

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Instrucción 9/1991, de 26 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales en los delitos de tráfico ilegal de drogas y estupefacientes.

Referencia: FIS-I-1991-00009

I. INTRODUCCIÓN

Por exigencias del tipo del art. 344 del Código Penal y del subtipo agravado del art. 344 bis a) 3º del mismo Código, interpretados por el Tribunal Supremo, en los procesos por tráfico ilegal de drogas es necesario determinar, con la mayor precisión posible, las características de la sustancia, la cantidad incautada y aquella no aprehendida, pero de la que se dispuso su grado de pureza, y, en su caso, los aditivos incorporados a la misma.

Los Estados signatarios de los Tratados internacionales de 1961 (estupefacientes) y, de 1971 (psicotrópicos). Ambos ratificados por España, han de atribuir a un servicio administrativo la intervención de tales sustancias que entre nosotros, como es sabido, es el Servicio de Control de Estupefacientes (art. 31 de la Ley 17/67, de 8 de abril), actualmente denominado «Servicio de Restricción de Estupefacientes», dependiente de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo. Dicho Servicio y sus órganos periféricos realizan análisis pertinentes o, en su caso, los de las Comunidades Autónomas cuando hayan sido cedidos (hasta ahora no ha habido transferencias propiamente dichas).

En la praxis se plantean algunos problemas que requieren una intervención activa del Ministerio Fiscal para contribuir a resolverlos. Son, principalmente, los que atañen a la destrucción de la droga y/o estupefaciente y a la agilización de las relaciones institucionales de los correspondientes órganos administrativos con la Autoridad Judicial y con el Ministerio Fiscal. Otros, son de mayor envergadura procesal y se incardinan en el derecho a la prueba, con especial referencia a la forma y tiempo de la práctica de los análisis. Sobre unos y otros el Ministerio Fiscal ha de extremar su atención y vigilancia y actuar con unidad de criterio, procurando al máximo, desde la premisa de su cometido garantista de defensor de los derechos y libertades, la mayor agilidad en la tramitación de los procesos.

II. DESTRUCCIÓN DE LA DROGA Y CONSERVACIÓN DE MUESTRAS

El citado art. 31 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, ordena que «las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes». Su vigencia ha sido recordada, entre muchas, por la STS. de 6 de julio de 1990, recurso 1.019/88.

La Ley 4/1984, de 9 de marzo, dio nueva redacción al art. 338 de la L.E.Crim. En el preámbulo se subraya, por una parte, el gran incremento de las piezas de convicción, singularmente de drogas, y, por otra parte, «los gravísimos problemas de todo orden que están planteando a los organismos encargados de su almacenamiento y custodia».

Como recordaba la Consulta 2/1986 de esta Fiscalía General del Estado, ante el cambio normativo -destrucción facultativa por orden judicial en lugar de conservación preceptiva-, se dictó la Instrucción de 28 de noviembre de 1984, encareciendo a los Fiscales no sólo el informe

favorable a la destrucción cuando le fuera requerido el correspondiente dictamen, sino de *instarla directamente* a la Autoridad Judicial cuando se considerara aconsejable, lo que reiteraría la Instrucción de 10 de diciembre de 1985. En el mismo sentido la Comunicación de 27 de enero de 1986, dirigida por el Presidente del Tribunal Supremo a Juzgados y Tribunales, recordaba también la facultad que a los mismos atribuía el mencionado art. 338 para ordenar la destrucción de los estupefacientes y psicotrópicos durante la tramitación del proceso, para evitar el peligro que su almacenamiento representa.

La Delegación del Gobierno para el Plan Nacional Sobre Drogas y el propio Servicio de Restricción de Estupefacientes, han informado a la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas que la destrucción de las drogas y psicotrópicos no se había realizado en numerosas ocasiones en los últimos años, lo que ha producido una saturación que dificulta de modo grave el almacenamiento y custodia que le están encomendados.

Sin perjuicio de las gestiones realizadas por la Fiscalía Antidroga en los casos puntuales de los que ha tenido conocimiento, todos ellos en el territorio jurisdiccional de Madrid, se hace preciso recordar a los Sres. Fiscales la vigencia de lo acordado en la Consulta e Instrucciones mencionados *supra* y ahora reactualizadas en consecuencia, que interesen con carácter general, salvo excepciones muy justificadas o cuando se trate de pequeñas cantidades, la destrucción de la droga y/o estupefacientes en los diferentes procedimientos penales que se sustancia en su territorio y promuevan, con el mayor celo, la audiencia previa establecida en el párrafo 2º del art. 338 de la L.E.Crim., y que la diligencia que se extienda comprenda, para constancia de los autos, como dispone el párrafo 3º del mismo artículo, la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de lo destruido y su valor, si no hubiera tasación anterior y su fijación fuera imposible después de la destrucción, lo que es de especial interés cuando pueda entrar en juego la agravación de «notoria importancia» tipificada en el art. 344 bis a) 3º del Código Penal.

