítico efectuado por Organismos técnicos oficiales, y exponía que la falta de objeción al análisis pericial supone el tácito consentimiento con el mismo, siendo entonces criticable, desde el punto de vista procesal, la conducta de quien formula ahora una extemporánea reclamación si no hay ya posibilidad de rectificar la situación que anticipadamente consintió y asumió; y segundo, que los dictámenes periciales procedentes de órgano o departamentos especiales del Ministerio de Sanidad y Consumo, en atención a las garantías técnicas y a la imparcialidad que los respectivos centros y laboratorios oficiales ofrecen, han de merecer la consideración formal de pruebas válidas a efectos de la presunción de inocencia, aunque no fueran ratificados en el juicio oral, siempre que las partes prestaren su consentimiento expreso o tácito por ausencia de impugnación en tiempo hábil respecto del resultado o respecto de la competencia e imparcialidad profesional a tales peritos (STS de 29 de abril de 1994) y en este sentido, también dijo que el informe emitido por Organismos Oficiales fiables no cuestionado por la defensa, permite a la acusación legítimamente prescindir de llevar al juicio oral a los técnicos informantes, en evitación de los problemas prácticos que la reiteración de tales comparecencias conllevaría, sin que la defensa que no cuestionó el resultado de la pericia pueda en casación negar con éxito su valor probatorio, precisamente porque aceptó expresa o tácitamente su resultado (STS de 5 de mayo de 1995). Colofón a estos planteamientos jurisprudenciales fueron los acuerdos mencionados, que sirven de base a sentencias posteriores como la sentencia de Alto Tribunal de 10 de junio de 1999 de la que se puede extraer que siendo la regla general que la prueba pericial se practique en el juicio oral, y siendo lo contrario excepción fundada en la aceptación expresa o tácita del informe obrante como documental en los Autos, al acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con esa aceptación tácita para que la regla general despliegue toda su eficacia; por lo tanto podrá tanto pedir la comparecencia del perito, si así lo estima oportuno.

tuno, como impugnar el dictamen documentado –aun sin necesidad de interesar la citación de quien lo emitió– si así lo considera mejor. El problema radica entonces en perfilar los términos de la impugnación: no necesita motivarse explicitando las razones de la discrepancia o de la impugnación, y que en caso de no motivarse no deja de ser tal la impugnación, en tanto que por sí misma desmiente su aceptación tácita, cualquiera que sea la causa en que se apoye. El referido Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 21 de mayo de 1999 ha aprobado que siempre que exista impugnación se practicará el dictamen en el juicio oral aunque aquella se funde en la negación de presupuestos de validez que en verdad concurren en el caso de que se trate. Si bien la impugnación meramente formal, sin motivación ni razonamiento que exponga las razones del dictamen oficial, como recoge el Acuerdo del Pleno de 2001, impone la presencia de los peritos en el juicio para que la pericial practicada en fase sumarial alcance valor de prueba legítima y sea susceptible de ser valorada como tal por el Tribunal sentenciador.

4. La regla general de nuestro ordenamiento es la de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, y dado que la naturaleza de la sustancia objeto de análisis constituye un elemento del tipo que debe probar la acusación, especialmente en los delitos contra la salud pública, como en el caso que se propone, no cabe imponer a la defensa la carga de justificar expresamente su impugnación del análisis efectuado como diligencia sumarial o de suplantar a la acusación proponiendo para el juicio la práctica de prueba pericial sobre un elemento típico que incumbe acreditar a aquella; el documento sumarial pierde su eficacia probatoria autónoma, y la prueba pericial debe realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal.

La posición de la defensa de XXX fue suficientemente clara e inequívoca, manifestando su voluntad de no estar de acuerdo y no aceptar la prueba pericial, lo que exigía ineludiblemente la presencia de los autores de los informes o del responsable del equipo, (ya que se trata en todo caso de centros oficiales, no siendo necesario tampoco el requisito de que sean dos peritos como se acuerda en el Procedimiento Ordinario), en tal sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2001 y de 22 de marzo de 2006. La ausencia de ellos en el Plenario impediría el derecho a contradecir tal prueba, y esta falta de contradicción constituiría una indefensión efectiva en su derecho a la defensa, por lo que la acusación debería citar a los peritos para que de acuerdo con los principios del proceso penal, contradicción e igualdad, pudiera la defensa preguntar sobre el informe, pues en otro caso, la sentencia debería ser absolutoria pues no se habría probado el elemento básico del delito de tráfico de drogas, ya que la impugnación no exige especial motivación, ni se deben explicar las razones de la misma como expone la Sentencia de 23 de septiembre de 2003, y ello con independencia de las declaraciones que hubiera realizado el acusado durante la instrucción. Por tanto, en este caso, que se llevaría por los trámites del procedimiento abreviado, siendo competente para juzgar la Audiencia Provincial, no sería objeto de aplicación el artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y una sentencia condenatoria exigiría la presencia de los peritos informantes, para ser sometido a las preguntas de las partes de acuerdo con el principio de contradicción, pues en otro caso no existiría prueba sobre el aspecto esencial de este delito como es la droga, su existencia, cantidad y pureza.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, art. 120.3.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 120.3.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 368.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 786 y 788.
- SSTS de 29 de abril de 1994, 5 de mayo de 1995, 10 de junio de 1999, 5 de octubre de 2001, 23 de septiembre de 2003 y 22 de marzo de 2006.
- Acuerdos del Pleno del TS no Jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 y de 23 de febrero de 2001.