|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 108/1995 |
| Fecha | de 27 de marzo de 1995 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don José Vicente Gimeno Sendra, don Carlos de la Vega Benayas y don Pedro Cruz Villalón. |
| Núm. de registro | 1238-1994 |
| Asunto | Recurso de amparo 1.238/1994 |
| Fallo | En virtud de lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 14 de abril de 1994, el Procurador de los Tribunales don Fernando Bermúdez de Castro Rosillo, en nombre y representación de don Nadir Oskan, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1994, por la que se confirmaba en casación la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1992.

2. El recurso se basa en los siguientes hechos:

a) Con fecha de 4 de noviembre de 1992, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó una Sentencia en la que condenaba al hoy demandante de amparo, como autor responsable de un delito contra la salud pública tipificado en el art. 344 C.P. (sustancia que causa grave daño a la salud), agravado por la circunstancia de tratarse de una cantidad de notoria importancia y ser el hecho de extrema gravedad [art. 344 bis a) 3.y art. 344 bis b) C.P.], a la pena de dieciocho años de reclusión menor, con sus correspondientes accesorias, y multa por importe de 200 millones de pesetas.

b) Presentado recurso de casación contra la anterior resolución, fue desestimado por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1994, notificada al recurrente el día 23 de ese mismo mes y año.

3. La representación del demandante de amparo estima que las Sentencias impugnadas han vulnerado sus derechos a la igualdad ante la Ley, a la libertad, a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías, a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a la presunción de inocencia, y a la legalidad penal, respectivamente reconocidos en los arts. 14, 17.1, 24.1 y 2 y 25.1 C.E.

En apoyo de dichas pretendidas vulneraciones, se argumenta en la demanda lo siguiente:

1.º En relación con el derecho a la igualdad ante la Ley.

Se aduce a este respecto, por una parte, que el juzgador de instancia no concedió al Sr. Oskan el mismo trato que a los otros dos procesados en el mismo sumario, los cuales fueron absueltos de todo cargo; y, por otra parte, que, al condenarle a una pena tan elevada, no mantuvo los mismos criterios aplicados en casos similares en materia de medición de la pena.

2.º En relación con el derecho a la libertad.

Se sostiene que el recurrente fue privado de su libertad ambulatoria en forma no autorizada, ya que los agentes que procedieron a su detención en la tarde del día 15 de septiembre de 1990 tras haberle venido siguiendo, no tenían motivos racionales bastantes para creer en la existencia de un hecho que presentara caracteres de delito (art. 492 L.E.Crim.), sino que actuaron en función de la mera «sospecha», de que estuviese traficando con drogas, basada en datos tan poco significativos como sus distintos desplazamientos aparentemente injustificados o la falta de objetivos claros para su estancia en España.

3.º En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Este derecho se considera infringido por varías vías, conectadas algunas de ellas con otros motivos de amparo invocados. En este apartado se dará cuenta, exclusivamente, de las alegaciones más directamente referidas al mismo.

Mantiene el recurrente, en primer lugar, que se le ocasionó una manifiesta indefensión al no informársele inmediatamente de los motivos de su detención ni permitírsele estar presente, asistido de su Letrado, en las actuaciones policiales relativas al presunto hallazgo y subsiguiente aprehensión de unas bolsas conteniendo droga que al parecer se encontraban en el maletero de un vehículo cuya puerta fue abierta con una de las llaves que estaban en su poder en el momento de su detención.

Aunque conectado en la demanda al motivo consistente en una supuesta vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, es más propiamente incluible en este apartado la alegación articulada sobre la base de la falta de celebración de la vista oral del recurso de casación no obstante haber sido expresamente solicitada por la defensa del demandante de amparo, lo que, a juicio del recurrente, habría constituido una patente infracción de lo establecido en el art. 893 bis a) de la L.E.Crim.

4.º En relación con el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes.

