

JURISPRUDENCIA

CHILE:

FALLO DE LA SALA PENAL DE LA EXMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE

Santiago, once de agosto de dos mil tres.

Vistos:

En esta causa del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Calama, Rol Único 0200011127-1, Rol Interno del Tribunal 13-2003, por delito de violación, seguida en contra del imputado José Antonio Farías Ortiz, el mencionado tribunal lo condenó, por sentencia de fecha diecisiete de junio de dos mil tres, como autor de dos delitos de violación, ambos en calidad de consumados, en contra de las menores Ángela Robles Robles y Arely Ayala Bravo, cometidos los días veintisiete de enero de dos mil dos y catorce de mayo de dos mil dos, respectivamente, a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa.

En contra de la referida sentencia, el Defensor Penal Público de Calama, dedujo recurso de nulidad con la finalidad de invalidar la sentencia, invocando para ello, conjuntamente, las causales contenidas en los artículos 373, letra a) y 374, letra e) del Código Procesal Penal, fundando la primera en el hecho de que en el procedimiento seguido ante el Tribunal del Juicio Oral se habrían quebrantado derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados vigentes, en relación con lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Carta Fundamental, que asegura en todos los casos un procedimiento racional y justo, en razón de que en la tramitación del juicio, el Tribunal Oral aceptó la declaración a través de video conferencia, vulnerando el principio de inmediación, incorporó informes periciales del médico tratante del imputado y, por resolución del Tribunal de Garantía no se permitió obtener una pericia de carácter conclusiva; la segunda, a su vez, la basa en que el fallo recurrido no se hizo cargo en su fundamentación de toda la prueba producida durante la audiencia del juicio oral como lo exige el artículo 297 del Código Procesal Penal, circunstancia que la letra c) del artículo 342 del mismo cuerpo legal considera requisito de validez de una sentencia definitiva, cometiendo omisiones y contradicciones en la consideración y valoración de la prueba pericial médica rendida en juicio, y omitiendo valorar la prueba de las partes en cuanto a la imputabilidad disminuida del condenado y en cuanto a razonar sobre por qué la agravante de responsabilidad penal considerada no forma parte del delito, lo que la ha hecho incurrir en la mencionada causal absoluta de nulidad prevista en la letra e) del artículo 374 de dicho Código.

Habiéndose concedido el recurso reseñado, y estimándose admisible por esta Corte Suprema, se dispuso su inclusión en tabla para el día martes veintidós de julio recién pasado.

En la audiencia respectiva, realizada en el día fijado para ella, se desarrolló la vista de la causa, con la concurrencia y alegatos de los abogados del Ministerio Público y de la Defensoría Fiscal, disponiendo el Presidente de la Sala la citación para la lectura del fallo, la que se fijó para el día once de agosto del año en curso.

Considerando:

1º.- Que, como se ha expresado, el recurso se funda, en primer lugar, en la causal contemplada en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal pues, a su juicio, en la tramitación del proceso se habrían infringido sustancialmente derechos y garantías asegurados por la Constitución Política de la República y tratados vigentes en relación con lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la

Carta Fundamental, el cual asegura en todos los casos un procedimiento racional y justo; asimismo, el derecho de toda persona a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial; el de ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad de ser humano y, finalmente, el de que se respete su integridad física, psíquica y moral, establecidos en diversos tratados internacionales que menciona y que se encuentran en vigor. Tales quebrantamientos se habrían producido por las siguientes razones:

a) La perito psiquiatra Cecilia de la Carrera Doty prestó declaración mediante un sistema de videoconferencia, esto es, valiéndose de un circuito cerrado de televisión, a causa de que habría tenido dificultades para asistir físicamente a la audiencia. Cita, a este respecto, las disposiciones que se refieren al desarrollo del juicio, arguyendo que ellas no contemplan la posibilidad de recibir una prueba fuera de la sala de audiencia y, por consiguiente, han sido vulneradas. Agrega que de este modo se habría infringido el derecho a defensa, en especial, el control de la prueba de cargo, que no sólo se refiere a lo que se declara por un deponente sino también a como lo hace, es decir, a la observación de su actitud, movimientos corporales y, en general, reacciones frente a los interrogatorios y contrainterrogatorios.

b) Se habrían incorporado los peritajes psiquiátricos de los Dres. de la Carrera y Haquin, cosa que en el nuevo procedimiento está vedada, según se desprende de los artículos 331 y 322 del Código Procesal Penal.

c) Se habría otorgado valor a la declaración del doctor Carlos Haquin Fridmann, no obstante que estaría viciada, porque ese facultativo era el “médico tratante” del imputado, según propia declaración, motivo por el cual se trataría de una prueba ilícita.

d) El Juez de Garantía rechazó la solicitud de la defensa de suspender la dictación del auto de apertura, otorgándole un nuevo plazo para presentar prueba con arreglo a lo preceptuado en el artículo 278 del Código Procesal Penal.

2º.- Que, en segundo lugar, el recurso se basa en la causal de nulidad contemplada en la letra c) del artículo 374 en relación con la letra c), d) y e) del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal, de la cual esta Corte es competente para conocer en virtud de lo preceptuado en el artículo 376 inciso cuarto del mismo cuerpo de leyes. Al respecto sostiene que la sentencia omite referirse en forma completa a los hechos alegados por las partes, así como “la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fuesen ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”; hace, además, una prolija revisión de las exigencias que a su juicio deben dirigirse a la ponderación de la prueba en el proceso penal (nuevo sistema), para concluir que en el caso “sub-lite” ellas no han sido respetadas. Echa de menos, asimismo, las razones de los sentenciadores para resolver que la agravante de responsabilidad contemplada en el artículo 12 Nº 12 del Código Penal no forma parte del delito de violación.

3º.- Que, en relación con el reclamo referente a que la declaración de la perito psiquiatra Cecilia de la Carrera Doty, prestada mediante circuito cerrado, en una video conferencia, lo cual no se encontraría aceptado por norma alguna de las que regulan la recepción de la prueba pericial en el juicio oral, será desestimada por las razones que a continuación se exponen:

a) La única disposición que se refiere a la forma en que han de prestar su declaración los peritos durante la audiencia del juicio oral es el artículo 329 del Código Procesal Penal, el cual prescribe que “deberán ser interrogados personalmente.” Ahora bien, aunque es verdad que la forma más tradicional de efectuar un interrogatorio personal es contando con la presencia física del deponente en el lugar del juicio, no es menos que el desarrollo actual de la tecnología comunicacional ha abierto las puertas a otras formas de interacción personal que cumplen con todas las exigencias implícitas en la idea del “interrogatorio personal” requerido en el artículo 329 inciso primero del Código Procesal Penal. La video conferencia es, con toda seguridad, la expresión más perfecta de estos progresos.

b) En efecto, la técnica aludida permite unir, en tiempo real, lo que sucede en dos lugares

físicamente separados en el espacio, percibiéndose en ambos, de igual manera, de forma interactiva; de tal suerte que no afecta en lo absoluto los principios orientadores del nuevo proceso penal sobre inmediación, publicidad, oralidad y contradictoriedad, puesto que permite la actividad de todos los intervinientes y la percepción directa por los jueces de los dichos del perito, de sus respuestas y reacciones a los interrogatorios y contrainterrogatorios. Por supuesto, el empleo de este recurso excluye la posibilidad de intimidar al deponente con la presencia y actitudes corporales de quien lo interroga; pero eso es algo que nadie podría echar de menos, pues tales procedimientos están implícitamente prohibidos por el artículo 330 del Código Procesal Penal, como lo pone de relieve una interpretación “a fortiori” de su texto.

c) En consideración a lo expuesto, la declaración de un perito durante el curso de un juicio oral, así como su interrogatorio y contrainterrogatorio sirviéndose de una videoconferencia ha de considerarse equivalente a la que se realiza contando con su presencia física en el lugar en que se desarrolla el proceso y, por lo tanto, idónea para “interrogarlos personalmente”, en el sentido del inciso primero del artículo 329 del Código Procesal Penal. Para que ello sea así es necesario, obviamente, adoptar las precauciones que se tomaron en el caso “sub-lite”, esto es, cuidar que el deponente declare desde la sede del Tribunal Oral en lo Penal más próximo al lugar en que se encuentra, debiendo sus jueces comprobar su identidad, tomarle juramento y prestando su testimonio o evacuando su pericia ante los ministros de fe y de un representante de la o las contrapartes, en día y hora previamente determinados, y en consideración a que fue acordada en una situación especial y extraordinaria, previamente justificada ante el tribunal competente.

d) No resolver esta cuestión en la forma indicada, importaría ignorar la existencia de una tecnología de avanzada, que permite dotar al nuevo procedimiento penal de mayor eficacia, seguridad y celeridad en la prosecución de sus objetivos, sin vulnerar ninguno de los principios que lo informan, sólo para rendir pleitesía a una interpretación “literalista”, que rehuye el progresismo en la búsqueda del sentido de las normas para quedarse en el puro servicio de su letra.

