

Silvia Rosales Pedrero

Juez Sustituta. Socia de la FICP.

~La prueba de indicios en el delito de tráfico de drogas~

Resumen.- El presente trabajo tiene por objeto efectuar un estudio de la importancia de la prueba de indicios en la sanción de conductas incardinables en el tipo penal contemplado en el artículo 368 del Código Penal por cuanto, como es sabido, no es fácil encontrar una prueba incriminatoria directa para sostener una condena.

Palabras Clave.- Tráfico de drogas; indicios; prueba; tenencia preordenada

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación del principio acusatorio en nuestro proceso penal lleva consigo el derecho que tiene todo acusado de ser absuelto si no se ha acreditado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, así como de la intervención en los mismos del inculpaado.

Este derecho a la presunción de inocencia viene consagrado en nuestra Carta Magna en su artículo 24.2 así como en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 11.1), el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 (art. 6.2), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14.2). De la misma manera, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre la necesidad de destruir esta presunción de inocencia con probanza de cargo suficiente (SSTC 229/1988, 138/1992, 303/1993, 182/1994, 86/1995, 34/1996 y 157/1996), siguiendo la misma línea el Tribunal Supremo (SSTS 30 de septiembre de 1994, 10 de marzo de 1995, 798/1997, 17 de noviembre de 2000, 18 de noviembre de 2000 y 25 de enero de 2001, entre otras).

Ahora bien, una vez sentada la necesidad de una mínima actividad probatoria de cargo es preciso puntualizar que esa probanza no se exige que esté constituida por prueba directa y clara, sino que en determinadas ocasiones es posible acudir a la denominada prueba indiciaria que es objeto del presente estudio. Así, si la destrucción de la presunción de inocencia se obtuviera tan solo por la valoración de medios de prueba directos quedarían impunes muchas conductas que no han podido ser objeto en el plenario de una probanza de cargo directa.

En tal sentido la reciente STS Tribunal Supremo Sala 2ª, S 4-2-2015, [nº 39/2015, rec.

1889/2014 Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto]¹, expone:

“El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito. Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciaria, para que una conclusión incriminatoria con este fundamento resulte atendible, según jurisprudencia asimismo muy conocida, es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente”.

En el delito de tráfico de drogas es difícil encontrar una prueba incriminatoria directa para sostener una condena. No obstante, para probar la posesión preordenada para el tráfico se permite la prueba indiciaria, lo que en ocasiones es difícil de evidenciar, al desconocerse cuándo está destinada al autoconsumo y cuándo al tráfico, siendo imprescindible valorar todos los indicios posibles.

II. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo 24 de la Constitución consagra el derecho a la presunción de inocencia, derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que no sólo abarca la autoría de un hecho presuntamente delictivo (SsTC 201/89 y 138/92, entre otras) sino también a los elementos del delito (STC 93/94).

Ahora bien, el proceso penal sirve, sin duda, a una idea esencial indisolublemente unida al Estado de Derecho: juzgar a una persona para obtener el convencimiento, conforme a ciertas reglas, absoluta e incondicionadamente inderogables, que garanticen hasta donde humanamente es posible, el acierto de la decisión final, respecto a si realizó o no un hecho considerado como infracción criminal, cómo lo realizó y en qué circunstancias objetivas y subjetivas. Por lo tanto, puede decirse que el proceso penal tiende a la anulación del principio de presunción de inocencia y ello es así porque la presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* que queda destruida por aportación de prueba en contrario.

Así, el TC en su Sentencia emblemática 31/81 declara la necesidad de que exista una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma puede entenderse de cargo y de la que pueda deducirse, por tanto, la culpabilidad del procesado, para llegar a desvirtuarse la presunción de inocencia.