Según consta en las actuaciones, ni dichas llaves ni esas hipotéticas bolsas de viaje fueron puestas a disposición del Tribunal ni presentadas en el acto de la vista, pese a que así lo solicitó reiteradamente la defensa del solicitante de amparo en atención a su evidente carácter de pruebas de convicción. No pudo, por consiguiente, practicarse prueba alguna que permitiera verificar la real existencia de tales llaves, del vehículo y de las bolsas de viaje en las que pretendidamente se encontró la droga incautada, ni si, efectivamente, aquellas correspondían al vehículo en cuestión. ni, finalmente, si las mencionadas bolsas se hallaban en el interior de dicho vehículo.

5.º En relación con el derecho a la presunción de inocencia.

De cuanto antecede se deduce en la demanda que no ha habido en el proceso prueba directa alguna de la culpabilidad del Sr. Oskan en relación con los hechos por los que fue condenado. Tal prueba no podría venir constituída por la simple posesión por éste de unas llaves que se había limitado a recoger de la mesa en la que habían sido olvidadas por el Sr. Mustafa Nasimi Abdul -de quien incidentalmente se dice que era confidente de la policía y que, en ejecución de un plan preparado por funcionarios del Servicio de Estupefacientes, había invitado al demandante de amparo y a los dos coprocesados a tomar café en el establecimiento público en el que el Sr. Oskan recogió las llaves abandonadas- con la exclusiva intención de devolverselas en cuanto que lo viera de nuevo. Tampoco por el contenido del atestado policial, ya que el mismo no tiene otro valor que el de simple denuncia cuando no es reproducido en el acto del juicio oral en condiciones que posibiliten que sea sometido a contradicción. Ni, finalmente, por los resultados del acta levantada en el momento del hallazgo de las indicadas bolsas de viaje, toda vez que en dicha diligencia no estuvieron presentes ni el recurrente ni su Letrado; o por el inusual informe emitido por el Comisario de la Sección de Criminalistíca de la Dirección General de la Policía relativo al análisis de cinco muestras de heroína y dos de cocaína, ya que, por una parte, no ha quedado acreditado que dicho informe se refiriera a las sustancias supuestamente intervenidas, y, por otra, no fue ratificado por su autor en el acto del juicio oral, motivo éste último por el que se niega asimismo todo valor probatorio al informe emitido por innominados funcionarios del Servicio de Estupefacientes de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios.

No habiendo, por consiguiente, prueba directa alguna, valida y lícitamente obtenida, que demostrase la real existencia de la droga incautada, su cantidad, su pureza, lo único con lo que los órganos judiciales pudieron contar para fundamentar el fallo condenatorio fue con la declaración de los funcionarios policiales que procedieron a la detención del Sr. Oskan después de haberle seguido durante un cierto tiempo, los cuales afirmaron que las llaves que el detenido portaba eran las del vehículo en cuyo interior se encontró la droga. Sin embargo, a juicio del recurrente tal declaración carece asimismo de valor probatorio por las razones ya apuntadas (falta de acreditación de la existencia real del vehículo de referencia, de las bolsas de viaje, etc.)

6.º En relación con el derecho a la legalidad penal.

Se discute, finalmente, la medición de la pena realizada por los órganos judiciales tras calificar los hechos de constitutivos del delito descrito en el art. 344 C.P., agravado por la concurrencia de la circunstancia prevista en los arts. 344 bis a) y 344 bis b) C.P. Pues a la vista de que el tipo contenido en el art. 344 C.P. está sancionado con la pena de prisión menor en su grado máximo a prisión mayor en su grado mínimo, la apreciación de tales agravantes únicamente podría haber tenido como consecuencia, en el peor de los casos, que se le condenara a la pena de prisión mayor en sus grados medio o máximo (de ocho años y un día a 12 años), mas, en ningún caso, una pena tan desorbitada como la efectivamente impuesta de reclusión menor. Se alega, además, que los hechos han sido indebidamente calificados como consumados, cuando lo cierto es que, de haber quedado probada la relación del Sr. Oskan con la droga incautada, la intervención policial habría impedido que accediera a ella y, por consiguiente, todo lo más que podría hablarse es de un delito contra la salud pública en grado de tentativa.