4º.- Que, por otra parte, como certeramente lo ha expresado en estrados el representante del Ministerio Público, de la exposición del recurso se deduce que lo que se reclama es de la posibilidad de una vulneración al derecho de defensa y al control de la prueba de cargo. Sin embargo, no se aduce hecho alguno que permita afirmar que esa posibilidad se realizó en el caso concreto o que se le haya impedido de algún modo a la defensa examinar a la perito o contrainterrogarla, de suerte que no se divisa como podría haberse derivado del procedimiento empleado una violación a garantías constitucionales, sobre todo si se tiene en cuenta que ésta ha de ser de índole sustancial.

5º.- Que, en lo concerniente a la supuesta introducción de los peritajes de la Dra. de la Carrera y del Dr. Haquin, es lo cierto que el recurso no da cuenta de lo que lo conduce a formular este reproche ni del modo en que la pretendida introducción se ha materializado en una infracción de las garantías constitucionales al amparo de las cuales efectúa sus reparos y, ni siquiera, de la forma en que ella se relaciona con tales garantías. Por tales razones, esta alegación tampoco podrá prosperar.

6º.- Que, en cuanto al otorgamiento de valor a la declaración del perito psiquiatra Dr. Carlos Haquin, no obstante que sería una prueba ilícita, por ser dicho facultativo el médico tratante del imputado, es menester hacer algunas precisiones.

a) En primer lugar, conviene destacar que la calidad de médico tratante de Farías Ortiz que se atribuye al Dr. Haquin, deriva tan sólo de lo que el propio médico afirmó durante el juicio, como lo reconoce y enfatiza el mismo recurso. Ahora bien, lo que el Dr. Haquin puntualizó en su momento fue que, si bien era cierto que había hecho una pericia previa (“en diciembre pasado”) tuvo que “seguir viendo al paciente (Farías) como médico tratante.”

b) Esta afirmación del facultativo ha dado lugar a una confusión terminológica en la cual, equivocadamente, se encuentra apoyada la causal de nulidad a que nos referimos. Porque, en efecto, el “médico tratante” es aquel a quien el paciente acude de propia iniciativa y en el cual deposita su confianza, haciéndolo voluntariamente confidente de sus problemas personales y,

consecuencialmente, de hechos que prefiere permanezcan ocultos a terceros. De acuerdo con la información disponible, este no es el caso del Dr. Haquin Fridmann. En rigor, él es un perito que fue llamado a informar sobre la salud psíquica del procesado y, en el curso de la exploración requerida para hacerlo, encontró que Farías requería de auxilio médico por lo cual continuó proporcionándoselo, aunque es manifiesto que el “paciente” no se lo había solicitado ni depositó en él confianza alguna. Por supuesto, para prescribirle medicamentos que aliviaran sus síntomas, el Dr. Haquin tuvo que consultar la ficha médica del procesado, pero esto nada dice contra lo que aquí se ha expuesto, pues en su calidad de perito también podía acceder a ese documento.

c) Lo expresado en el párrafo anterior explica la forma airada en que el facultativo cuestionado reaccionó al ser interpelado por la defensa. El Dr. Haquin no se sentía depositario de la confianza de Farías en los términos en que los médicos reciben las de sus pacientes, sino que entendía que intervenía en el asunto como un auxiliar de la justicia al cual accidentalmente le había correspondido prestar asistencia profesional al encausado, sin que ello lo transformara en su confidente. A la luz de esta confusa y ocasional superposición de roles cobra pleno sentido lo expresado por el médico cuando se lo interroga sobre el punto: aunque se hizo cargo de Farías Ortiz en su calidad de perito, ha “tenido” que seguir viéndolo porque éste requería ser tratado; a causa de ello ha dispuesto de más información médica de la que usualmente se reúne en un examen de pericia psiquiátrica y debe responder a lo que se pregunta de acuerdo con todo el conocimiento así adquirido. Por eso, además, agrega con irritación: “Yo soy miembro de una sociedad, yo no estoy revelando nada confidencial que el paciente no haya entregado... Se trata que hay un proceso... Se trata que los hechos que se están juzgando son hechos graves, y lo que yo pueda aportar para dar una buena justicia al paciente, desde esa perspectiva, desde mi formación moral, yo no tengo ningún tipo de contradicción de estar acá.” Más allá de la construcción incorrecta de las frases, motivada por la alteración momentánea, lo que el Dr. Haquin está expresando es que depone como perito; que sabe más que otros peritos sobre el procesado porque ha tenido que brindarle auxilio médico, pero que no se siente depositario de su confianza porque él continúa siendo un experto que está al servicio de la justicia.

d) Conviene también observar, como lo ha hecho el Ministerio Público en sus alegaciones, que el artículo 303 del Código Procesal penal concede a los testigos sólo una facultad de abstenerse de declarar cuando, como el médico, tuvieren el deber de guardar el secreto “que se les hubiere confiado.” Dejando de lado el que la norma no impone la abstención sino que se limita a permitirla, así como que no se refiere directamente a los peritos sino únicamente a los testigos, interesa aquí destacar que ella sólo se refiere a los secretos que al médico “se le hubieren confiado, esto es, de que se le hubiere hecho depositario en virtud de una relación de confianza establecida voluntariamente por el paciente con el facultativo. Como se ha demostrado con los razonamientos desarrollados más arriba, aquí ese no era el caso.

e) Finalmente, ha de consignarse que, aun prescindiendo de todo lo anterior, esta causal de nulidad sólo se orientaría a una posible imputación de inhabilidad de los peritos, lo cual no es atendible por expresa disposición del artículo 318 del Código Procesal Penal, que declara la improcedencia de ellas. Por otra parte, la imputación a los jueces de una valoración ilegal de la prueba en tales circunstancias, aparte de importar un desconocimiento del derecho del tribunal para apreciar la prueba con libertad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, no encuentra apoyo en norma constitucional alguna que justifique la alegación de la causal de nulidad contemplada en el artículo 373, letra a) del texto procesal y, más bien, encubre un posible motivo de nulidad absoluta del artículo 374, que en forma natural es de competencia de la respectiva Corte de Apelaciones.

7º.- Que, conforme a todo lo expuesto en el considerando anterior, tampoco este capítulo de nulidad podrá prosperar, pues la sentencia no incurrió en ningún quebrantamiento de garantías constitucionales al dar valor a la declaración del Dr. Haquin Fridmann.

8º.- Que, finalmente, en este primer grupo de motivos de nulidad, se reclama porque el Juez de Garantía rechazó la solicitud de la defensa de suspender la dictación del auto de apertura, otorgándole un nuevo plazo para presentar prueba, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 278 del Código Procesal Penal. Esta alegación, sin embargo, tendrá también que ser desestimada, pues la disposición citada establece que, si se dan los presupuestos descritos en ella, el juez de garantía

“podrá suspender la audiencia por un plazo de diez días.” Se trata, por consiguiente, de una facultad entregada privativamente a ese magistrado, al cual se confía la evaluación de su procedencia. Por ello, si se abstiene de conceder el plazo, ello no puede dar lugar a una nulidad como la impetrada, fundada en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal.

9º.- En cuanto se refiere a la causal de nulidad fundada en el artículo 374, letra c), en relación con la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, la nulidad, procedería porque el Tribunal del Juicio Oral no se habría hecho cargo “en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.” En síntesis la alegación, prolijamente desarrollada con profusión de referencias doctrinales, se basa en que en los motivos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 se habría hecho una referencia incompleta y poco clara de lo expresado por los peritos psiquiatras Carlos Haquin y Cecilia de la Carrera, que se acogen, y Héctor Carrasco y Juan Carlos Méndez, de los cuales se prescinde.

10º.- Que, en lo que concierne a la imputación relacionada con la aceptación de las pericias de los Dres. Haquin y de la Carrera, ella es infundada, pues, en verdad, el fallo se refiere en forma sintética pero exhaustiva a las razones que tiene para acogerla y, a partir de su exposición es posible “la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que” ha llegado la sentencia. El hecho de que en una parte de las consideraciones se afirme que el imputado es imputable porque no presenta “retardo mental”, en lugar de referirse al “trastorno mental”, como es manifiesto que constituyó el propósito de los sentenciadores, nada dice en contra de lo afirmado aquí; pues del contexto el equívoco resulta claro y fácil de corregir mentalmente, ya que el retardo mental de Farías no fue lo que estuvo en discusión, sino que la existencia de un eventual trastorno que excluyera o redujera su imputabilidad.