El citado art. 338 dispone, además, que cuando se acuerde la destrucción de la droga se dejen «muestras suficientes, cuando resultare *necesaria o conveniente*». Como la *ratio legis* del precepto es posibilitar un análisis cualitativo posterior, como eventualmente pueda ser solicitado por alguna de las partes, es aconsejable que siempre se dejen muestras, con finalidad garantista y asegurar que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, no siendo ocioso recordar la validez procesal de este análisis sobre muestras -y no sobre el total de la sustancia incautada- conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr., entre otras, las sentencias de 21-02-1991, recurso 646/88; 6-3-1991, recurso 2.655/89 y 12-6-1991, recurso 447189).

III. NATURALEZA DE LOS INFORMES DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y SU VALOR PROBATORIO: POSIBILIDAD DE PRUEBA ANTICIPADA

La existencia de un órgano público con competencia específica en la materia sustituye, en principio, el sistema de designación de peritos de la L.E.Crim. sin perjuicio, como subraya la STS, de 6-7-1990, recurso 1.019/88, de que la parte pueda denunciar en la instancia cualquier deficiencia procesal en este punto.

En numerosos recursos de casación se ha cuestionado la naturaleza de estos informes y su valor como prueba. La jurisprudencia recaída en aquéllos destaca la naturaleza *sui generis* de los dictámenes de los laboratorios y gabinetes oficiales que llegan a la causa por iniciativa del órgano judicial. Aunque no sean *stricto sensu* un dictamen pericial, su conclusión es la propia de tal medio probatorio (STS. 18-10-1989, recurso 1.703/88), como sucede en materia tan próxima y semejante como la prueba de alcoholemia (STC. 100/85, de 3 de octubre), o con los certificados médicos que pueden ser considerados como una pericia técnica documentada, que no documental, que el Tribunal puede examinar, conforme al art. 726 de la L.E.Crim. (STC. 24/91, de 11 de febrero).

Dichos dictámenes tienen *prima facie* el valor y eficacia que corresponde a la competencia técnica de los organismos públicos de que proceden, con garantía de imparcialidad y objetividad (por todas STS 1-3-1991, recurso 3.698/88). Como tal prueba de cargo, cualquiera que sea su denominación, pueden desvirtuar la presunción de inocencia respecto a los datos

que contienen, por lo que es obvio que quienes se consideren perjudicados pueden impugnarlos o negar sus conclusiones conservando incólumes sus posibilidades de contradicción en la fase del plenario, como estableció, entre muchas, la STS. 18-10-1989, recurso 1.703/88, ya que no hacerlo implica su aceptación (STS. 1-3-1991, recurso 3.698/88), por lo que es obligado integrar al perito en el acto del juicio oral (STC. 24/91, de 11 de febrero, y SSTs. 4-9-1991, recurso 781/88 y 10-9-1991, recurso 709/90), lo que no es un obstáculo, sin embargo, a que pueda anticiparse en fase instructora como luego se dirá.

Llegados a este punto, es conveniente recordar jurisprudencia consolidada, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, sobre el valor de las diligencias sumariales y la del mismo atestado, más allá de la simple denuncia (art. 297 L.E.Crim.), cuando incorporen, como ocurre en el caso aquí examinado, una prueba pericial, aunque sea considerada *latu sensu* que además es de imposible repetición. Por lo que ahora importa, dicha jurisprudencia puede asumirse como sigue:

a) «... Si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales practicadas en la formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan la defensa del acusado someterlas a contradicción». (SSTC. 80/86, 82/88, 201/89, 217 de 1989, 161/90 y 80/91, y STS. 15-10-1990, recurso 1.138/89).

b) La reproducción en el plenario ha de ser efectiva, sin que sea suficiente la fórmula de uso forense de dar la pericial por reproducida (STC. 150/87, de 1 de octubre). Es bastante, sin embargo, para que haya debate contradictorio en el plenario, la lectura de la pericial documentada (SSTC. 201/89 y 24/91).

c) Existe la posibilidad procesal, también desde una perspectiva constitucional, de someter los análisis en fase de instrucción a ratificación contradictoria y configurarla como *prueba preconstituida* y realización anticipada, que despliega toda su validez si no son impugnados por ninguna de las partes, ya que se trata, como antes se dijo, de prueba documentada que puede ser examinada por el Tribunal conforme al art. 726 de la L.E.Crim., siempre que se practique con las necesarias garantías (art. 730 L.E.Crim) y, en consecuencia, valorarla de conformidad con el art. 741 de la L.E.Crim. Entre muchas, SSTC 62/85, 100/85 y 201/89. Como dice esta última (STC. 201/89, de 30 de noviembre, F.J.3) «... cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como *prueba anticipada o preconstituida*, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados por el art. 730 de la ley procesal penal, esto es, solicitando su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (por todas STC. 62/85) ...».