En consecuencia, se pide a este Tribunal que anule las Sentencias recurridas y que, entretanto, acuerde suspender la ejecución de las mismas. Alternativamente, se pide que, de ser apreciado únicamente el motivo basado en la falta de celebración de la vista oral del recurso de casación, se anule exclusivamente la Sentencia dictada en sede de casación.

4. Por providencia de 17 de febrero de 1995, la Sección Segunda acordó tener por recibido el precedente escrito y, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 de la LOTC, conceder al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo un plazo de diez días para que formularan cuantas alegaciones estimasen pertinentes en relación con la posible existencia del siguiente motivo de inadmisión: carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal Constitucional.

5. El trámite fue evacuado por la representación del recurrente mediante escrito de fecha 3 de marzo de 1995, en el que sustancialmente reiteraba las alegaciones ya formuladas en la demanda de amparo.

En su escrito de esa misma fecha, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional concluía, por su parte, interesando la inadmisión a trámite del presente recurso de amparo por falta de contenido constitucional. A su juicio, ni la detención del recurrente puede considerarse ilegalmente producida sino, por el contrario, plenamente conforme con lo establecido en el art. 492.4 de la L.E.Crim., ni se ha quebrantado en el proceso garantía constitucional alguna, ni cabe dirigir ningún reproche al juicio de inferencia lógica realizado por el juzgador a quo sobre la base de unos sólidos elementos indiciarios, ni existe incompatibilidad entre las agravantes que le fueron aplicadas que hubiere de considerarse lesiva del derecho a la legalidad penal, ni se puede estimar infringido el principio de igualdad ante la Ley por motivo de la absolución de los restantes coprocesados. Finalmente, tampoco entiende el Ministerio Fiscal producida la invocada infracción del derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías por el hecho de que no se celebrara vista oral del recurso de casación, dado que, según indica, de la simple lectura del art. 893 bis a) de la L.E.Crim. se desprende que, no habiendo sido la misma solicitada por el Ministerio Fiscal, dicha celebración no resultaba preceptiva.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. De las distintas vulneraciones de derechos fundamentales invocadas en el presente recurso de amparo, procede comenzar por el examen de la pretendida lesión del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, que se atribuye en exclusiva al órgano casacional por no haber celebrado vista pública del recurso ante él presentado pese a que así lo había solicitado la defensa en atención a la inusitada severidad de la pena impuesta en instancia. Pues, de estimarse dicho motivo, el carácter subsidiario de la vía de amparo constitucional eximiría a este Tribunal de todo pronunciamiento en relación con los restantes motivos de fondo esgrimidos en la demanda, toda vez que la anulación por tal causa de la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y la consiguiente orden de retrotraer las actuaciones hasta el momento en que dicha vista debió haberse celebrado, permitiría un nuevo examen por el órgano casacional de los motivos del recurso ante él planteado y, en su caso, la subsanación en vía judicial ordinaria de las supuestas vulneraciones denunciadas.

Tras la reforma introducida en el art. 893 bis a) de la L.E.Crim.. por la Ley 21/1988, de 19 de julio, el primer párrafo de dicho precepto, que el recurrente estima infringido en el caso de autos, quedó redactado en los siguientes términos: «La Sala podrá decidir el fondo del recurso sin celebración de vista, señalando día para el tallo, salvo cuando las partes solicitaran la celebración de aquélla y la duración de la pena impuesta o que pueda imponerse fuese superior a seis años o cuando el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, estime necesaria la vista».