11º.- Que, en cuanto a la prueba desestimada, la sentencia recurrida afirma en su considerando vigésimo cuarto, “in fine”, que no le dará valor por no ser esos peritajes conclusivos “y tener sólo un carácter meramente exploratorio o preliminar. Tal explicación basta para entender “las razones” que se han tenido en cuenta para adoptar tal decisión – lo cual, dicho sea de paso, es la única exigencia dirigida por el artículo 297 inciso segundo a los sentenciadores cuando se trata de desestimar una prueba –. En efecto, de lo expuesto salta a la vista que el motivo para desentenderse de los peritajes de los Dres. Carrasco y Méndez radica en que tales facultativos no estuvieron en condiciones de emitir un pronunciamiento sobre el estado mental del procesado que permitiera a los jueces resolver sobre una reducción o exclusión de su imputabilidad. En opinión de esta Corte Suprema, esa es una razón atendible para desestimar una prueba de esta índole, cuya recepción en el proceso sólo es posible si permite clarificar una circunstancia que, usualmente, es de difícil apreciación y comprensión.

12º.- Que, en lo tocante a no haberse dado las razones por las cuales se estimó que la circunstancia agravante a que se refiere el artículo 12 Nº 12 del Código Penal no forma parte integrante del tipo de la violación impropia del artículo 343 de ese mismo texto legal, cabe advertir que esa alegación no se refiere a la valoración de la prueba sino que a la interpretación de la ley – concretamente, a un problema de concurso aparente de normas – y, por consiguiente, ajena a la causal que se invoca. Por esta razón, tampoco se la acogerá.

Por estas consideraciones, y visto además lo preceptuado en los artículos 295, 297, 303, 315, 318, 319, 329, 330, 342, 373, 374, 376 y 384 del Código Procesal Penal, se resuelve que SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por el Defensor Penal Público de Calama, en contra de la sentencia del Tribunal del Juicio Oral de esa misma ciudad de fecha 17 de junio de 2003, pronunciada en la causa Rol Único 0200011127-1, por delito de violación, seguida en contra del imputado José Antonio Farías Ortiz, la cual, por consiguiente, no es nula.

Redacción del Ministro señor Enrique Cury Urzúa.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol Nº 2662-03.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Minición del Ministro señor Enrique Cury Urzúa.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol N° 2662-03.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Alberto Chaigneau del C., Sr. Enrique Cury U., Sr. José Luis Pérez Z., Sr. Nibaldo Segura P. y el abogado integrante Sr. Fernando Castro A.. No firma el Ministro Sr. Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo por encontrarse en comisión de servicios.

FALLO DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTA CRUZ, CHILE

Individualización de Audiencia de autorización de diligencias..

Fecha	Santa Cruz., veinticinco de junio de dos mil ocho
Magistrados	Manuel Díaz Muñoz, Álvaro Martínez Alarcón y Pedro Caro Romero
Fiscal	Teresa Gaete Valenzuela
Defensores	Pablo Ubal Rivas y Saturnino Muñoz Briceño
Hora inicio	04:35PM
Hora termino	04:45PM
Sala	Sala 1

Tribunal	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz.
RUC	0700162612-9
RIT	4 - 2008

Santa Cruz, veinticinco de junio de dos mil ocho.

VISTOS Y OÍDOS:

Resolviendo la solicitud de video conferencia formulada por el Ministerio Público en esta audiencia especialmente citada al efecto, se da lugar a la misma, por los siguientes fundamentos:

1) Que, el artículo 329 del Código Procesal Penal, en su último inciso, modificado por la Ley 20.074, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2005, permite expresamente que los testigos y peritos que, por algún motivo grave y difícil de superar, no puedan comparecer a declarar a la audiencia del juicio, lo hagan mediante video conferencia o a través de cualquier otro medio tecnológico apto para su interrogatorio y contrainterrogatorio.

2) Que, en este caso, no hay duda que la circunstancia que los testigos mencionados en la presente solicitud, **Abner Aarón Bustamante Carrasco y Gerson Abimelec Bustamante Carrasco**, se encuentren actualmente residiendo en España es una causa grave y difícil de superar, que impide su comparencia personal a la audiencia de juicio fijada para el 03 de julio del año en curso.

3) Que, en consecuencia, se reúnen en la especie los presupuestos que justifican autorizar la declaración de los deponentes indicados en la petición, a través de video conferencia desde España en la audiencia de juicio oral y en tiempo real, medio tecnológico que por cierto es apto para asegurar un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio por parte de los intervinientes, ya que además de estar expresamente aceptado por el legislador, permite, en virtud de la transmisión simultánea de audio y video, la comparencia virtual en la audiencia de juicio de los testigos requeridos, todo lo cual, además de posibilitar su adecuada valoración por parte del tribunal, garantiza el oportuno ejercicio del derecho de defensa.

4) Que, por su parte, en virtud de una aplicación analógica del artículo 192 del citado Código, que permite la prueba testimonial anticipada en el extranjero, es procedente que los testigos presten declaración mediante video conferencia en presencia del cónsul chileno que corresponda, quien como Ministro de Fe, a su vez certificará en tiempo real la identidad de los deponentes y velará porque la declaración del primer testigo no sea escuchada ni presenciada por el que declare con posterioridad. Por lo demás, el mecanismo anterior ya ha sido aplicado por nuestra jurisprudencia, por ejemplo, por el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en la causa RIT 246-2007 y por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de dicha ciudad en el RIT 103-2007, casos en los que se autorizaron video conferencias desde Italia y Panamá, respectivamente, ante el cónsul chileno en dichos países, sin que se requiera dar cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso tercero del citado artículo 192, pues en el caso de la video conferencia no se rinde prueba en el extranjero, sino en el territorio nacional a través de un medio tecnológico que permite la comparencia virtual de personas que se encuentran a distancia.

5) Finalmente, se procederá a informar lo resuelto al Ministerio de Relaciones Exteriores, sin perjuicio de lo cual, será el Ministerio Público quien deberá efectuar las comunicaciones y coordinaciones necesarias con el fin de que la video conferencia autorizada en esta ocasión se cumpla oportuna y adecuadamente ante el Cónsul Chileno respectivo.

Comuníquese vía correo electrónico a los intervinientes; y a los testigos su obligación de concurrir al Palacio Miraflores de Madrid, España el día jueves 03 de julio de 2008 a las 09:00 horas, zona horaria chilena.

Con lo actuado se pone término a la audiencia.

Dirigió la audiencia don **Pedro Caro Romero**, en calidad de juez presidente de sala, e integraron también los jueces **Manuel Díaz Muñoz** y **Álvaro Martínez**, todos titulares del Tribunal de Juicio en lo Penal de Rancagua, subrogando legalmente en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz.

ESPAÑA



Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª).Auto núm. 2314/2006 de 23 noviembre

JUR\2007\7576

Agresión sexual. Indefensión: declaración por videoconferencia. Nulidad de la sentencia por estar suspenso un Magistrado. Error en la apreciación de la prueba. Denegación de prueba.

Jurisdicción: Penal

Recurso núm. 1315/2006

Ponente: Excmo Sr. carlos granados perez

AUTO

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Noviembre de dos mil seis.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección Primera), se ha dictado sentencia de 18 de enero de 2006, en los autos del Rollo de Sala 33/2004, dimanante del sumario 1/2004, procedentes del Juzgado de Instrucción número 4 de Puerto del Rosario, por la que se

condena a Luis Antonio , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abusos sexuales, previsto en los artículos 182.1º y 2º, 181.1º y 2º y 180.1º y 4º del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión, con la accesoria legal correspondiente, y al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Contra la sentencia anteriormente mencionada, la representación procesal de Luis Antonio formula recurso de casación alegando, como primer motivo, quebrantamiento de forma, por infracción de precepto constitucional al haber participado en la vista como presidente el Magistrado Don Jesús Carlos , quien, el día después de la celebración del juicio oral, fue suspendido de sus funciones y, por lo tanto, no pudo participar en la deliberación que se celebró en la isla de Fuerteventura; como segundo motivo, quebrantamiento de garantías constitucionales por haberse practicado la prueba médico forense mediante videoconferencia; como tercer motivo, error en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y como cuarto motivo, al amparo del artículo 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quebrantamiento de forma por denegación de diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma, era pertinente.

TERCERO.- En el trámite correspondiente a la sustanciación del anterior recurso el Ministerio Fiscal y la representación procesal de Melissa A. se opusieron al mismo.

CUARTO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas por Sala de Gobierno, de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Magistrado Excmo. Sr. Don Carlos Granados Pérez

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS PRIMERO.- Como primer motivo, el recurrente alega quebrantamiento de garantía constitucional, sin especificar el apartado al que se acoge, por cuanto pese a aparecer en el encabezamiento de la sentencia recurrida como presidente de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, el Magistrado D. Jesús Carlos no pudo participar en la deliberación al haberse acordado su inmediata suspensión de funciones judiciales el día después de la celebración de juicio oral.

A) El propio planteamiento del motivo que hace la parte recurrente permite apreciar que el Presidente de la Sala se encontraba en plenitud del ejercicio de sus funciones cuando se celebró la vista oral. Se aprecia que el ponente y, por lo tanto, redactor de la sentencia de conformidad con el parecer los restantes magistrados fue otro Magistrado y que, consecuentemente, no existe ningún dato que no permite estimar que la deliberación no se llevó a cabo, como suele ser lo habitual, inmediatamente después de celebrarse la vista. En todo caso, el artículo 155 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, autoriza la participación de Magistrados separados, jubilados o en suspenso en las deliberaciones de las vistas de las que haya formado como Sala.