Se hace necesario, no obstante, precisar unas notas:

¹ EDJ 2015/8577 STS Sala 2ª de 4 febrero 2015

- La presunción de inocencia afecta a los hechos, no a su valoración.
- No hay obstáculo en considerar la presunción judicial como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. La STC 174/85 dice de manera contundente que la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se puede formar sobre la base de prueba indiciaria. Y así lo señala también el TEDH (Salabiaku & Francia 1988, entre otras).
- No puede alegarse la presunción de inocencia “sensu contrario” por la acusación, entendiendo que si la ausencia de prueba conduce a la condena, la existencia de la misma debe conducir a la condena.
- Es absolutamente necesario distinguir la presunción de inocencia del principio “in dubio pro reo”. La presunción de inocencia queda reservada a la ausencia de prueba o a la aportada sin garantías procesales.

La LECR no contiene una enumeración de los medios de prueba de los que las partes pueden valerse a lo largo del procedimiento (a diferencia de la antigua LEC en su artículo 578 y el 299 de la LEC actual, a los que habría que añadir la prueba de presunciones regulada en el CC en sus artículos 1249 y siguientes, que la nueva LEC trata en los artículos 385 y 386 LEC), aunque sea difícil no reconducir alguno imaginable a las categorías ya reguladas, sino que se limita a regularlos (inspección ocular, el cuerpo del delito, declaraciones de procesados, declaraciones de testigos, careo, informe pericial, y documental).

En esta regulación no aparece la llamada prueba de indicios y ello es perfectamente explicable porque en realidad no es un medio probatorio en sí mismo, sino un proceso lógico deductivo originado en medios probatorios en sentido estricto. Dicho de otra manera es una técnica de fijación de unos hechos mediante un mecanismo intelectual o lógico, que entra en juego con posterioridad a la práctica de los medios de prueba.

En base a esta consideración podemos establecer una distinción esencial entre prueba directa e indirecta:

a) Prueba directa es aquella que recae de manera inmediata sobre hechos relevantes para la condena del acusado.

b) Prueba indirecta, circunstancial o indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse estos, así como la participación del acusado, por medio de un razonamiento

basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar (STC 174/85, de 17 de diciembre).

Dice la STC 174/85 que

“es un hecho que en los juicios criminales, no siempre es posible la prueba directa, por muchos esfuerzos que se hagan por obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos, lo que provocaría una grave indefensión social”.

Por otro lado, en esta aplicación de las reglas de la lógica y máximas de experiencia y el proceso deductivo para llegar a la convicción de la autoría, uno de los hechos delictivos en los que con mayor asiduidad se aprecia esta prueba indiciaria es en los delitos contra la salud pública relativos al tráfico de drogas².

III. ASPECTOS TEÓRICOS: NATURALEZA, CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA PRUEBA DE INDICIOS

Debemos comenzar realizando tres reflexiones: una puramente formal y otras de índole sustancial:

1) En la praxis jurídica española la prueba de indicios recibe los siguientes nombres: prueba indiciaria, prueba indirecta, prueba circunstancial, prueba por inferencias, prueba por presunciones.

2) No está ni contemplada legalmente.

3) El derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de prueba indiciaria. Lo que daría plena razón a los positivistas cuando señalan que derecho es lo que aplican los jueces.

1. Origen en el Derecho penal

Dentro de la importación de conceptos e instituciones propios del proceso civil al proceso penal se halla la prueba indiciaria. La Sala de lo Penal del TS ha acudido a la regulación legal de las presunciones para configurar la prueba indiciaria en el proceso penal. Así las SsTS de 11-3-96 y 14-9-94 afirman que

“la prueba indiciaria se caracteriza por su mayor subjetivismo en tanto que el juez ha de realizar un

² MAGRO SERVET, V. La prueba de indicios a resultas de la prueba del juicio oral. Esta doctrina forma parte del libro "Guía de problemas y soluciones en el juicio oral", edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, 2006. LA LEY 6014/2007.

engarce lógico y racional entre los hechos base, dos o más, y el hecho consecuencia, por las vías y por los modos, nunca arbitrarios, que el artículo 1253 del CC enseña, huyendo así de meras sospechas o conjeturas”.

En efecto el CC, como ya se dijo anteriormente, regulaba en sus artículos 1249 a 1253 las presunciones, y para obtener una clara idea del precedente que supone en la prueba indiciaria transcribimos algunos de ellos:

1249.- las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado.