Tal posibilidad debe ser promovida por los Sres. Fiscales, por su gran trascendencia, tanto más cuando las ratificaciones periciales en el plenario son en estos casos, por decirlo con las mismas palabras de la STS 16-10-1990, recurso 255/90, «normalmente muy difíciles, por no decir imposibles, de ser llevados a cabo», teniendo en cuenta, además, que los análisis, como tales, son irreproducibles y, por otra parte, la extraordinaria dificultad, rayana a veces en física imposibilidad, de que los autores de los análisis puedan concurrir cuantas veces sean citados a juicio oral a celebrar en las mismas horas y sedes judiciales distintas, como sucede con frecuencia en las grandes ciudades, lo que puede obviarse concentrando su presencia para la ratificación de todos los dictámenes de un determinado Juzgado, que tramite varias causas, el mismo día y en horas sucesivas y facilita que sea contradictoria, con presencia de las partes, teniendo en cuenta que lo son no sólo los procesados, si no los inculpadados, desde la reforma del art. 118 de la L.E.Crim. por Ley 53/78, de 28 de diciembre (STC 64/86, de 21 de mayo) y por el art. 788 de la L.E.Crim. por lo que se refiere al procedimiento abreviado (L. O. 7/88, de 28 de diciembre).

IV. COORDINACIÓN ENTRE LOS JUZGADOS Y EL SERVICIO DE RESTRICCIÓN DE ESTUPEFACIENTES

La multiplicidad de análisis que realiza este Servicio y el hecho de que el Juzgado de Guardia, a cuya disposición inicial está la droga y/o estupefaciente, pueda no ser el Juzgado competente para sustanciar el procedimiento debido a las normas de reparto, crea en la práctica dificultades al órgano administrativo para la búsqueda e identificación en sus archivos del análisis o, en su caso, la ampliación del mismo, que se le reclama por el Juzgado que ha asumido la competencia para instruir e procedimiento.

Para obviar esta disfunción material conviene recordar que, cuando la sustancia era intervenida es recibida por el Servicio, por éste se levanta un acta de recepción de la sustancia, que se identifica e individualiza con el número correspondiente. Una copia de dicha acta es entregada a la Policía. Sin embargo, el órgano policial no suele unir la copia al atestado, a pesar de que forma parte del mismo (art. 292 L.E.Crim.). Sería muy conveniente para facilitar la labor del órgano emisor de la pericia, que en las comunicaciones judiciales dirigidas al servicio sobre cualquier extremo relacionado con un determinado análisis, *se hiciera constar el número de registro del acta en que se ha documentado la recepción de la droga y/o estupefaciente.*

Los Fiscales deberán instarlo así de los Juzgados, fundando, aunque sea de forma sucinta, la razón por la que se solicita esta diligencia y ordenar a la Policía Judicial que se incluya en el atestado copia del acta de recepción, si no se está haciendo así.

V. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Se recuerda a los Sres. Fiscales, como resumen de lo expuesto, la vigencia de lo resuelto en la Consulta 2/1986 y de las Instrucciones de 28-11-1984 y 10-12-1985 que en la misma se mencionan, actualizadas y reinterpretadas por la presente.

En concreto, *promoverán* en los términos analizados de esta Instrucción, con su reconocido celo y competencia, *las siguientes actuaciones:*

1.^a Al iniciarse el procedimiento, de conformidad con el art. 338 de la L.E.Crim., la destrucción de la droga y/o estupefaciente con carácter general, Salvo excepciones muy justificadas o cuando se trate de pequeñas cantidades y su destrucción total, ex art. 48 del Código Penal, en ejecución de Sentencia, cuando excepcionalmente no se hubiera hecho con anterioridad.

2.^a La «audiencia previa» establecida en el art. 338 de la L.E.Crim, cuidando que la diligencia que se extienda comprenda todos los extremos señalados en el párrafo segundo de dicho artículo respecto a la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de la droga destruida y, si no hubiese tasación anterior, el valor de la misma.

3.^a La conservación de «muestras suficientes», cuando se proceda a la destrucción de la droga, instándose *siempre* del órgano judicial, cuando la destrucción sea total, con la finalidad garantista de hacer posible ulteriores análisis cualitativos si son solicitados por las partes y sean procedentes.

4.^a Instar en fase instructora la ratificación contradictoria de los análisis como *prueba anticipada y preconstituida*, procurando que la ratificación por el perito, con citación de las partes y del Ministerio Fiscal, se haga el mismo día, en horas sucesivas, en los Juzgados que sustancian varias causas por tráfico ilegal de drogas.

5.^a Cuando no se haya propuesto prueba pericial por ninguna de las partes en el trámite del art. 656 de la L.E.Crim., solicitarán en el acto del juicio oral la reproducción de la pericial con la lectura del análisis documentado y/o, en su caso, de la diligencia que recoja la prueba preconstituida.

6.^a Procurarán que sea comunicado por el órgano judicial al Servicio de Restricción de Estupefacientes el número de registro del acta en que dicho Servicio ha documentado la recepción de la droga y/o estupefaciente, cuando se recabe cualquier extremo relacionado con un determinado análisis.

7.^a Impartir Instrucciones a la Policía Judicial (Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil) para que incorpore al atestado el acta de recepción de la sustancia del Servicio de Restricción de Estupefacientes y, en su caso, el análisis si ya se ha realizado.