Consecuentemente, procede la inadmisión del presente motivo de conformidad con lo que determina el artículo 884.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- Como segundo motivo, el recurrente alega quebrantamiento de garantías constitucionales, también sin determinar, por haberse practicado la prueba médico forense a través de videoconferencia.

A) El recurrente da a entender implícitamente que la declaración de los peritos por videoconferencia vulnera los principios de inmediación, contradicción y oralidad.

B) Este Tribunal ha reiterado en numerosas sentencias (por todas, STS de 15 de julio de 2002) que las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y

contradecirla son específica manifestación del derecho de defensa del acusado (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio; y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente lo es la de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él", facultad ésta que el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al contenido de esta última facultad se refirieron las SSTC 2/2002, de 14 de enero y 57/2002, de 11 de marzo, señalando que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c. Austria, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Holanda, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 26; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso Saïdi c. Francia, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso Luca c. Italia, § 40).

C) La modalidad de declaración mediante videoconferencia se encuentra recogida en la actualidad en el artículo 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la finalidad de verificar a la mayor celeridad la celebración de las vistas orales. Así, el precepto indicado dispone que por razones de utilidad, seguridad o de orden público, o en los casos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como testigo o perito resulte gravosa, el Tribunal de oficio o a instancia de parte podrá disponer que su actuación se realice por videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido.

No parece que el sistema de videoconferencias, cuya transmisión se efectúa en tiempo real pueda estimarse, sino lo contrario, que implique una vulneración de los derechos a la contradicción e inmediación de la prueba ni al derecho de los inculpados a someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el Fiscal. Las declaraciones de testigos son percibidas directamente por los miembros del Tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas. Es con la finalidad de asegurar y garantizar la necesaria contradicción por lo que la Ley exige que el sistema sea bidireccional y transmita de forma simultánea la imagen y sonido.

En el caso que nos ocupa, los peritos cuyo informe se interesaban estaban adscritos a los Juzgados de Noya-Ribera y Santiago de Compostela, mientras que la vista se celebraba en Puerto del Rosario (Fuerteventura). El perito Doctor Luis Alberto , Jefe de Unidad de la Xerencia de Atención Primaria-Centro de Saúde de Pobra do Caramiñal, adscrito al Servicio Gallego de Salud (SERGAS) cursó el 1 de septiembre de 2005 solicitud a la Audiencia de Las Palmas de declaración por videoconferencia al objeto de no descuidar las atenciones como médico de asistencia primaria en A Coruña. Otro tanto hizo el Doctor Simón adscrito a los juzgados de Noya-Ribeira. Resulta razón de utilidad suficiente la declaración por videoconferencia a la vista de la gran distancia entre ambos puntos de la geografía española.

El recurrente, por otra parte, no indica en qué punto concreto o de qué manera, la declaración de los médicos forenses por videoconferencia disminuyó de forma efectiva sus posibilidades de defensa e infringió los principios procesales constitucionales citados, en su perjuicio.

Procede, por todo ello, la inadmisión del presente motivo de conformidad con lo que determina el artículo 884.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- Como tercer motivo, el recurrente alega, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de precepto constitucional por error en la apreciación de la prueba.

A) Como documentos acreditativos del error en el que, a su entender, ha incurrido el Tribunal de instancia, la parte recurrente señala:

- Los folios 9 a 13, en los que obra la denuncia presentada por Celestina ; el folio 14, en el que se hace constar que la madre de la menor facilita los datos del psicólogo que la atendía; folio 131 en el que consta informe de la Psicóloga Yolanda , quien manifiesta que se limita a dar impresiones personales del reconocimiento efectuado a la menor y que no pudo someterla al test de personalidad, por lo que cualquier conclusión al respecto sería totalmente sesgada e inapropiada; el folio 15 del atestado, por el que se cita a la presunta víctima a que acuda a reconocimiento médico forense el día 21 de octubre de 2003; el folio 101, en el que obra informe médico legal que no se realizó hasta tres meses más tarde, el día 27 de enero de 2004; el folio 29, en el que consta informe emitido el 27 de agosto de 2003 por la Juez Sustituto del Juzgado número 2 Mixto de Ribeira, en la que se recogen las manifestaciones de Milagros , abuela de la menor, afirmando que la niña miente con frecuencia; los folios 74 y 75, en el que consta auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 3 de Ribeira el 27 de enero de 2004, acordando no decretar la orden de protección por no haberse acreditado los hechos; el folio 94 en el que obra informe de la Gerencia de Atención Primaria Centro de Saude de Pobra de Caramiñal en el que se hace constar que Celestina fue atendida el 10 de noviembre de 2003, por presentar una crisis de ansiedad asociada a agresividad tras consumo de Alprazolam y cannabis; y los folios 101 y 102, donde obra informe médico legal en el que literalmente se expone:

B) El art. 849.2º permite denunciar el error en la apreciación de la prueba que se derive de documentos, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que demuestre de forma inequívoca el error del juzgador, que se fundamenten en auténticos documentos, y no pruebas personales, como las testificales, periciales, declaraciones de los imputados, ..., sujetas a la percepción directa del Tribunal (STS de 17 de octubre de 2000).

Para que pueda estimarse este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

a) Que se invoque error de hecho en la apreciación de la prueba, con significación suficiente para modificar el sentido del fallo; b) que dicho error se evidencie mediante la cita de un documento o documentos, designando los particulares de los mismos que se opongan a la resolución recurrida, recordándose aquí que la jurisprudencia de esta Sala, en consolidada doctrina, ha excluido del carácter de documento a los efectos casacionales del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la prueba testifical, ya que tiene carácter personal y en ella adquiere especial relevancia el contacto directo con su producción por parte del órgano judicial que la preside y presencia; c) que el referido documento se haya incorporado a la causa, a los efectos de que el Tribunal Supremo pueda verificar lo que ya hizo el Tribunal de instancia, y d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada, desmentida o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa.

C) De la pluralidad de diligencias señaladas por el recurrente, deben descartarse por carecer de la condición de documento a los efectos del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todas las comprendidas dentro del atestado (por todas, STS de 18 de julio de 2006). En reiteradas ocasiones, esta Sala ha establecido que las diligencias de atestado gozan exclusivamente de naturaleza policial, destinadas a orientar las investigaciones y que necesitan, por ello, para constituirse en verdadera y auténtica prueba su ratificación en el acto de la vista oral. Quedan así excluidos los folios 9 a 13, 14, y 15. Igualmente, debe excluirse el auto que consta a los folios 74 y 75 del Juzgado de Instrucción número tres de Ribeira, dictado el 27 de enero de 2004, por referirse a actuaciones judiciales que no guardan relación con los hechos que ahora se ventilan.

Con respecto al folio 29, no se trata nada más que del informe emitido por la Juez Sustituto del Juzgado de Ribeira, en la que constan manifestaciones personales, que, como reiteradas veces ha

estimado esta Sala, en tanto que como mucho podrían constituir prueba testifical de leerse en vista oral, si concudiesen los requisitos precisos de excepción del principio de oralidad, constituirían prueba eminentemente personal en cuya apreciación juega un papel predominante la percepción directa e inmediata del Tribunal ante el que se practican. Por ello, carecerían de la condición de documentos a los efectos del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (SSTS de 24 de septiembre de 2001, y de 3 de diciembre de 2001).

En lo que se refiere a los restantes diligencias citadas, carecen, en general, de literosuficiencia. Esto es, su contenido no entra en conflicto abierto con las conclusiones del Tribunal de instancia. Así, el hecho de que el 10 de noviembre de 2003, Melissa Abelleira fuese atendida por una crisis de ansiedad, asociada al consumo de alprazolam y cannabis no implica necesariamente que el Tribunal haya incurrido en error a la hora de valorar la prueba. Tampoco el hecho de que el informe médico legal no se realice hasta tres meses más tarde de la denuncia acredita por sí sólo que el Tribunal hubiese incurrido en error.

Consecuentemente, procede la inadmisión del presente motivo de conformidad a lo que determina el art. 884. 1º de la LECrim.

CUARTO.- Como cuarto motivo, el recurrente alega, al amparo del artículo 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , quebrantamiento de forma por denegación de diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma era pertinente.

A) El recurrente alega que la defensa del acusado solicitó para el acto de la vista oral la comparecencia de los siguientes testigos y peritos, cuya practica fue denegada por la Audiencia Provincial:

-De la testigo Carmen , tía de la menor Celestina .

- Del Director, Gerente y Administrador de la Clínica Ginecológica de Ribeira así como de los otros médicos que pudiesen haber diagnosticado a la menor Celestina . Para la localización y citación de los testigos, la defensa del recurrente indicaba que la dirección podría ser determinada por los peritos forenses de Cornelio y de Miguel Ángel , o por la abuela de la menor Milagros o librando oficio a todas las Clínicas Privadas de Ribeira para su determinación.