1253.- para que las presunciones no establecidas por ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Pues bien, este “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” entre el hecho indicio probado y el hecho presunto a probar es lo que suele denominarse “máxima de experiencia”.

2. Concepto

No resulta difícil con todo lo visto, ofrecer un concepto de la prueba de indicios como el mecanismo lógico mediante el cual se obtiene la convicción de los hechos delictivos objeto del proceso, partiendo de otros hechos distintos, relacionados con aquellos y que se encuentran probados. O como señala la STC 174/85 la prueba indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos que no son los constitutivos del delito, pero de los que se pueden inferir estos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar.

Analizada la génesis y la admisión y validez jurisprudencial para enervar la presunción de inocencia resulta obligado concretar aquellos requisitos mínimos imprescindibles para que los miembros de los órganos jurisdiccionales puedan valerse de esta modalidad probatoria para fundamentar una condena. Obviamente, siendo creación jurisprudencial, no otra fuente ha determinado éstos.

Dice el artículo 741 de la LECR que “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia”.

Ahora bien, la tan mencionada STC 174/85 señala

“no basta que se haya practicado prueba, e incluso que se haya practicado con gran amplitud; el resultado

de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse de cargo, es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado”.

Tiene singular importancia respecto del ánimo (elemento subjetivo del tipo), ya que cuando el acusado niega los hechos este elemento subjetivo sólo cabe demostrarlo por indicios.

3. Requisitos

En el análisis de los concretos requisitos para aceptar la eficacia de la prueba indiciaria conviene distinguir entre sus elementos o fases:

a) Exigencias respecto del hecho base:

- Pluralidad o multiplicidad.- Deben ser más de un hecho base, de lo contrario chocaría contra la seguridad jurídica. De un único hecho base resulta difícil realizar un proceso lógico deductivo. Es un requisito que puede quebrar por la contundencia o potencia acreditativa de un único indicio (cantidad de droga aprehendida al acusado).
- Concomitancia o proximidad con el hecho a probar.- El indicio debe ser periférico al hecho necesitado de prueba.
- Interrelación entre los hechos indiciarios.- El TS describe este requisito como “notas de un mismo sistema”. Entre todos los hechos base debe haber compatibilidad. Debe haber unidireccionalidad entre ellos.
- Los hechos base han de ser probados con prueba directa.- Cuestión que el TS deriva del artículo 1249 CC antes transcrito. Llevaría, lo contrario, a conculcar la máxima jurídica *praesumptio de praesumptione non admititur*. No se pueden construir certezas sobre posibilidades.

b) Exigencias relativas a la inferencia:

- La inferencia debe ser judicial y no técnica en tanto el proceso lógico del juez o tribunal no puede basarse en máximas ajenas (como la pericial); deben ser máximas de experiencia.
- Exclusión de juicios ambiguos: En efecto se deberán excluir los juicios de probabilidad eventualmente existentes que sean menos racionales. Como señala la STC 120/1999 se constatará vulneración de la presunción de inocencia cuando la

inferencia sea tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

c) Necesidad de explicitar el razonamiento (racionalidad): Exigencia cuyo fundamento deriva de forma directa del artículo 120.3 de la Constitución. Si no se produce no hay proceso lógico y vía recurso la vulnerabilidad de la conclusión sería obvia. Debe, la inferencia, responder plenamente a las reglas de la lógica de manera que de los hechos base fluya como conclusión natural el dato a acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La STS 1026/1996 explicita las siguientes condiciones:

1. Pluralidad de hechos base o indicios.
2. Los indicios deben ser acreditados por prueba directa.
3. Necesidad de que sean periféricos respecto del hecho a probar.
4. Interrelación.
5. Racionalidad de la inferencia.
6. Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia.

En tal sentido, el valor como prueba de cargo de la prueba de indicios ha sido admitido tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo³. El Tribunal Constitucional ha sostenido desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985 (EDJ 1985/148), 175/1985 (EDJ 1985/149), 24/1997 (EDJ 1997/1890), 157/1998 (EDJ 1998/10015), 189/1998 (EDJ 1998/30682), 68/1998 (EDJ 1998/1481), 220/1998 (EDJ 1998/24928), 44/2000 (EDJ 2000/1148) y 117/2000 (EDJ 2000/8897)) que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia.