De la lectura de este texto se infiere, con absoluta claridad, que el órgano casacional no esta autorizado a prescindir de la celebración de la vista oral del recurso ante él interpuesto cuando concurren conjuntamente los dos requisitos siguientes: 1) que haya sido solicitada por las partes; y 2) que la duración de la pena impuesta o que pudiera imponerse fuese superior a seis años. Pues bien: en el caso de autos no puede estimarse cumplido el primero de tales requisitos, toda vez que sólo la defensa del solicitante de amparo cursó tal petición en su escrito de formalización del recurso de casación, reiterándola por otrosí digo en su escrito de contestación al de impugnación de los motivos del recurso presentado por el Ministerio Fiscal. Por consiguiente, ninguna vulneración de los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías puede reprocharse por esta causa al órgano casacional.

2. Por lo que se refiere a la pretendida infracción del derecho a la igualdad ante la Ley, que el recurrente argumenta por dos vías distintas, debe señalarse, en primer lugar, que, según ha declarado este Tribunal en similares ocasiones, la posible impunidad de algunos procesados no supone que, en virtud del mencionado principio, haya de declararse asimismo la impunidad de aquellos otros que hubieran participado en los mismos hechos (STC 17/1984), por lo que ninguna vulneración del indicado derecho cabe estimar producida por el hecho de que el Sr. Oskan fuera el único de los procesados que resultó condenado.

Tampoco puede acogerse la segunda de las vías de argumentación utilizadas en apoyo de este motivo de amparo, pues ha de señalarse que si bien es cierto que son netamente inferiores las penas impuestas por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en las Sentencias aportadas junto a la demanda como término de comparación, no lo es menos que la calificación de los hechos que dio lugar a tales condenas difería notablemente de la operada en el caso de autos, ya que, a diferencia de ésta, en ninguna de aquéllas se apreció la concurrencia de la agravación prevista en el art. 344 bis b) C.P. para el supuesto de que las conductas definidas en el art. 344 bis a) C.P. revistan extrema gravedad. Se explica así la pena de dieciocho años impuesta al recurrente, ya que el citado art. 344 bis b) obliga a los Tribunales a imponer la pena superior en grado a la prevista para el delito de tráfico de drogas de que se trate. De manera que, habiéndose calificado el hecho de tráfico de sustancias que causen grave daño a la salud (art. 344.1 C.P.: pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo), con la agravación de ser de notoria importancia la cantidad de droga traficada [art. 344 bis a): pena superior en grado a la anteriormente señalada = prisión mayor en su grado medio a reclusión menor en su grado mínimo], la aplicación del art. 344 bis b) necesariamente había de conducir a la imposición de una pena comprendida entre el grado medio de la reclusión menor y el grado mínimo de la reclusión mayor, ésto es, entre catorce años, doce meses y un día y veintitrés años y cuatro meses, quedando por consiguiente la pena de dieciocho años efectivamente impuesta (grado máximo de la reclusión menor) dentro de estos parámetros.

3. En lo tocante a la pretendida vulneración del derecho del demandante de amparo a la libertad, se infiere de las actuaciones que la detención del Sr. Oskan y de los demás procesados se produjo por tener los agentes policiales motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho constitutivo de tráfico de drogas y que los detenidos habían tenido participación en él (art. 492.4 de la L.E.Crim.), por lo que ningún reproche constitucional cabria dirigir a tal actuación respecto de la cual, por otra parte, no cabe invocar la doctrina sentada en la STC 341/1993 por referirse a la hipótesis diversa de detención a fines de identificación y no a la detención de una persona sospechosa de haber cometido un delito.

4. Como paso previo a la argumentación desarrollada en apoyo del motivo consistente en una pretendida vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, se queja el demandante de la indefensión que se le produjo al no habérsele dado inmediatamente conocimiento de los motivos de su detención ni permitírsele estar presente, asistido de su Letrado, en el momento de la apertura y registro del automóvil en el que fue hallada la droga. En otro orden de cosas, pero también en relación con esta actuación, aduce que se lesionó su derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes al no permitírsele estar presente en la misma, acompañado de su Letrado, ni presentarse en el acto del juicio oral como pruebas de convicción las bolsas en las que supuestamente se contenía la droga aprehendida y las llaves halladas en poder del Sr. Oskan con las que, al parecer, se procedió a la apertura del vehículo intervenido, pese a la reiterada petición cursada en dicho sentido por la defensa.