- Que se librase oficio al Colegio Provincial de Abogados de la Coruña, al objeto de que se expidiese certificado acreditando la fecha en la que Milagros presentó la documentación, solicitando se les designase abogado del turno de oficio que se hiciese profesionalmente cargo del procedimiento de separación de Luis Antonio .

- Que se librase oficio al Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ribeira para la remisión íntegra de copia del procedimiento de separación contenciosa 22/2004 entre Milagros y Luis Antonio .

- Que se librasen sendos oficios a la Comandancia de la Guardia Civil y a la Policía Local de Corralejo (La Oliva) para que informasen sobre al conducta de Luis Antonio .

El recurrente no indica en qué puntos radicaba la necesidad e importancia de la declaración de los testigos y peritos para la garantía de los derechos del acusado en el procedimiento sometido a enjuiciamiento.

La Audiencia Provincial de Las Palmas, por auto de 25 de julio de 2005 acordó no acceder a la práctica de la pericial interesada por la defensa del recurrente al estimar que la identidad de los peritos expertos quedaba indeterminada, la referente al Colegio Provincial de Abogados de la Coruña y la referente a la Comandancia de la Guardia Civil y a la Policía Local de Corralñejo (La Oliva) por

innecesarias y la referente a la unión de copia del procedimiento de separación por tratarse de documental que podía aportarse sin mayores problemas por la defensa del acusado.

Por su parte, Milagros cursó escrito manifestando que, por carencia de medios, se la autorizase a declarar por videoconferencia o subsidiariamente se la emitiese con cargo al Estado billetes de ida y vuelta desde Miguel Ángel a Puerto del Rosario.

Con fecha 22 de septiembre de 2005, ante la incomparecencia de los peritos citados y de la psicóloga Yolanda , la Audiencia acordó a petición de la defensa la suspensión de la vista.

Por último, en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa no figura mención a la testigo Carmen .

B) La jurisprudencia de esta Sala (cfr. STS de 11 de enero de 2005) ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que el motivo acogido al número 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta; en tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo; ha de ser necesaria, en cuanto precisa para la defensa; y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

C) Conforme a la doctrina expuesta en el párrafo anterior, no puede concluirse que las diligencias interesadas por la defensa del acusado fuesen indebidamente denegadas por el Tribunal de instancia. La prueba pericial solicitada es absolutamente inespecífica e indeterminada en contravención a lo dispuesto en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y la referente al certificado del Colegio de Abogados de A Coruña y los informes de la Guardia Civil y de la Policía Local absolutamente innecesaria para el esclarecimiento de los hechos y la defensa en condiciones del acusado. Los extremos citados carecen de relevancia a los efectos de su incidencia en la resolución del asunto objeto de enjuiciamiento.

Por último, y ciertamente, tampoco puede determinarse con exactitud cuál es la relevancia de la incorporación de la documental consistente en la copia del procedimiento de separación contenciosa en la defensa del acusado frente a los hechos que se le inculpan. Su posible vinculación con los hechos no se aclara y pende más bien de un juicio hipotético. En todo caso, podría haberse, por lo menos, parcialmente, aportado por el propio inculpado que era también parte interesada en ese procedimiento de separación. Por último, la testigo Ángeles depuso por videoconferencia conforme a lo expresado anteriormente.

Por todo lo expuesto, procede la inadmisión del presente motivo de conformidad a lo que determina el artículo 884.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su consecuencia procede adoptar la siguiente parte dispositiva:

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN del recurso de casación formalizado por el recurrente contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.



Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 172/2007 de 27 febrero

[RJ\2007\2528](#)

DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY: vulneración inexistente: cambio de ponente: el derecho se refiere al Tribunal, no a las personas.

PRESUNCION DE INOCENCIA: Declaraciones de testigos: forma de practicarla: por videoconferencia: testigo que acude por error a otro Tribunal.

TRAFICO DE DROGAS: Presunción de inocencia: vulneración inexistente: existencia de prueba: informe pericial que no contiene el grado de pureza del éxtasis incautado: sólo tendría trascendencia en cantidades insignificantes o de notoria importancia, supuestos que no concurren.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 1896/2006

Ponente: Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz

La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, con fecha 27-04-2006, dictó Sentencia en la que condenó al acusado en concepto de autor de un delito contra la salud pública, a la pena de tres años y seis meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 207,48 euros. Contra la anterior Resolución la condenada interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

En la Villa de Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil siete.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Narciso, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, que condenó al acusado por un delito contra la salud pública; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representado el recurrente por la Procuradora Doña Elena-Beatriz López Macías.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Ibiza, incoó Procedimiento Abreviado núm. 68/04 contra Narciso, por delito contra la salud pública y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, que con fecha veintisiete de abril de dos mil seis (ARP 2006, 334) , dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

« Hechos Probados

: Son hechos probados y así expresamente se declaran los siguientes: El acusado Narciso, mayor de edad en cuanto nacido el día 21 de septiembre de 1979, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa el día 18 de julio de 2004 hasta el día 19 de julio de 2004, fue sorprendido por agentes de la Guardia Civil mientras se encontraba en el interior de la discoteca "Amnesia", sita en la carretera de Ibiza a San Antonio de Potmany, y tras seguimiento de sus movimientos por los agentes, consumando la venta de dos pastilla de MDMA de color blanco y con el anagrama de una cabeza de perro en una de sus caras, con un peso analítico de 587 mg. Tal venta se realizó en las cercanías de los cuartos de baño de la referida discoteca por el acusado al comprador Bruno. A cambio de la citada sustancia el Sr. Bruno entregó al acusado la cantidad de 20 euros, cantidad que portaba el acusado en una de sus manos en el momento de la solicitud de identificación por parte de los agentes. El acusado portaba en los bolsillos de su pantalón y con la intención de destinarlos a su venta a terceras personas, ocho comprimidos de la sustancia MDMA con las mismas características referidas anteriormente, con un peso analítico de 2,278 gramos y un valor en el mercado ilícito de 69,16 euros. Todas dichas sustancias fueron intervenidas por los agentes de la Guardia Civil».

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento (ARP 2006, 334) :

« Fallo

: Debemos condenar y condenamos

a Narciso en concepto de autor de un delito contra la salud pública, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de tres años y seis meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de doscientos siete euros con cuarenta y ocho centimos (207,48 €) (multa ya satisfecha); así como al pago de las costas procesales. Al condenado le será de abono y para el cumplimiento de la condena todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia. Se acuerda el comiso de la sustancia intervenida, a la que se dará el destino legal».

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación de Narciso, que se tuvo por anunciado, 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

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

I.—Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) y por el cauce casacional del artículo 5, número 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), se prepara recurso de casación por infracción de derechos constitucionales.

II.—Se fundamenta el presente motivo en infracción de Ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III.—Al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula el presente motivo de casación al considerar que ha existido error en la apreciación de la prueba.

IV.—Al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haberse practicado la prueba testifical de Bruno, en los términos y forma acordada por Auto de 2 de marzo de 2006 (que se designa como particular) y haberse sustituido su práctica por una inesperada y sorpresiva videoconferencia.

V.—Se formula el presente motivo de casación al amparo del número uno, inciso primero, del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

VI.—Se formula el presente motivo al amparo del número uno, inciso tercero, del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse consignado como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo.

VII.—Por quebrantamiento de forma, fundado en los números 5º y 6º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

QUINTO

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO

Realizado el señalamiento para Fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 13 de febrero de 2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Por razones de sistemática vamos a examinar conjuntamente los motivos formalizados como primero, cuarto y séptimo al coincidir todos ellos en denunciar infracción de precepto constitucional pese a las diferentes vías casacionales utilizadas.

El motivo correlativo lo es al amparo de los artículos 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y 852 LECrim (LEG 1882, 16) . Se aduce infracción de los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva, así como de los principios de inmediación y proporcionalidad, por haber declarado mediante videoconferencia un testigo que se encontraba en una sede judicial diferente a aquélla en la que se estaba celebrando el juicio oral. Sostiene el recurrente que dicha medida fue adoptada por la Audiencia de forma sorpresiva sin resolución previa que la habilitase y permitiese su impugnación, alegando que no se puso en conocimiento de la defensa dicha circunstancia y que el testigo no fue debidamente identificado por el Secretario Judicial. Solicita asimismo la nulidad de las actuaciones por haberse impedido disponer de una copia de la grabación del juicio oral, insistiendo en que se han vulnerado los derechos anteriormente citados al haberse privado al acusado de la posibilidad de contar con lo que denomina un «abogado colaborador» en la sede judicial en la que se encontraba físicamente el testigo mencionado prestando declaración.

El motivo formalmente planteado como cuarto denuncia, con base en el artículo 850.1 LECrim, quebrantamiento de forma por denegación de prueba, aduciendo con inadecuada técnica casacional a tenor del cauce casacional elegido que la declaración testifical en el plenario de Bruno. no lo fue en los términos y forma acordados en el auto de admisión de prueba y «haberse sustituido su práctica por una inesperada y sorpresiva videoconferencia», habiéndose impedido «con la práctica inesperada de la testifical mediante videoconferencia el legítimo derecho de haber practicado careo entre acusado y testigo».

En conexión con dichos argumentos, se alega en el motivo primero vulneración del derecho a la presunción de inocencia por inexistencia de actividad probatoria válida en que fundamentar un fallo condenatorio al no poder formar parte del acervo a disposición de la Audiencia la testifical practicada por medio de videoconferencia.

Finalmente, los motivos que figuran con los ordinales primero y séptimo, si bien éste último por el cauce casacional del artículo 851.5 y 6 LECrim, coinciden en alegar infracción del derecho al juez predeterminado por la Ley por haber sido designado como presidente del Tribunal «a quo» un magistrado que no se encontraba entre los que figuraban en el auto por el que se acuerda la admisión de prueba y habiéndose cambiado el ponente, extremo que no fue comunicado a la defensa pese a ser objeto «de eventual causa de abstención o recusación», solicitando por ello la nulidad del juicio.

Con relación a la primera de las cuestiones planteadas, se ha de partir de la base de que la LO 13/03 (RCL 2003, 2547), de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añade un nuevo artículo 731 bis a la misma, que autoriza «por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, se podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», que precisamente se incorpora por la Disposición Adicional única de la LO 13/03 que regula las condiciones de dichas declaraciones, «asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa», debiendo acreditar además el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida «desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo».

En el fundamento de derecho primero de la sentencia explica la Audiencia que la **declaración testifical de Bruno**, se realizó mediante videoconferencia por haber éste acudido erróneamente a la sede del Tribunal en Palma de Mallorca a pesar de que había sido citado para comparecer en Ibiza, habiéndose practicado dicha prueba con cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales exigidos para su validez. Habida cuenta que dicho testigo, residente en la Península, hubo de desplazarse a Palma de Mallorca para declarar en el plenario, la primera reflexión que procede realizar es que el procedimiento seguido para la práctica de la prueba estaba justificada por el hecho de que la suspensión del juicio para su celebración posterior con la presencia personal de aquél en la sala de vistas hubiera supuesto una demora en la tramitación de la causa perjudicial para el acusado y su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En lo referente a la indebida identificación del testigo, analizada el acta del juicio se constata que por parte de la defensa no se formuló ninguna protesta específica a este respecto ni en lo que se refiere a las deficiencias técnicas que aduce ya que la efectuada tiene un carácter meramente genérico carente de desarrollo argumental, no apreciándose tampoco que solicitase la práctica de la prueba de careo cuya imposibilidad de realización alega «per saltum» y que en modo alguno resulta incompatible con la utilización de videoconferencia. Por otra parte, consta en autos comparecencia tomada al testigo mencionado en la sede de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el mismo día en que se celebró el juicio oral, esto es, el 4 de abril de 2006, y por tanto de su declaración por videoconferencia, la cual aparece firmada por la Secretaria de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma actuando en sustitución ordinaria, como se afirma en la diligencia de ordenación de fecha 21 de julio de 2006, no estando prevista en nuestra legislación procesal penal la figura del «abogado colaborador» que menciona la parte ni, por tanto, a los efectos que pretende.

El hecho de que no se hubiese puesto en conocimiento del recurrente que el acusado fuese a declarar en el juicio oral por medio de videoconferencia constituye una mera irregularidad procesal sin la relevancia constitucional que se le pretende atribuir (STS 1315/2006 , inter alia) ya que, en todo caso, la parte impugnante conocía que dicha prueba había sido propuesta y aceptada pudiendo por tanto desplegar al respecto toda su estrategia defensiva, sin que su práctica por el citado medio telemático suponga vulneración alguna del derecho a la defensa, tal y como ha resuelto en supuestos similares la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 275/2005 [RJ 2005, 2724] y 957/2006 [RJ 2006, 7103]) ya que aquélla pudo ver al testigo, oírle e interrogarle, habiendo existido inmediatez, oralidad y contradicción, no bastando la mera alegación de indefensión sino que es preciso que ésta haya incidido efectivamente en la posición procesal de la defensa, bien porque sus preguntas no hayan obtenido respuesta o porque la misma no haya sido percibida en todas sus dimensiones, lo que no es el caso.

Una vez verificada la adecuación a Derecho en la práctica de dicha prueba testifical, procede analizar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que se alega, apreciándose que la Audiencia Provincial se ocupa en el fundamento de derecho primero y particularmente en el segundo de la prueba de cargo que ha servido de base para su decisión, fundamentalmente la declaración de dos agentes de la Guardia Civil, quienes declararon en el plenario que observaron como el acusado entablaba conversación con diferentes grupos de personas en el interior de una discoteca, dirigiéndose en una ocasión con una persona, que resultó ser el testigo que declaró en el juicio oral mediante videoconferencia, hacia una zona más reservada junto a los cuartos de baño del local, donde entró el recurrente para salir inmediatamente entregando dos pastillas al citado testigo, el cual le dio a cambio un billete de 20 euros, procediéndose a la detención del acusado e interviniéndosele ocho pastillas exactamente iguales a las que acababa de vender, dos billetes de 50 euros, uno de 20 euros, cuatro de 10 euros y dos de 5 euros. El testigo que adquirió las pastillas declaró en el plenario que había conocido al acusado esa noche, que le había ofrecido pastillas y que le compró. A ello se ha

de añadir el resultado del análisis pericial-toxicológico acreditativo de la composición y peso de la droga intervenida, concretamente MDMA.

El resultado de dichos medios de prueba es suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria y no es posible apreciar arbitrariedad o irracionalidad en el proceso deductivo utilizado a tal fin por el Tribunal de instancia, el cual motiva coherentemente las razones por las que no otorga credibilidad a las declaraciones de los testigos presentados a instancia de la defensa, la acreditación de la concurrencia del elemento subjetivo del injusto característico del tipo penal por el que se condena al acusado y la suficiencia de la prueba pericial para considerar probada la psicoactividad de la sustancia intervenida, cuestiones que serán objeto de análisis en profundidad en el razonamiento jurídico tercero de esta resolución.

Una vez dicho lo anterior, y enlazando con la queja relativa a la validez de la prueba testifical practicada mediante videoconferencia, procede poner de manifiesto que incluso aceptando a modo de hipótesis la nulidad de la misma, no existiría conexión de antijuridicidad con las demás pruebas de las que dispuso el Tribunal de instancia para formar su convicción, las cuales resultarían por sí solas suficientes para acreditar los hechos que la Audiencia considera probados y, por ende, para dictar una sentencia condenatoria.

Respecto a la petición de nulidad efectuada por la defensa por no haber podido disponer de una copia del soporte digital en que se grabó el juicio oral en condiciones técnicas adecuadas de visualización y sonido, contrasta dicha alegación con el hecho de que a lo largo del recurso se exponga detalladamente el contenido de las manifestaciones efectuadas por los testigos, en las que incluso menciona el minuto y segundo de las intervenciones que menciona, echándose en falta una base argumental específica que sostenga a tenor de lo expuesto una eventual vulneración del derecho a la defensa derivada de las características de la copia de la grabación del juicio que le fue aportada a la representación procesal del recurrente, quedando extramuros del ámbito de la casación el visionado del mismo por parte de esta Sala que aquél interesa.

En cuanto a la vulneración del derecho al Juez predeterminado por la Ley que se aduce, es cierto que el artículo 203.2 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) dispone «la notificación a las partes procesales de la designación del nombre del Magistrado-Ponente o del que con arreglo al turno establecido le sustituya», pero también lo es que la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente que no toda vulneración o infracción de las normas procesales produce indefensión constitucionalmente reprochable pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus intereses, ocasionándole una menoscabo real y efectivo de este derecho. Partiendo de este criterio la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 1003/2005 [RJ 2005, 6737] y 1561/2002 [RJ 2002, 8590] , entre otras) ha abordado en numerosos precedentes la cuestión suscitada sobre el cambio de Ponente o sustitución de los miembros integrantes del Tribunal, efectuado sin notificación a las partes y así, entre otras la STS 288/2000 (RJ 2000, 873) , invocando la 364/1998 (RJ 1998, 2355) subraya que «el contenido esencial del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que prevé el artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836) , viene integrado por tres pilares básicos: la prohibición de constituir órganos jurisdiccionales a no ser por una Ley en sentido estricto, pero no necesariamente mediante Ley orgánica (SSTC 95/88 [RTC 1988, 95] y 101/84 [RTC 1984, 101]), la prohibición de Tribunales especiales y la posibilidad de determinar con absoluta certeza el órgano llamado a resolver sobre un hecho delictivo desde el momento de su comisión». Estos criterios de generalidad y anterioridad constituyen la garantía de la inexistencia de Jueces «ad hoc» (SSTC 199/87 [RTC 1987, 199] y 47/83 [RTC 1983, 47]), y prohíben la aplicación retroactiva de normas modificadoras de la competencia.

Según se declara en la sentencia de esta Sala de 251/1997 (RJ 1997, 2214), el derecho a ser juzgado por un Tribunal predeterminado por la Ley no se ve afectado por el cambio del ponente, en la medida en que dicho derecho no implica derecho a un ponente predeterminado, ya que el ponente de una sentencia solo expone el punto de vista común de todos los componentes del Tribunal.

Por su parte, la STS de 1026/1999 (RJ 1999, 8360) señala que la modificación de la Sala por sustitución de uno de los Magistrados sin hacerlo saber a las partes, ha de ponerse siempre en relación con el derecho de éstas a recusar a los Magistrados, de suerte que para que esta omisión alcance relevancia de infracción constitucional se requiere, además de una irregularidad puramente formal, la constatación de una incidencia material concreta, consistente en el derecho a un proceso público con todas las garantías, lo que debe apreciarse, según la STC 282/2003 (RTC 2003, 282) y del Tribunal Supremo 1631/1994 (RJ 1994, 7192) «cuando a la ausencia de comunicación respecto a la composición del Tribunal, se acompaña una manifestación expresa de la parte interesada de la concurrencia de una causa de recusación concreta».

Criterio reiterado en la STS 484/2001 (RJ 2001, 3319), que con referencia a la STC 230/92 (RTC 1992, 230), sostiene que la mera omisión de notificar a las partes los cambios en la composición de los Tribunales y el consiguiente desconocimiento por las partes acerca de la composición exacta del órgano judicial no entraña vulneración constitucional, salvo cuando se demuestre que la privación del derecho a recusar impide acreditar que alguno de los Magistrados que juzgó la causa incurría en una concreta causa legal de recusación que no resulte «prima facie» descartable y que no pudo ser puesta de manifiesto por omisión imputable al órgano judicial (SSTC 282/95 [RTC 1995, 282] y 64/97 [RTC 1997, 64]).

Partiendo de dichas premisas, carece de viabilidad la queja del recurrente cuando –como acontece en el supuesto presente– la parte no hizo en el acto del juicio oral alegación ni protesta alguna ante un cambio del Tribunal que se evidenciaba en el hecho de que el inicialmente designado lo componían dos mujeres y un hombre y el constituido era de una mujer y dos hombres, al igual que no hace referencia a la posible concurrencia de alguna causa concreta de recusación de la Magistrado que finalmente formó parte de la Sala de instancia ni especifica en que forma la irregularidad denunciada haya afectado al derecho del acusado, hoy recurrente, a un Tribunal imparcial que, en definitiva, es la garantía constitucional cuya vulneración se denuncia. Por lo demás la composición de la Sala no afecta al derecho del justiciable al Juez predeterminado por la Ley por cuanto en el presente caso no se cuestiona la competencia del Tribunal de instancia para conocer de esta causa.

Por dichas razones, estos motivos han de ser desestimados.

SEGUNDO

El motivo formalmente planteado como tercero utiliza la vía del artículo 849.2 LECrim (LEG 1882, 16) para denunciar error en la apreciación de la prueba, que basa, por una parte, en las declaraciones testimoniales de Esperanza. y Bárbara en cuanto que acreditarían que las pastillas de MDMA que portaba el acusado estaban destinadas al consumo compartido con un grupo de amigos. Por otra parte, designa el resultado de la analítica de orina realizada al acusado que obra al folio 27 de las actuaciones conforme al cual el Tribunal de instancia debería haber aplicado la eximente incompleta del artículo 21.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Finalmente, considera que yerra la Audiencia al valorar el informe pericial-toxicológico de las sustancias estupefacientes intervenidas al acusado alegando la ausencia de antijuridicidad material de la conducta de aquél al no constar la riqueza en principio activo de la droga.

El motivo debe ser desestimado porque su desarrollo no se ajusta a las exigencias de su enunciado. En primer lugar, procede recordar que las declaraciones de los imputados, acusados o testigos carecen de

la condición de documentos a efectos casacionales ya que no garantizan ni la certeza ni la veracidad de lo manifestado por aquellos y lo propio ocurre con el acta del juicio oral, tratándose de pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe de Secretario Judicial y sometidas como el resto de pruebas a la libre valoración del Tribunal de instancia (SSTS 891/2006 [RJ 2006, 6459] o 936/2006 [RJ 2006, 7705]). En segundo lugar, el resultado de la analítica de orina para determinar el consumo de sustancias estupefacientes únicamente acredita que el 19 de julio de 2004 el acusado pudiera ser consumidor de anfetaminas y cannabinoles pero no se desprende la existencia de alteración alguna en la capacidad psicofísica, único dato con relevancia para figurar eventualmente en el «factum» pero cuya inclusión por sí solo no aportaría el sustrato fáctico necesario para posibilitar la calificación jurídica que pretende el recurrente, el cual, por otra parte, no ha planteado un motivo complementario por infracción ordinaria de Ley en tal sentido. Por último, no existe error de la Audiencia al valorar el informe pericial-toxicológico porque el relato de hechos probados refleja fielmente el contenido de aquél al limitarse a exponer que la sustancia analizada es MDMA con un peso analítico de 2,278 grs. En realidad, lo que plantea el recurrente a través de los argumentos que desarrolla a lo largo del motivo es una revisión de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, pretensión ajena al cauce casacional elegido y que provoca por sí la desestimación del motivo.

TERCERO

El motivo planteado con el ordinal segundo denuncia infracción ordinaria de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrím (LEG 1882, 16) alegando, como adelantábamos en el razonamiento jurídico precedente, que aplica indebidamente la Audiencia el artículo 368 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y, con relación al mismo, los artículos 24 CE (RCL 1978, 2836) y 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) al no haber resultado acreditado que concurriese en el acusado el elemento subjetivo del injusto característico del tipo penal por el que se le condena, esto es, el ánimo de traficar con las droga que se intervino, procediendo a valorar el resultado de la testifical practicada a su instancia para sostener que aquéllas estaban destinadas al consumo compartido. Asimismo se alega la irrelevancia penal de la conducta del acusado por no constar la riqueza en principio activo de la droga que se intervino.

La denuncia relativa a la falta de concurrencia del elemento subjetivo del injusto del delito de tráfico de drogas no solamente es irrespetuosa con el tenor literal del «factum», en el que se afirma que las ocho pastillas de MDMA que se intervinieron al acusado las portaba «con la intención de destinarlas a su venta a terceras personas», sino que parte de un enfoque parcial de los hechos probados ya que ignora que también ha sido acreditado que vendió dos pastillas de MDMA, conducta que por sí sola sería incardinable en el tipo penal por el que se condena el acusado. En cualquier caso, la conclusión de la Audiencia relativa a la preordenación al tráfico de las ocho pastillas que portaba en el momento de su detención viene justificada por la consideración interrelacionada de las circunstancias concurrentes en el presente caso, las cuales descartan la posibilidad del destino de aquéllas a un consumo compartido a tenor del resultado de la prueba practicada y concretamente en este aspecto la falta de credibilidad que otorga el Tribunal de instancia a las declaraciones de los testigos presentados a instancia de la defensa, sin que el proceso deductivo llevado a cabo pueda ser considerado como arbitrario, irrazonable o inmotivado.

Finalmente, se ha de analizar si la sustancia intervenida reúne los requisitos del tipo penal aplicado en la medida que objetivamente se trata de una transacción y una tenencia preordenada al tráfico de estupefacientes que genera riesgo para la salud colectiva.

Afirma el «factum» que el acusado vendió a un tercero un comprimido de MDMA con un peso analítico de 587 mg. y se le intervinieron ocho comprimidos de la misma sustancia con un peso

analítico de 2,278 grs., en consonancia con el contenido del informe pericial elaborado por el Area de Sanidad de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares.

El Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24 de enero de 2003 (PROV 2003, 38052), ratificado por el de 3 de febrero de 2005 (PROV 2005, 73174), acordó establecer las dosis mínimas psicoactivas a partir de las cuales está científicamente comprobada la afectación psíquica y física de las facultades de una persona, que, en lo concerniente a la droga de diseño conocida como «éxtasis», cuyo componente es el metilnodioximetanfetamina (MDMA), es de 0,02 gramos, es decir, 20 miligramos de sustancia pura.

Ciertamente, el informe analítico oficial no determina el porcentaje del principio activo que contenían los 2,865 gramos de pastillas de éxtasis (MDMA) de cuya tenencia y tráfico es autor el recurrente, pero debemos significar que si la determinación objetiva del dato en cuestión resulta necesaria cuando la droga objeto del delito es de una mínima o exigua cantidad no lo es en aquellos casos en los que dicha cantidad es considerable, como aquí sucede, pues tratándose de 2865 miligramos de MDMA resulta sencillamente inasumible que no contuvieran al menos 20 miligramos de riqueza básica, por puro ejercicio del raciocinio y de los conocimientos empíricos sobre el tráfico de esta clase de sustancias anfetamínicas ya que ello significaría que los comprimidos intervenidos al acusado tendrían que estar prácticamente limpios del principio activo, lo que haría, de hecho, indetectable su naturaleza anfetamínica, siendo así, por el contrario, que el análisis oficial los califica de 7 comprimidos y dos trozos de sustancia MDMA, por lo que es claro que por pequeño que fuera el componente de principio activo, bastando en este caso que fuese un 0,71 por ciento, el total de éste, necesariamente habría superado el referido límite mínimo que califica el producto como droga que causa grave daño a la salud (véanse, entre otras, SSTS 281/2005 [RJ 2005, 3068] y 854/2005 [RJ 2005, 9443]).

En este orden de ideas, la experiencia permite considerar que resultan verdaderamente insólitos aquellos casos en los que se haya comprobado analíticamente que el porcentaje de riqueza en principio activo de MDMA de las pastillas con las que se trafica en el mercado ilícito sea inferior a dicho porcentaje determinado por el Instituto Nacional de Toxicología.

Por otra parte, en el presente caso, según el relato de hechos probados, de las 10 pastillas de MDMA, todas ellas de similares características, que estaban en posesión del acusado, 8 de ellas, aceptando a modo de hipótesis la argumentación del recurrente, estarían destinadas al consumo del acusado y sus amigos, resultando poco ajustado a la lógica que no sobrepasasen el umbral mínimo de capacidad psicoactiva establecido por el citado organismo.

A mayor abundamiento, el recurrente no planteó esta cuestión en la instancia, con lo que supone de implícita aceptación de que la droga intervenida tenía virtualidad para incidir negativamente en la salud de las personas (dosis mínimas psicoactivas). El Tribunal, por su parte, en las argumentaciones efectuadas consideró fundadamente, de forma indirecta, la aptitud de la droga para dañar la salud de terceros, conclusión inferencial plenamente ajustada a las Leyes de la lógica y la experiencia.

Por dichas razones, los motivos han de ser desestimados.

CUARTO

Por razones de orden lógico alteraremos el orden de resolución de los motivos planteados para analizar finalmente los que formaliza el recurrente en los ordinales quinto y sexto. Denuncia en el primero de ellos quebrantamiento de forma ex artículo 851.1.1º LECrím (LEG 1882, 16), insistiendo con incorrecta técnica casacional en esgrimir argumentos pertenecientes al ámbito de la presunción de inocencia y la infracción ordinaria de Ley, los cuales ya han sido resueltos anteriormente,

remitiéndonos al contenido de los razonamientos jurídicos primero y tercero de esta resolución a efectos de fundamentación para evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo que figura con el ordinal sexto, formalizado al amparo del artículo 851.1.3º LECrim., lo es por predeterminación del fallo, estimando que incurre el Tribunal de instancia en dicho vicio «in iudicando» al afirmar en el relato de hechos probados que las ocho pastillas de MDMA que se aprehendieron al acusado estaban destinadas a la venta. Dicha expresión ni se encuentra incluida en el tipo penal aplicado ni es un término técnico-jurídico, siendo su contenido meramente descriptivo y propio de la inferencia a la que llega la Sala sentenciadora de instancia, siendo jurisprudencia reiterada de esta Sala que las expresiones que sintetizan la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo delictivo pueden utilizarse legítimamente dentro del capítulo fáctico para dar mayor expresividad al relato, siempre que luego se explique cómo ha quedado acreditado tal elemento (SSTS 409/2005 [RJ 2005, 6666] y 791/2005 [RJ 2005, 5557], entre otras muchas), como ocurre en el presente caso. Las demás alegaciones contenidas en este motivo reiteran asimismo los argumentos esgrimidos en sede de presunción de inocencia e infracción ordinaria de Ley, procediendo reiterar al respecto las consideraciones efectuadas en el párrafo precedente excepto en lo atinente a la denuncia relativa a la imposición de una pena privativa de libertad superior en 6 meses a la establecida en el límite inferior del tipo penal aplicado, la cual resulta ajustada a Derecho a tenor de la cantidad de droga transmitida, la que se le ocupó, la conducta del acusado y el lugar en el que se produjeron los hechos.

Por tanto, estos motivos también han de ser desestimados.

QUINTO

«Ex» artículo 901.2 LECrím (LEG 1882, 16), las costas del recurso deben ser impuestas a la parte recurrente.

FALLO

Que debemos declarar no haber lugar al recurso de casación dirigido por Narciso frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, en fecha 26 de abril de 2006 (ARP 2006, 334), en causa seguida al mismo por delito contra la salud pública, con imposición de las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.– Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.



Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª).Auto núm. 2171/2006 de 26 octubre

JUR\2006\276696

DELITO DE VIOLACIÓN (art. 179 CP)DELITO DE COACCIONES (art. 172 CP)FALTA DE LESIONES (art. 617.1 CP)Declaración de las testigos (extranjeras residentes en Gran Bretaña) a través de videoconferencia (art. 731 bis LECrim.)DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 10599/2006

Ponente: Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano

AUTO

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Octubre de dos mil seis.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 2ª), en autos nº Rollo de Sala 64/2002, dimanante de la causa Sumario 1/2002 del Juzgado de Instrucción 5 de Denia, se dictó Sentencia de fecha 23 de febrero de 2006, en la que se condenó a Ángel Daniel , como autor criminalmente responsable de un delito de violación (art. 179 CP) a las penas de ocho años de prisión y accesoria legal, como autor de un delito de coacciones (art. 172 CP) a las penas de un año de prisión y accesoria legal, y como autor de una falta de lesiones (art. 617.1º CP) a la pena de un mes de multa con cuota diaria de 6 euros.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de casación por Ángel Daniel , mediante la presentación del correspondiente escrito por la Procuradora de los Tribunales Dña. Natalia Martín de Vidales, en base a los siguientes motivos: el primero, al amparo del art. 849.1º LECrim., por vulneración del principio de inmediación; y el segundo, formulado al amparo del art. 5.4 LECrim., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

TERCERO.- En el trámite correspondiente a la sustanciación del recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

CUARTO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas por Sala de Gobierno, de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Magistrado Excmo. Sr. Don José Ramón Soriano Soriano

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS PRIMERO. La representación procesal del recurrente fundamenta el primer motivo de su recurso, formulado al amparo del art. 5.4 LOPJ, en la vulneración del principio de

inmediación, al haberse efectuado la declaración de los testigos a través del sistema de videoconferencia, "sin contar con su presencia física en el acto del juicio oral".

a) La posibilidad del empleo de la técnica audiovisual de la videoconferencia permite una comunicación en ambos sentidos, de tal manera que es posible afirmar la necesaria intermediación, así como la oralidad y contradicción, a pesar de encontrarse el testigo en otro lugar, luego a pesar de no haber un contacto visual directo.

Esta hipótesis está hoy prevista en el art. 731 bis (L.O. 13/2003, de 24-10), que prevé que el Tribunal, "por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido".

b) En el presente caso, los testigos que declararon por videoconferencia se encontraban en su país de residencia, Gran Bretaña, por lo que la excepcionalidad de la medida aparecía plenamente justificada.

A mayor abundamiento, el Auto de la Audiencia de 26 de enero por el que se acordó que las declaraciones de los dos testigos tuvieran lugar a través de dicho sistema, en base a lo dispuesto tanto en el citado art. 731 bis LECrim., como del art. 229 LOPJ, no fue impugnado por la defensa del recurrente cuando le fue notificado, que aguardó al momento de las calificaciones definitivas para efectuar la correspondiente queja.

Por tanto, el motivo incurre en la causa de inadmisión del art. 885.1º LECrim.

SEGUNDO. El segundo motivo de casación alegado, formulado al amparo del art. 5.4 LOPJ, lo basa el recurrente en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sosteniendo que no hay "un mínimo de actividad probatoria capaz de enervar la presunción de inocencia".

A la pretensión del recurrente, una vez admitido el testimonio de las mencionadas en el razonamiento jurídico anterior a través del sistema de videoconferencia, debemos oponer que el Tribunal de instancia ha podido valorar, como consta en el fundamento de derecho tercero de su Sentencia, el testimonio de Lidia y María Cristina, víctimas de los hechos, quienes han declarado en el sentido que luego se recoge por dicho Tribunal en los hechos probados, testimonio que cuenta además con elementos corroboradores, tales como los partes de lesiones propias de quien ha sufrido violencia y compatibles con las agresiones referidas por las mismas, así como el testimonio del Guardia Civil que las atendió, luego de encontrarlas pidiendo auxilio, que permiten afirmar que el juicio sobre la prueba llevado a cabo por el órgano a quo cuenta con el siempre necesario soporte racional.

Por tanto, el testimonio de las víctimas, valorado con la necesaria cautela por el Tribunal de instancia, y contando con varios elementos corroboradores, pone palmariamente de manifiesto la concurrencia de prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, razonadamente valorada en la Sentencia impugnada, y contando la misma con un indudable soporte racional.

El motivo, pues, incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 884.1º LECrim.

En su consecuencia procede adoptar la siguiente parte dispositiva:

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN del recurso de casación formalizado por el recurrente, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.