En resoluciones más recientes (SSTC 111/2008 (EDJ 2008/172221), 109/2009 (EDJ 2009/82090), 126/2011 (EDJ 2011/143375), 128/2011 (EDJ 2011/181246), 175/2012 (EDJ 2012/241876) y 15/2014 (EDJ 2014/12106)) ha considerado como requisitos imprescindibles los siguientes: A) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; B) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de

³ STS Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-12-2014, nº 895/2014, rec. 10352/2014 Pte: Ferrer García, Ana María. EDJ 2014/288493 STS Sala 2ª de 23 diciembre 2014

estos hechos base completamente probados; C) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; D) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (EDJ 1989/9143), «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes» (SSTC 220/1998 (EDJ 1998/24928), 124/2001 (EDJ 2001/6255), 300/2005 (EDJ 2005/197279), y 111/2008 (EDJ 2008/172221)).

Sobre la naturaleza y estructuración de la prueba indiciaria tiene establecido el Tribunal Constitucional que el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (EDJ 1989/9143), en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes (SSTC 220/1998 (EDJ 1998/24928), 124/2001 (EDJ 2001/6255), 300/2005 (EDJ 2005/197279) y 111/2008 (EDJ 2008/172221)). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde un doble canon: el de su lógica o cohesión, y el de su suficiencia o calidad concluyente. Con arreglo al primero la inferencia será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él. Desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente no será razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa. Son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003 (EDJ 2003/163272), 196/2007 (EDJ 2007/151829), 111/2008 (EDJ 2008/172221), 108/2009 (EDJ 2009/82092), 109/2009 (EDJ 2009/82090), 70/2010 (EDJ 2010/240745) y 126/2011 (EDJ 2011/143375), entre otras).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el

control casacional. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (139/2009, de 24 de febrero; 322/2010, de 5 de abril; 208/2012, de 16 de marzo; y 690/2013, de 24 de julio, 481/2014, de 3 de junio, entre otras).

IV. INDICIOS MÁS FRECUENTES QUE DEFINEN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Los indicios a presentar, no suponen *numeros clausus* o reglas inamovibles y cerradas a la hora de apreciar la prueba indiciaria en relación con cada delito, sino que los indicios deben de extraerse del caso concreto y valorarse en su propio seno, teniendo en cuenta la protección del bien jurídico, ya que no es lo mismo la concurrencia y aplicación de la prueba indiciaria en el delito de blanqueo de dinero que en el delito de asesinato u homicidio. La prueba judicial está en los detalles; es decir, vestigios infinitesimales que permiten captar una realidad. Por eso y al igual que para la identificación y diagnóstico de las enfermedades existe una variada gama de síntomas que las reconocen, pues cuando estemos en presencia de determinados delitos, existe igualmente, un cierto tipo de indicios que acreditan su presencia⁴.

Entre las numerosas conductas que sanciona como delito contra la salud pública, el artículo 368 del Código penal, se encuentra la de poseer drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, si bien solo cuando esta tenencia persiga una finalidad concreta: la de promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal⁵.

Poseer es detentar un poder duradero real o de hecho sobre la cosa, en nuestro caso, la tenencia de la sustancia tóxica [STS 10-12-1996]. La posesión puede ser: 1) inmediata, en

⁴ LEAL MEDINA, J. La prueba indiciaria o circunstancial en el Derecho Penal. Una prueba esencial para la Jurisdicción criminal. Concepto, requisitos y una clasificación de los indicios más relevantes que manifiestan los diferentes tipos delictivos. Diario La Ley, Nº 7888, Sección Doctrina, 26 de Junio de 2012, Año XXXIII, Ref. D-256, Editorial LA LEY. LA LEY 7024/2012

⁵ MOLINA MANSILLA, MC. Análisis jurisprudencial de la posesión preordenada para el tráfico en el delito de narcotráfico. La Ley Penal, Nº 51, Sección Informe de Jurisprudencia, Julio 2008, Editorial LA LEY. LA LEY 23256/2008

tanto el poder de hecho lo detenta el propio sujeto, teniendo la disponibilidad sobre la sustancia [STS 26-05-2006]; o, 2) mediata, que es la que se tiene por mediación de la posesión de un tercero. Apreciamos esta modalidad en el delito de tráfico de drogas cuando quienes han acordado la compra no disponen, ni detentan materialmente, la sustancia en su poder [STS 25-02-2002]. Conviene subrayar que para admitir la figura de la posesión descrita en el artículo 368 CP no se requiere la previa tenencia material de la cosa, pues, de ser así, quedarían fuera del campo penal los grandes narcotraficantes, que manejan el destino de la droga a través de múltiples medios, pero que rara vez entran en contacto con la sustancia, ni la detentan físicamente [STS 30-09-1988]. No obstante, se precisa la disponibilidad de hecho de la sustancia tóxica por un sujeto que conoce su ilegalidad. Aunque no es necesario el contacto material y permanente con la misma —pudiendo ésta encontrarse en un lugar distinto de donde se halle el sujeto—, ni que ésta le pertenezca [STS 28-12-2004], sí es imprescindible que la droga esté sometida a la voluntad del sujeto para su conservación o disfrute. Es precisamente este dominio sobre la cosa lo que diferencia al poseedor real del «servidor de la posesión», que es quien detenta la sustancia, reconociendo la titularidad de la sustancia a otro [STS 10-12-1996], limitándose su labor de posesión a la custodia o almacenamiento de dichas sustancias. Al hablar de almacenamiento hay que entender que, en la realidad, el tráfico de estas sustancias se produce frecuentemente mediante el «menudeo» o venta en pequeñas dosis, de manera que un traficante mayor distribuye la sustancia entre traficantes menores, con un doble objetivo: a) asegurar la capilaridad en la distribución de la droga; b) evitar la detención de personas con grandes cantidades de droga en su poder, por otro. De esta forma, a pesar de existir un único poseedor real, pueden existir varios servidores reales de la posesión, pudiendo llegar a constituir éstos una estructura piramidal de servidores reales de la posesión.

La posesión de drogas contemplada de forma abstracta es pues atípica. Sin embargo, si pueden acreditarse indicios que muestren la intencionalidad de la posesión con ánimo de traficar, nos encontramos ante la figura de la posesión preordenada para el tráfico. En consecuencia el tipo penal no se agota con la realización de los actos de tráfico, sino que se completa con la mera posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, siempre que estén destinadas a su tráfico [STS 07-10-1999].

En particular, para el delito de tráfico de drogas, entre los indicios más relevantes, podemos encontrar los siguientes: a) el informe policial, donde se hace constar el seguimiento y vigilancia al que ha sido sometido el acusado, pudiendo comprobar la presencia de personas

relacionadas con el consumo de drogas en su domicilio; b) una cierta cantidad de dinero en billetes, moneda fraccionada⁶ o tarjetas de crédito que identifican el pago de la venta de droga en poder del traficante, así como la diversidad de objetos hallados en la casa de los acusados, pues permite deducir que se ofrecieron en contraprestación al suministro de los estupefacientes; c) lugar de ocultación de la droga, pues todo drogodependiente sabe perfectamente que el autoconsumo no es delito; d) la existencia de materiales e instrumentos adecuados para su elaboración y distribución como puede ser un cierto tipo de cortador para partir la droga, bolsitas o los diversos envoltorios que la recubren, como señal de su entrega inmediata, dinamómetros [SSTS 27-12-1.993, 25-10-1.994, y 11-10-1994], balanzas [SSTS 26-02-2004 y 28-04-2005], sustancias aptas para adulterar la materia prima; e) la pureza y cantidad de droga poseída; f) la actitud adoptada por el sujeto al producirse la ocupación de las sustancias prohibidas, como por ejemplo, esconder la sustancia, arrojar la droga [STS 8-07-2005], o realizar maniobras de evasión con su vehículo al constatar la presencia policial [STS 29-04-2005], y otros indicios que dependen del caso concreto a enjuiciar, como pudiera ser un almacén para el depósito de los materiales y sustancias donde se fabrican y custodian los elementos tóxicos a gran escala o la existencia de una balanza para conocer su peso; g) la capacidad adquisitiva del sujeto en relación con el valor de la droga [STS 23-01-2005], como es el caso de carecer de medios laborales [STS 20-02-1995]; y f) hasta expresiones utilizadas en conversaciones [SSTS 07-02-2006 y 02-03-2006].

En el delito de tráfico de drogas, bastaría un solo indicio pero siempre que fuera de especial envergadura, como sería la aprehensión de una gran cantidad de droga, o el grado de su pureza, para llegar por sí solo al convencimiento de la culpabilidad del acusado, aunque debemos de tener en cuenta que dicho dato no tiene por qué ser decisivo, pues como hemos dicho anteriormente, se debe huir de reglas fijas, ya que pueden conducir a incertidumbres, pues los criterios jurisprudenciales establecidos sobre la cantidad y pureza de la droga son meramente orientativos, al igual que la delicada línea que separa al consumidor del camello, debiéndose valorar las circunstancias particulares que concurran en cada caso^{7 8}.

⁶ La STS, Sala 2ª, 934/2009, de 23 de septiembre (LA LEY 191985/2009), recoge como prueba indiciaria, además de la tenencia material de la sustancia de riqueza similar a la incautada en el establecimiento, cocaína con una riqueza del 95%, o de una libreta con anotaciones y contabilidad rudimentaria sobre cantidades que están en el mercado del tráfico ilícito, la ocupación de moneda fraccionada en la cantidad de 650 euros.

⁷ La STS, Sala 2ª, 826/2010, de 22 de septiembre (LA LEY 171489/2010), en un delito de tráfico de drogas como el de hachís, recoge como indicios; a) localización de los acusados a escasa distancia del alijo pocos minutos después de su desembarco; b) la descarga de fardos; c) presentar ambos acusados las ropas mojadas de cintura para abajo, pues la entrega de la droga se produce en una zona próxima a la playa; d) desconocimiento

V. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO COMO ELEMENTO VALORATIVO EN LA PRUEBA DE INDICIOS.

Ante la exigencia de una pluralidad de hechos para deducir la comisión del hecho delictivo por aplicación de prueba indiciaria, de particular interés resulta plantear si cabe incluir en el elenco probatorio la propia declaración del acusado.

En efecto, como señala la sentencia del TS de fecha 9 de junio de 1999 (núm. 918/1999) y la más reciente de fecha 17 de noviembre de 2000⁹, no se trata, con la apreciación de este último indicio de valorar contra el acusado sus propias manifestaciones exculpatorias, ni de invertir la carga de la prueba, sino de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo, y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su incoherencia interna y por su incredibilidad, no solamente no desvirtúan sino que refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada.

Si existe una mínima actividad probatoria que no esté configurada como prueba directa el Tribunal podrá utilizar la propia declaración del acusado en el plenario para de la misma inferir la autoría si existe incoherencia con el resto del material probatorio practicado en el plenario. El Tribunal aplicará las máximas de la lógica y la experiencia para entender si la declaración del acusado es verosímil o si resulta coherente, pero deberá explicitar claramente en la sentencia los motivos que le llevan a entender que la declaración del acusado es tenida en cuenta como material que permite formar la denominada cadena de hechos que determinan la existencia de la prueba indiciaria.

del lugar en que se hallaban y de la dirección que debían de tomar; e) huida del lugar. Todos estos datos objetivos y probados directamente por las declaraciones prestadas en juicio oral por los agentes que intervinieron en la operación, se complementan con otros datos aportados por las declaraciones de los acusados.

⁸ Como señalan las muy reciente SSTs 850/2013, de 4 de noviembre, y 1014/2013, de 12 de diciembre, citando la núm. 1102/2003, de 23 de julio, " constituye doctrina reiterada de esta Sala, que la adquisición de sustancias estupefacientes para entregarlas a terceros es un acto de favorecimiento del consumo ilegal de drogas y por lo tanto constituye una conducta típica, y solo excepcionalmente deja de serlo cuando se trata de un supuesto de autoconsumo plural entre consumidores, siempre que concurran las siguientes circunstancias: 1. Que la droga sea facilitada por quién la posee, para su consumo inmediato. 2. Que la cantidad a consumir sea pequeña. 3. Que la acción se produzca en un lugar cerrado sin riesgo por tanto de acceso de terceros. 4. Que los consumidores sean ya adictos a la droga, y no personas a las que se introduce en ello.

⁹ LA LEY JURIS: 1465/2001

El propio TS recuerda en su sentencia de fecha 17 de noviembre de 2000¹⁰ al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su relevante sentencia *Murray contra el Reino Unido*, de 8 de febrero de 1996, recogió que cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación «reclamada» por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna.

En consecuencia, el Tribunal aplica los requisitos formales y materiales antes exigidos para la apreciación de la prueba indiciaria, incluyendo la propia declaración del acusado. Pero es además, esa declaración del acusado y las contradicciones en las que cae el mismo, la que permite obtener la conclusión de la responsabilidad penal. El Tribunal deberá explicar con detalle cuáles son las contradicciones en las que ha caído el acusado en su declaración en relación con el resto de hechos que han quedado plenamente acreditados, así como el motivo por el que aplicando las reglas de la lógica y las máximas de experiencia el Tribunal entiende que la declaración del acusado es incoherente y da mayor fuerza a un hecho que a esta declaración, además de utilizar la misma, precisamente, para integrar el elenco de hechos que llevan consigo la aplicación de la prueba indiciaria determinante de la responsabilidad penal del acusado.

Finalmente y en estrecha relación con lo expuesto, ha de plantearse la valoración del silencio como indicio de cargo, y al respecto la STS Sala 2ª, S 18-6-2004, [nº 788/2004, rec. 1342/2003; Pte: Giménez García, Joaquín]¹¹ expone que: “Como ya se recoge en la STS 358/2004 de 16 de marzo y en las en ella citadas, tal declaración de la recurrente es perfectamente valorable, pudiendo el Tribunal de instancia, en caso de disparidad de versiones alzar la superior credibilidad de una u otra declaración siempre que lo haga de forma razonada. En el presente caso, debemos recordar la doctrina tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional que tiene declarado que el silencio del acusado, en el ejercicio de no declarar, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación, por su parte, de los hechos de suerte que su silencio puede estimarse como una ratificación del contenido incriminatorio de otras pruebas. STEDH caso Murray, 8 de junio de 1996, caso Condrom, de 2 de mayo de 2000 y SSTC 137/98 de 7 de julio y 202/00 de 24 de

¹⁰ LA LEY JURIS: 1465/2001

¹¹ EDJ 2004/82675 STS Sala 2ª de 18 junio 2004

julio. En esta última se afirma que

“...no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el Tribunal que le juzga. Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión, o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado habrían de ser siempre tenidas en cuenta por el órgano judicial.... La lícita y necesaria valoración del silencio del acusado como corroboración de lo que ya está probado es una situación que reclama claramente una explicitación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas.... de modo que el sentido común dicta que su ausencia (la omisión de declarar) equivale a que no hay explicación posible y que en consecuencia el acusado es culpable....”.

De esta misma Sala podemos citar las SSTS de 554/00 de 27 de marzo y 20 de septiembre de 2000 y 1746/2003 de 23 de diciembre, esta última es la sentencia en la que se resolvió el recurso de casación formalizado por los demás condenados en los hechos enjuiciados. En el mismo sentido, STS 3349/2000 de 24 de mayo.”.

Al hilo de lo anterior, resulta de interés traer a colación el reciente Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II TS, de 3 de junio de 2015, sobre valor probatorio de la declaración del imputado ante la Policía no corroborada en sede judicial establece:

"Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECR. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECR. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron. Este acuerdo sustituye el que sobre la materia se había adoptado en el mes de noviembre de 2006".