Todas estas alegaciones están inmediatamente dirigidas en la demanda a fundamentar la conclusión de que la mencionada diligencia de hallazgo y registro del vehículo y aprehensión de la droga fue realizada en infracción de derechos fundamentales y, por consiguiente, ha de reputarse nula a efectos probatorios. Afirmado lo cual, y tras negarse asimismo todo valor probatorio al informe emitido por la Sección de Criminalística de la Dirección General de la Policía respecto de la droga incautada por no haber sido ratificado por sus autores en el acto del juicio oral. sostiene el recurrente que no ha habido en el proceso prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia inicialmente obrante a su favor.

Olvida, sin embargo, el actor que en el juicio oral depusieron los tres policías que, después de haber seguido a los procesados durante algún tiempo, los detuvieron y, tras hacerse con las llaves obrantes en poder del Sr. Oskan, cuya efectiva posesión nunca ha negado éste como tampoco que las entregara voluntariamente, procedieron a la práctica de la diligencia tantas veces mencionada. En cuanto a la falta de presencia del Sr. Oskan en el desarrollo de la misma, debe recordarse que este Tribunal ya ha declarado a sensu contrario, en relación con análoga alegación, que siempre que haya urgencia en la recogida de elementos y efectos integrantes del cuerpo del delito. la policía judicial esta autorizada por el ordenamiento, en cumplimiento de una función aseguratoria de tales elementos de prueba (arts. 282 y 292 de la L.E.Crim.), a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia, que tendrán el valor de prueba preconstituída aun cuando no estuvieran presentes en la correspondiente diligencia los ocupantes del vehículo debidamente asistidos por sus Abogados (STC 303/1993, fundamentos jurídicos 4.ºy 5.º).

De lo anterior se desprende que hubo en el proceso prueba suficiente de la efectiva ocupación de la droga en el vehículo intervenido, puesto que el acta de aprehensión no sólo gozaba en este caso de la condición de prueba preconstituida sino que fue ratificada en el acto del juicio oral por los policías que habían participado en la práctica de dicha diligencia. La cantidad y calidad de la droga quedaron asimismo acreditadas por los correspondientes análisis incorporados a los autos que, al no haber sido impugnados por las partes, pudieron ser tenidos en cuenta por los órganos judiciales pese a no haber sido objeto de ratificación por sus autores en el acto del juicio oral (SSTC 127/1990 y 24/1991). Acreditados, pues, los anteriores extremos, no parece que pueda reprocharse a las Sentencias recurridas vulneración alguna del derecho del recurrente a la presunción de inocencia, toda vez que la convicción judicial se asentó en la existencia de estos hechos probados (hallazgo de la droga en el vehículo y cantidad y calidad de la misma) y en la circunstancia, no desmentida en ningún momento por el Sr. Oskan, de que se encontrara en su poder la llave que abría el automóvil de referencia, indicios todos ellos que, en unión de otros de menor entidad, aparecen en dichas Sentencias engarzados a través de un razonamiento lógico que satisface los requisitos exigidos por este Tribunal para dotar de valor probatorio a la llamada prueba indiciaria (por todas, SSTC 174/1985 y 75/1985).

5. Por lo que respecta, finalmente, a las alegaciones formuladas en apoyo de la pretendida infracción del derecho a la legalidad penal por parte de las Sentencias recurridas, procede asimismo su desestimación por cuanto, de una parte, ya ha quedado dicho que la medición de la pena fue correctamente efectuada, y, de otra parte, el delito de tráfico de drogas se integra en la categoría de delitos instantáneos de efectos permanentes, lo que significa que su consumación tiene lugar en el mismo momento en que se dispone de la droga aun cuando todavía no se haya ejecutado acto alguno de venta de la misma.

ACUERDA

En virtud de lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo.

Madrid, a veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco.