



Roj: **STS 2248/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2248**

Id Cendoj: **28079120012021100474**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2021**

Nº de Recurso: **3061/2019**

Nº de Resolución: **485/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 485/2021

Fecha de sentencia: 03/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3061/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: crc

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3061/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 485/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 3 de junio de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación 3061/2019 interpuesto por Pedro Antonio , representado por la procuradora doña María del Pilar Rodríguez Buesa, bajo la dirección letrada de don Martí Cànaves Llitrà, contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2019 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, en el Rollo de Sala, Procedimiento Abreviado 112/2018, en el que se condenó, entre otros, al recurrente como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de los artículos 368, párrafo primero y 369.1.5.ª del Código Penal, en su modalidad de posesión para la distribución de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 11 de Palma de Mallorca incoó Diligencias Previas n.º 2004/2016, dimanante de las Diligencias Previas n.º 969/2015, del mismo Juzgado, por delitos contra la salud pública, atentado a los agentes de la autoridad y conducción temeraria, contra, entre otros el recurrente Pedro Antonio , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda. Incoado Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 112/2018, con fecha 21 de marzo de 2019 dictó sentencia n.º 141/2019 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"En Palma de Mallorca, los acusados D. Alexis , mayor de edad en cuanto nacido el día NUM000 de 1.967, de nacionalidad española y sin antecedentes penales, y D. Pedro Antonio , mayor de edad en cuanto nacido en Colombia el día NUM001 de 1979, sin antecedentes penales y en situación administrativa irregular en España, puestos de común acuerdo, durante el mes de mayo de 2016, se dedicaron a la distribución de sustancias estupefacientes entre terceras personas consumidores de las indicadas sustancias o distribuidoras de las mismas a menor escala.

Así, en fecha 12 de mayo de 2016, el acusado D. Alexis fue detenido llevando en el interior de una mochila que portaba en el maletero del vehículo que conducía, marca Ford modelo Fiesta con placa de matrícula-SNF , un paquete rectangular que contenía 987,57 gramos de cocaína de una pureza del 82,9% y un precio en el mercado ilícito de 121.021,21 euros, preparada para su venta a terceros. No ha quedado probado que en la misma fecha el acusado D. Pedro Antonio , detenido el mismo día, llevara oculto entre su ropa un paquete rectangular con 998,71 gramos de cocaína de una pureza del 85%.

La sustancia intervenida provenía de la Península Ibérica y la gestión de su distribución en la isla de Mallorca fue encomendada a los dos acusados por parte de personas no identificadas. residentes en la zona. del levante español. Una vez trasladada a Palma de Mallorca, los dos acusados debían distribuirla entre terceras personas, no constanding acreditado si eran destinadas a una o varias, así como sus posibles identidades.

Inmediatamente antes de su detención y al verse sorprendido por funcionarios de la Guardia Civil, el acusado D. Alexis , con total menosprecio al principio de autoridad y haciendo caso omiso a las órdenes de detenerse dadas por los agentes con números de identificación profesional NUM002 y NUM003 , arrancó a gran velocidad su vehículo, acometiendo contra el agente NUM002 , quien se aproximaba por la calzada y tuvo que saltar hacia un lado para evitar ser arrollado por el acusado. Durante la circulación iba a gran velocidad y se saltó un semáforo en fase roja en la intersección de las calles Reyes Católicos y Benet Pons i Fàbregues, poniendo en peligro a los peatones que se aprestaban a cruzar la calle, sin respetar un paso de peatones situado en la misma calle, poniendo con ello nuevamente en riesgo a los viandantes que se disponían a travesarlo. Finalmente, debido a la exagerada velocidad a la que circulaba, no fue capaz de completar un giro entre las calles Ferrer de Pallares y Lluís Martí, quedando atravesado en la calzada, a lo que efectuó una brusca maniobra marcha atrás, impactando violentamente contra la parte delantera del vehículo policial que le perseguía (con matrícula-RFJ), tras lo cual el acusado pudo ser inmovilizado por los funcionarios de la Guardia Civil.

A consecuencia del impacto descrito con el vehículo policial, el funcionario de la Guardia Civil con número de identificación profesional NUM002 sufrió contusiones cervicales y dorsales y el funcionario de la Guardia Civil con número de identificación profesional NUM003 sufrió dolor en zona dorsal y latigazo cervical, para cuya sanidad ambos precisaron de una única primera asistencia facultativa, Los dos funcionarios han renunciado a la indemnización que por tales hechos pudiera corresponderles. EL vehículo policial-RFJ sufrió desperfectos que no han sido pericialmente tasados, sin que se reclame por los mismos.

Al acusado D. Alexis se le intervino en el momento de la detención una balanza de precisión, un cúter, un cuchillo y dos teléfonos móviles utilizados para el desarrollo de su ilícita actividad, así como 275 euros y 33.000 pesos colombianos, cantidades todas ellas también procedentes de su ilícita actividad.



El acusado D. Pedro Antonio era consumidor de sustancias estupefacientes, sin que haya quedado probada alteración de sus facultades de entender y querer.

Los dos acusados se encuentran en situación de privación de libertad por la presente causa desde el 13 de mayo de 2016, situación prorrogada por auto de 3 de mayo de 2018."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLO

CONDENAMOS a D. Pedro Antonio como autor criminalmente responsable de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, tipificado en el artículo 368, párrafo primero, y 369.1.5ª del Código Penal, en su modalidad de posesión para la distribución de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las penas de 6 AÑOS Y 1 DÍA DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 300.000 EUROS, sin responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago

CONDENAMOS a D. Alexis como autor criminalmente responsable de un DELITO un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, tipificado en el artículo 368, párrafo primero, y 369.1.5ª del Código Penal, en su modalidad de posesión para la distribución de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 6 AÑOS Y 1 DÍA DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 300.000 EUROS, sin responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago; como autor criminalmente responsable de un DELITO DE ATENTADO A CONTRA AGENTES DE LA AUTORIDAD, previsto y penado en los artículos 550.1 y 2 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 6 MESES DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y como autor criminalmente responsable de un DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA, previsto y penado en el artículo 380.1 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 6 MESES DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS A MOTOR Y CICLOMOTORES POR TIEMPO DE TRES AÑOS.

Abónese el tiempo de privación de libertad a los acusados por la presente causa.

Se impone el pago de las costas procesales por mitad entre ambos acusados.

Se acuerda el comiso de la sustancia estupefaciente aprehendida, del dinero en metálico intervenido, de las balanzas de precisión, cúter, cuchillo y teléfonos móviles.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo en los plazos y formas previstos en los artículos 855 y ss. de la LECrim y concordantes en redacción anterior a la Ley 41/2015.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Pedro Antonio, anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma; recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por Pedro Antonio, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por vulneración de los principios constitucionales recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española, así como por violación de los derechos fundamentales siguientes: artículo 24.1 en cuanto a la indefensión, el artículo 24.2 en cuanto al derecho de defensa, y el artículo 24.2 en cuanto a la presunción de inocencia en relación al principio tradicional de valoración de la prueba (in dubio pro reo, art 24.1 y 24.2 en cuanto al derecho a un procedimiento con todas las garantías, y art. 24.1 en cuanto a la tutela judicial efectiva, por la vía del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Segundo.- Por infracción del precepto constitucional de conformidad con el artículo 5.4 de la LOPJ: vulneración del derecho fundamental del artículo 24.1 de la C.E en cuanto a la indefensión, el derecho a la tutela judicial efectiva, a no sufrir indefensión, todo ello en relación con la vulneración del principio acusatorio, al haber sido condenado por hechos por los cuales no se había formulado acusación por parte del Ministerio Fiscal y por los cuales la defensa no ha tenido ocasión de defenderse.



Tercero.- Se desiste del tercer motivo anunciado.

Cuarto.- Por infracción de ley, de conformidad con el artículo 847, en relación, con el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 416 del mismo cuerpo legal, y del artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Quinto.- Por infracción de ley, de conformidad con el artículo 847, en relación con el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a los artículos 741 y 717 del mismo cuerpo legal al no haberse valorado la prueba de forma racional por la parte del recurrente, y, por otro, al omitirse parte de la prueba practicada en juicio y en la instrucción que permitirían sostener el criterio contrario al descrito por la sentencia. Y, todo ello en relación al artículo 6.1. del Tratado de Derechos Humanos y al artículo 24.1 y 24.2 de la CE en cuanto al proceso con todas las garantías, que no es otro que el correlato del artículo 6.1 del citado Tratado Internacional, citando como documentos las actuaciones sumariales, el acta del Juicio oral y CD y la misma sentencia.

Sexto.- Por quebrantamiento de forma del artículo 850.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la denegación de preguntas pertinentes y de manifiesta influencia para la causa.

Séptimo.- Por infracción de ley de conformidad con el artículo 847, en relación con el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a los efectos del artículo 855 del mismo cuerpo legal por indebida inaplicación del artículo 376 del Código Penal, en relación al artículo 21.7 del Código Penal.

Octavo.- Por infracción de ley de conformidad con el artículo 847, en relación con el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a los efectos del artículo 855 del mismo cuerpo legal por indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal.

Noveno.- Por infracción de ley de conformidad con el artículo 847, en relación con el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a los efectos del artículo 855 del mismo cuerpo legal por indebida inaplicación del artículo 21.1 y 21.2 del Código Penal.

Décimo.- Por infracción de ley, de conformidad con el artículo 847 en relación con el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al artículo 741 y al artículo 717 del mismo cuerpo legal al no haberse valorado la prueba de forma racional y al omitirse parte de la prueba practicada en juicio y en la instrucción que permitirían sostener el criterio contrario al descrito por la sentencia. Y, todo ello en relación al artículo 6.1. de Tratado de Derechos Humanos y al artículo 24.1 y 24.2 de la CE en cuanto al proceso con todas las garantías, que no es otro que el correlato del artículo 6.1 del citado Tratado Internacional, citando como documentos los mencionados en el escrito de defensa, los introducidos en el plenario, y los aportados en el trámite de cuestiones previas, todo ello en relación a la concurrencia de las atenuantes del artículo 21.1 y 21.2 del Código Penal.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 3 de octubre de 2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 2 de junio prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en su Rollo de Sala 112/2018, dictó Sentencia el 21 de marzo de 2019, en la que condenó a: 1) Pedro Antonio, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en su modalidad de posesión para la distribución de sustancias que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia, a las penas de 6 años y 1 día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 300.000 euros y 2) Alexis, por igual responsabilidad, así como autor de dos delitos de atentado contra agentes de la autoridad del artículo 550.1 y 2 del Código Penal y conducción temeraria del artículo 380.1 del mismo texto punitivo.

La sentencia ha sido recurrida en casación por la representación del acusado primeramente referenciado, estructurándose el recurso a través de nueve motivos.

1.1. El primero de ellos se formaliza por infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 de la LOPJ, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de sus derechos de defensa, a la presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva.

Recuerda el recurrente que la denuncia que dio lugar a la causa matriz, de la que deriva este procedimiento, fue interpuesta por D. Lázaro. Desde esta circunstancia, aduce que la denuncia se presentó con quebranto de los



artículos 261 y 416 de la LECRIM, pues no se informó al denunciante de que no estaba obligado a denunciar a su hijo Marcial, imputado en la causa principal. Además, con la denuncia se presentó un contrato de alquiler de una finca en la que se encontraba la supuesta plantación de marihuana de su hijo, contrato que está a nombre del denunciante, aunque posteriormente en el Juzgado negó haber firmado dicho contrato. Por tanto, se ha formulado la denuncia incumpliendo los requisitos legales y se trata de una denuncia falsa, todo lo cual comporta su nulidad y la de las posteriores actuaciones derivadas de la misma.

Continúa diciendo que, aunque es cierto que el denunciante no denunció directamente a su hijo sino a los hermanos Nemesio, por estar éstos amenazando a su hijo por hechos relacionados con el tráfico de drogas, es igualmente incontestable que el hijo del denunciante está imputado en la causa principal precisamente como consecuencia de la denuncia de su padre, de modo que para la parte recurrente es evidente que, si bien no le denunció directamente, dicha denuncia le ha perjudicado y, por tal razón, debió ser advertido de que no tenía obligación de denunciar a su hijo.

Por otra parte, señala que con el fin de acreditar la circunstancia atenuante analógica de colaboración con la justicia, propuso la declaración de tres testigos que rechazó el Tribunal por no guardar relación con los hechos enjuiciados. En apoyo de la necesidad de esta prueba testifical argumenta que Pura fue condenada en sentencia de 13 de diciembre de 2017 por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Palma de Mallorca por un delito de amenazas cometido en el mes de mayo de 2016 cuando, al coincidir con el recurrente en el módulo de enfermería del centro penitenciario, le pidió que no declarara contra su hija y su yerno en el procedimiento que se seguía contra ellos por un delito contra la salud pública y, al negarse el ahora recurrente, Pura le amenazó con que iba a contratar sicarios para que le matasen. Pura también le conminó a que disuadiera a su compañero Alexis de que declarara contra su hija y su yerno o que, en caso contrario, también tendría que atenerse a las consecuencias.

Sostiene el recurso que estas pruebas testificales eran esenciales para poder acreditar la colaboración del acusado con la justicia. Concretamente, aduce que a Casilda y a Alexander les pretendía preguntar si eran ciertas las manifestaciones efectuadas por el recurrente en las dos declaraciones prestadas en instrucción. Además, pretendía preguntar a Pura si amenazó al recurrente porque su hija y su yerno eran los propietarios de la sustancia que fue intervenida en este procedimiento, habiendo resultado imputados estos tres testigos en ese procedimiento, donde se acogieron a su derecho a no declarar, si bien posteriormente no han sido acusados.

1.2. La dispensa de la obligación del testigo de colaborar con la Administración de Justicia se configura como un derecho individual de rango constitucional, en la medida en que el artículo 24.2 de la CE fija, *"in fine"*, que *"La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos"*.

Se muestra así como un derecho de los ciudadanos en relación con el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, si bien con la singularidad, destacada por la doctrina constitucional y jurisprudencial, de que se proyecta a favor del testigo en un proceso y no de las partes que se integran en él, sin que exista un derecho del encausado a que no declaren contra él las personas recogidas en el artículo 416 de la LECRIM (STC 94/2010, de 15 de noviembre).

El derecho encuentra su justificación en razones de estricta eficacia procesal, así como en razones de conciencia, esto es, en la significación natural y social de determinados vínculos parentales, cuya intensidad y duración pueden colocar al testigo entre la difícil tesitura de colaborar con la Justicia diciendo la verdad sobre unos hechos con la trascendencia que sugiere que presenten una estrecha conexión con un delito, o preservar la incuestionable solidaridad y afecto que puede unir al testigo con el procesado, cuando se puede tener la voluntad de preservar y no comprometer sus relaciones de futuro. Decíamos en nuestra STS 486/2016, de 29 de octubre, que, *"la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el artículo 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ese es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento"*. Pero recalcábamos también en nuestra STS 134/2007, de 22 de febrero, que la dispensa de declarar *"tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado"*, remarcando así los motivos de conciencia que refleja nuestra jurisprudencia, de la que es también ejemplo la STS 703/2014, de 29 de octubre, con cita de la STEDH, de 24 de noviembre de 1986, caso *Unterpertinger vs. Austria*.



De este modo nuestro ordenamiento jurídico, aunque impone la obligatoriedad de colaborar con la Justicia a aquellos que tengan conocimiento de circunstancias o extremos que puedan servir para el esclarecimiento de los hechos que son objeto de un proceso penal (arts. 410 y 702 de la LECRIM), excepciona el deber para los testigos que mantienen determinados vínculos de parentesco o de relación con el sujeto activo de la acción penal. Concretamente, el artículo 416.1 de la LECRIM dispone que, entre otros supuestos, están dispensados de la obligación de declarar: " *Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil...*"; añadiendo el artículo 418 del mismo texto que: " *Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416*".

Esas mismas razones son las que, frente a la obligación general de denunciar que tienen todos aquellos que presencien la perpetración de un delito perseguible de oficio, dispensa del deber de delación al cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho (o persona que conviva con él en análoga relación de afectividad), así como a los ascendientes y descendientes del delincuente o a sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive (art. 261 de la LECRIM).

1.3. Respecto de la validez de las denuncias en las que no se informe al denunciante de su derecho a no denunciar o no declarar contra los parientes del grado indicado, el posicionamiento de esta Sala no ha resultado pacífico.

La STS de 18 de diciembre de 1991 señalaba que no resulta necesaria la advertencia cuando es el testigo mismo quien pone en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional, posicionamiento que encontró cierto seguimiento en la STS de 6 de abril de 2.001. Decíamos en dicha resolución: "cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculpado en la forma prevista en dicha disposición, se presente espontáneamente ante la autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad otorgada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba. La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima". En el mismo sentido se posicionan incidentalmente las SSTs de 27 octubre de 2004 o 29 de marzo de 2006, que concluyen que cuando el pariente espontáneamente denuncia los hechos, poniendo en marcha el procedimiento penal, las prevenciones del artículo 416 son superfluas y su omisión no tiene ninguna relevancia.

No obstante este criterio jurisprudencial, predomina en la actualidad el de establecer la obligatoriedad de la advertencia tanto en sede policial como judicial, y dentro de ésta en cada una de los dos fases del proceso - instrucción y plenario-, así como que los efectos de la no observancia de dicha obligación es la nulidad de la declaración prestada y la consiguiente imposibilidad de su valoración por el juzgador.

El planteamiento se expresa, entre otras, en la STS de 10 de mayo de 2007, en la que se señalaba que el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el artículo 416,1.º de la LECRIM alcanza no sólo al juez sino también a la policía, declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que el Tribunal determinó que tal omisión acarrearía la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado. En el mismo sentido, la STS de 20 de febrero de 2008 declaró la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura, respecto de la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial, por no haber sido advertida por la policía ni por el juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio. O la STS 160/2010, de 5 de marzo, que resume que la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase prejudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el artículo 261 de la LECRIM, salvo en algunos casos de " *denuncia espontánea*". Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del artículo 416 de la LECRIM. Y una tercera en el Plenario, en el que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 707 de la LECRIM, deberá también hacersele la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

1.4. Lo expuesto conduce a la desestimación del motivo.

Ninguna relevancia tiene la alegación de la falsedad de la denuncia, puesto que la denuncia es el acto por el que se informa de unos hechos que pudieran ser constitutivos de delito, y de ella sólo derivará condena cuando las pruebas debidamente practicadas corroboren el comportamiento y la participación que constituyen el objeto del proceso.



Y en lo relativo a la falta de información al denunciante del derecho a no denunciar a su hijo, el propio recurso adelanta las razones de la desestimación. Como la sentencia de instancia refleja y el recurrente admite, la denuncia se interpuso por Lázaro y no se presentó contra su hijo, sino contra un tercero. Consecuentemente, los agentes no podían advertir al denunciante de su derecho a que no hiciera lo que nunca emprendió, por más que la investigación llevara a ampliar el objeto de la indagación a otros hechos desvelados a partir de las amenazas denunciadas.

1.5. En lo que hace referencia a la prueba testifical denegada, desde una censura constitucional, en nuestra STS 1059/2012, de 27 de diciembre, recordábamos lo ya declarado en la STS n.º 1300/2011, de 2 de diciembre y (recordando la de las SSTS de 17 de febrero del 2011 y 545/2010, de 15 de junio) haciéndonos eco en ellas de la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en su Sentencia n.º 198/1997 en la que se dijo: "el rechazo irregular de la prueba por el Órgano Jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y así, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, la relación de instrumentalidad existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no sea por sí sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues para que así sea el defecto procesal ha de tener una inducción material concreta, por lo que si ésta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional". Y en la Sentencia n.º 178/1998 reclamaba el Tribunal Constitucional la exigencia de relevancia trascendente de la infracción para la suerte del proceso: "quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia, ya que sólo en tal caso podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quienes por este motivo buscan amparo" (Vid también la STC 232/1998).

Además, en la ya citada Sentencia de esta Sala n.º 545/2010, también dijimos que no toda exclusión de un medio de prueba propuesto por la parte implica vulneración de derechos garantizados por la Convención Europea como ha puesto de manifiesto el TEDH en sentencia que allí recordábamos, citando la Sentencia de este Tribunal de 24 de octubre de 2000, que decía: "ya por reiterada doctrina del TEDH (casos Brimvit, Kotousji, Windisck, y Delta) se reconoce que no es un derecho absoluto e incondicionado".

Desde la perspectiva del enjuiciamiento de mera legalidad, la censura casacional de la decisión que excluye la práctica de una prueba pasa por la aplicación de los siguientes criterios:

- a) Un requisito formal, esto es, la oportuna propuesta en tiempo y en la forma legalmente impuesta.
- b) Un requisito de pertinencia, que conduce a que el medio propuesto ha de poseer una relación con el objeto del proceso, o más exactamente con el tema de prueba. Si aquello que se propone demostrar es ajeno a lo que la decisión del proceso exige que sea demostrado, el medio es no pertinente.
- c) La necesidad de que su práctica sea necesaria, que significa que entre el medio y lo que se trata de demostrar exista una relación instrumental. Para tal objetivo el empleo del medio debe resultar ineludible. Ahí se afecta al derecho a no sufrir indefensión. La que originaría su privación porque, en tal caso, el objetivo probatorio de la parte devendría frustrado (STS n.º 1289/1999, de 5 de marzo).

Es de subrayar que la presencia de este requisito puede variar según el momento del procedimiento. Lo inicialmente necesario (por ejemplo al tiempo de decidir la admisión del medio) puede devenir innecesario (por ejemplo al tiempo en que su práctica estaba prevista), lo que ocurrirá si la práctica de otros medios, conforme a una ponderada valoración, hacen prescindible el excluido, cualquiera que sea su eventual resultado. Por ello se hace referencia a la necesidad de ponderar la prueba de cargo ya practicada en el momento de denegar la práctica de un determinado medio. Sea de manera directa sea indirectamente al denegar la suspensión del juicio para disponer de dicho medio en una sesión ulterior.

- d) Además, la práctica del medio ha de resultar posible, en el caso concreto. A tal situación cabe equiparar aquellas en que la dificultad resulte, por extrema, no proporcional y
- e) Se requiere que el resultado eventual del medio resulte de indudable relevancia, en el sentido de que la resolución ha de fundarse en dicho resultado probatorio. El medio probatorio ha de considerarse que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS n.º 1591/2001, de 10 de diciembre y STS n.º 976/2002, de 24 de mayo).

1.6. Lo expuesto lleva a la desestimación del motivo también en este aspecto. Se propusieron los testigos para evaluar si el recurrente merecía una minoración penológica por una eventual confesión y colaboración con la Justicia. Sin perjuicio de que no se ha evidenciado que las declaraciones del recurrente hayan favorecido



el esclarecimiento de los hechos en la presente causa, la conclusión de ese favorecimiento sólo podría alcanzarse si reconocieran que era de su propiedad la droga incautada en este procedimiento o si realizaran manifestaciones de las que se evidenciara esa posesión. De ese modo, la prueba fue debidamente denegada. De un lado, porque no puede pretenderse que, bajo juramento de decir verdad y con la amenaza de poder incurrir en un delito de falso testimonio, se compela a unos testigos al reconocimiento de un delito, quebrándose así su derecho a no autoincriminarse. De otro, porque no hay ninguna sugerencia de que la supuesta autoincriminación, aun produciéndose de manera voluntaria, fuera creíble ni factible, pues las diligencias de investigación reclamadas por las partes durante la instrucción no han proyectado los indicios de esa realidad.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 de la LOPJ, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión, todo ello en relación con la vulneración del principio acusatorio, al haber sido condenado por hechos por los cuáles no se había formulado acusación por parte del Ministerio Fiscal y por los cuáles la defensa no habría tenido la posibilidad de defenderse .

Sostiene el recurso que el Fiscal en su calificación provisional formuló acusación contra el recurrente como autor de un delito contra la salud pública de los artículos 368 y 369.1.5.^a porque cuando fue detenido se le intervino un paquete que contenía 998'71 grs. de cocaína con una pureza del 85%; calificación que, salvo la supresión de su expulsión del territorio nacional, fue elevada a definitiva sin modificar el hecho nuclear por el que se formuló acusación. Desde esta consideración, destaca que el hecho probado declara que "no ha quedado probado que en la misma fecha el acusado D. Pedro Antonio , detenido el mismo día, llevara oculto entre su ropa un paquete rectangular con 998'71 gramos de cocaína de una pureza del 85%". Con todo ello, considera que debería haber sido absuelto de la acusación formulada contra él y que ha sido condenado con vulneración del principio acusatorio. Afirma que su responsabilidad responde a hechos diferentes a aquellos por los que se le acusó, concretamente porque el recurrente actuó de común acuerdo con el otro acusado, a quien sí se le incautó un paquete conteniendo cerca de un kilogramo de cocaína.

Es cierto que el Tribunal rechaza tener por acreditado que el recurrente fuera detenido en posesión de un paquete conteniendo un kilogramo de cocaína, pero su convicción de que participaba con el otro acusado en distribuir la cocaína que se incautó en el vehículo de este último se ajusta a los hechos por los que fue acusado. El concierto de ambos acusados para la distribución de la droga, y con ello la posesión mediata del alijo, se refleja en las conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, después elevadas a definitivas. Concretamente, los hechos por los que acusó el Ministerio Público y por los que se abrió el juicio oral contra el acusado, se plasman con un contenido coincidente a los hechos que se declaran probados. El relato acusatorio rezaba así:

" En Palma, los acusados Alexis , mayor de edad en cuanto nacido el día NUM000 de 1967, de nacionalidad española y sin antecedentes penales y Pedro Antonio , mayor de edad en cuanto nacido en Colombia el día NUM001 de 1979, sin antecedentes penales y en situación administrativa irregular en España; puestos de común acuerdo, durante el mes de mayo del año 2016, se vinieron dedicando a la distribución de sustancias estupefacientes entre terceras personas consumidores de las indicadas sustancias o distribuidoras de las mismas a menor escala.

Así, en fecha de 12 de mayo de 2016 el acusado Alexis fue detenido llevando en el interior de una mochila que portaba en el maletero del vehículo que conducía, marca Ford modelo Fiesta con placa de matrícula-SNF , un paquete rectangular que contenía 987,58 gramos de cocaína de una pureza del 82,9% y un precio en el mercado ilícito de 121.021,21 euros, preparada para su venta a terceros. En la misma fecha, el acusado Pedro Antonio fue detenido llevando oculto entre su ropa un paquete rectangular que contenía 998,71 gramos de cocaína de una pureza del 85,0% y un precio en el mercado ilícito de 125.485,60 euros, preparada para su venta a terceros. Las sustancias intervenidas provenían de la Península Ibérica y la gestión de la distribución de las mismas en la Isla de Mallorca fue encomendada a los dos acusados, por parte de personas no identificadas residentes en la zona del levante español. Una vez trasladada a Palma, los dos acusados debían distribuirla entre terceras personas, no constando acreditado si eran destinadas a una sola persona o varias, así como sus posibles identidades.

Inmediatamente antes de su detención, y al verse sorprendido por funcionarios de la Guardia Civil, el acusado Alexis , con total menosprecio al principio de autoridad, y ante las órdenes de detenerse de los agentes con números de identificación profesional NUM002 y NUM003 , arrancó a gran velocidad su vehículo, acometiendo contra el agente NUM002 , que se aproximaba por la calzada y que debió saltar hacia un lado para evitar ser arrollado por el acusado, quien a continuación, en su huida, circuló a una velocidad muy elevada, desproporcionada para las características de las calles por las que transitaba y se saltó un semáforo en fase roja en la intersección de las calles Reyes Católicos y Benet Pons i Fabregues, poniendo en peligro a los peatones de que se aprestaban a cruzar la calle, y no respetó igualmente un paso de peatones situado en la misma calle,



de nuevo poniendo en riesgo a los viandantes que se disponían a atravesarlo, hasta que finalmente, debido a la exagerada velocidad a la que circulaba, no fue capaz de completar un giro entre las calles Ferrer de Pallares y Lluís Martí, y quedó atravesado en la calzada, ante lo que efectuó una brusca maniobra marcha atrás, impactando violentamente contra la parte delantera del vehículo policial que le perseguía (con matrículaRFJ), tras lo cual el acusado pudo ser inmovilizado por los funcionarios de la guardia civil.

A consecuencia del impacto sufrido en su vehículo, el funcionario de la Guardia Civil con número de identificación profesional NUM002 sufrió contusiones cervicales y dorsales, para cuya sanidad no precisó más que de una primera asistencia médica. Del mismo modo, el funcionario de la Guardia Civil con número de identificación profesional NUM003 sufrió dolor en zona dorsal y latigazo cervical, para cuya sanidad no precisó más que de una primera asistencia médica. Ambos funcionarios policiales han renunciado a cuantas acciones civiles pudieren corresponderles a resultas de la presente causa. El vehículo policialRFJ sufrió desperfectos que no han sido pericialmente tasados pero por los que no se reclama.

Al acusado Alexis se le intervinieron en el momento de su detención una balanza de precisión, un cutter, un cuchillo y dos teléfonos móviles utilizados para el desarrollo de su ilícita actividad, así como 275 euros y 33.000 pesos colombianos procedentes de la misma.

Los acusados permanecen desde el 12 de mayo de 2016 privados de libertad a resultas de la presente causa".

El motivo se desestima.

TERCERO.- Tras renunciar a la formalización del tercer motivo inicialmente anunciado, el recurrente formula su cuarto motivo por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender infringido los artículos 261 y 416 de la LECRIM.

El planteamiento del recurrente coincide, en lo esencial, con lo argumentado en el primer motivo del recurso.

Aunque el cauce procesal empleado no presta apoyo a la pretensión que aquí suscita, puesto que la impugnación descansa en la desatención de normas procesales y no sustantivas, las razones que hemos expresado en el fundamento primero de la sentencia, que reflejan la ausencia de ningún vicio de constitucionalidad que comprometa la validez del procedimiento o de la prueba practicada, sirven para desestimar la pretensión absolutoria que aquí se reitera.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 4.1. El quinto motivo del recurso, formulado por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, se proyecta sobre la desatención de los artículos 741 y 717 de la LECRIM, y se argumenta error de hecho en la apreciación de la prueba.

El motivo carece de argumentación, puesto que da por reproducidos los argumentos que se dicen expresados en motivos anteriores, pese a que, como se ha visto, en estos no se realiza un juicio de la valoración de la prueba. Ello debería llevar sin más a su desestimación, por no satisfacer las exigencias del artículo 874.1.º de la LECRIM.

Por otro lado, el motivo vuelve a formularse con incorrección técnica. De un lado, se habla de una infracción de ley por desatención de preceptos procesales. De otro, el error de valoración se sostiene a partir de una discrepancia con la evaluación que ha hecho el Tribunal de todo el material probatorio, desconociendo el limitado campo de actuación del precepto en el que se apoya el motivo. El artículo 849.2 de la LECRIM entiende infringida la ley, para la interposición del recurso de casación, " Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

La estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011) indica que la previsión del artículo 849.2.º de la LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, consecuencia última de que el principio de inmediación y el contacto con el conjunto de la prueba no es predicable de la intervención jurisdiccional en casación, es exigencia de esta Sala que el error fáctico o material se muestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, de modo que esta Sala esté en condiciones de apreciar el error por no estar condicionado por pruebas no practicadas a nuestra presencia y que estemos por ello impedidos de valorar adecuadamente. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite, una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que



evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30 de septiembre).

El motivo así formulado no podría por más que desestimarse.

4.2. En todo caso, por la voluntad impugnativa que refleja y considerando que podría haberse plasmado la cuestión como infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al defender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la presunción de inocencia, procede analizar la pretensión desde este prisma.

Debe recordarse que Jurisprudencia constante de esta Sala reitera que el contenido y alcance del principio de presunción de inocencia entraña que nadie pueda 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 en la sentencia, motivando el proceso deductivo en cuanto a los elementos nucleares del delito y de la responsabilidad que se declara. Por otra parte, cuando no exista prueba directa de estos extremos y el juicio de responsabilidad descansa en la que se denomina prueba indiciaria, para que resulte atendible la tesis inculpativa sustentada por la acusación, según jurisprudencia asimismo muy conocida, se requiere que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén probatoriamente bien acreditados y se proyecten sobre el hecho principal u objeto de imputación; precisándose por último que la inferencia que de los indicios se extraiga, conduzca de manera racional, lógica y exteriorizada, a la conclusión que se debate.

Desde esta consideración también debe rechazarse el motivo. El recurrente admitió en el plenario que conoció al otro acusado, si bien sostuvo que se limitó a recogerle en el aeropuerto de Palma de Mallorca el día 7 de mayo de 2016 y que entregó unas pertenencias a una mujer apodada " Pitufa " el día 11 de mayo. Sin embargo, el Tribunal concluye que la droga que se intervino al otro acusado era distribuida voluntariamente por ambos, y extrae su convencimiento de un conjunto de elementos aportados por el material probatorio.

El primero y más importante, la declaración del otro acusado. Alexis manifestó que el recurrente fue a buscarle al aeropuerto y admitió que los dos estaban juntos en la distribución de la droga; una afirmación que ofrece credibilidad no sólo por su paralela autoincriminación, sino porque su confesión no le comportó ninguna ventaja, habiéndosele impuesto la misma pena que al recurrente.

De otro lado, la declaración de Alexis está refrendada por elementos externos que la vigorizan, particularmente que: 1) Ambos acusados reconocieron haberse conocido a través de una persona apodada " Millonario ", habiendo reconocido Alexis que la droga había de entregársela a " Pitufa " por encargo de " Millonario "; 2) El recurrente admitió haber entregado en varias ocasiones droga a Pitufa, y que lo hizo a cambio de los gramos de cocaína que ésta le entregaba para su propio consumo; 3) En los días previos a la incautación de la droga, el recurrente y el coacusado Alexis mantuvieron frecuentes contactos vía Whatsap, en los que los dos interlocutores encubre su identidad, así como la de " Pitufa " cuando se refieren a ella; 4) En dichas conversaciones se utiliza un lenguaje encriptado que el Tribunal identifica como sugerente de referirse a un kilogramo de cocaína y su calidad, destacando que el recurrente no supo dar ninguna explicación alternativa de unas conversaciones que, sin embargo, cobran pleno sentido en la significación que les ha dado el Tribunal y 5) Que los agentes policiales que efectuaron los seguimientos de los acusados testificaron haberles visto juntos en diversas ocasiones, habiendo podido comprobar cómo abordaban juntos encuentros con terceros e, incluso, como el recurrente acompañaba en alguna ocasión a Alexis en el mismo vehículo en el que se intervino la droga.

La valoración del Tribunal, atribuyendo credibilidad al testimonio directo e inculpativo del coacusado, responde a las reglas de la sana crítica y no se encuentra desvirtuada por otros elementos probatorios que reflejen la alternativa fáctica que el acusado apuntó en el plenario.

El motivo se desestima.

QUINTO.- El sexto motivo se formaliza por cauce de los artículos 850.3 y 4 de la LECRIM, por denegación de preguntas pertinentes y con manifiesta influencia para la causa.

El recurrente expresa que las cuatro cuestiones previas planteadas fueron resultas oralmente en el acto del plenario y admite que eso llevó a que durante el juicio se le denegara la posibilidad de formular determinadas preguntas a los acusados y testigos. Sostiene que las preguntas tenían influencia para la causa y que eran necesarias para ejercer el derecho de defensa, pues permitirán acreditar que Pedro Antonio había tenido una colaboración activa con la justicia y apreciar por ello la atenuante del artículo 21.7 del Código Penal o la aplicación del artículo 376 del Código Penal.

Ya hemos expresado en el fundamento primero de esta sentencia, cuáles son las exigencias para que una restricción probatoria a la parte invalide el enjuiciamiento. El desarrollo argumental del motivo no hace



referencia a cuáles eran las preguntas que pretendía formular la defensa, de modo que la Sala no puede efectuar un análisis de su pertinencia e influencia para el resultado del procedimiento, imposibilitándose así que podamos pronunciarnos sobre si fue o no pertinente la denegación que censura.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 6.1. El siguiente motivo se formula por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM (sic), por indebida inaplicación del artículo 376 del Código Penal, en relación con el artículo 21.7 del mismo texto.

Entiende el recurrente que debió apreciarse la atenuante analógica de colaboración con la justicia, dado que en instrucción declaró que cuando fue detenido estaba con Pitufa " (Casilda), con una "yonqui" llamada Rosaura y con Alexander , novio de la primera. Sostiene que a consecuencia de su confesión de que había realizado encargos para Pitufa ", que controlaba el tráfico de drogas, fue amenazado por su madre Pura (" Yolanda "), hecho por el que fue condenada. De este modo, sostiene que sus declaraciones han aportado datos de personas que, posteriormente, han sido detenidas por delito de tráfico de drogas.

6.2. El artículo 21.4 del CP dispone que es circunstancia atenuante: " *La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*". El actual código penal ha sustituido así el fundamento moral que representaba la exigencia del impulso del arrepentimiento espontáneo que se recogía en la atenuante equivalente de códigos anteriores, por una mayor objetivización en su apreciación y por una opción pragmática asentada en razones de política-criminal. De este modo, se ha sustituido la exigencia subjetiva del arrepentimiento, por el acto objetivo de colaboración con la Administración de Justicia, previéndose un tratamiento penológico más favorable para aquellos agentes que se muestren colaboradores con la justicia, facilitando la investigación de lo sucedido y ayudando a reparar el daño causado. No obstante, la jurisprudencia de esta Sala es estable a la hora de identificar los requisitos que precisa su apreciación, siendo estos los que a continuación se relacionan: 1.º) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2.º) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3.º) La confesión ha de ser veraz en lo sustancial; 4.º) La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5.º) La confesión ha de hacerse ante la autoridad, sus agentes o funcionario cualificado para recibirla; 6.º) Debe concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiéndose entendido que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante (SSTS 1076/2002, de 6 de junio o 516/13, de 20 de junio).

Es evidente que, en el caso analizado, las declaraciones a las que hace referencia el recurrente se produjeron después de tener conocimiento de que el procedimiento se dirigía contra ellos. Desde esta realidad, debe recordarse que la asunción de responsabilidad cuando el sujeto activo ha sido descubierto, está carente de la significación esencial de la confesión, pues por más que la confesión ya no necesite estar alentada por el arrepentimiento, no quiere decir que no debe ir dotada del elemento de la voluntariedad. Una confesión en cuya génesis solo se encuentra la resignación ante lo que se percibe ya como irremediable, no puede dar vida a una atenuación, por no existir fundamento para un menor reproche penal (STS 1619/2000, de 19 de octubre o 420/13, de 23 de mayo), salvo en aquellos supuestos en los que suponga -en el ámbito propio del proceso- una facilitación importante de la acción de la justicia y, por tanto, una contribución útil y relevante para la restauración del orden jurídico alterado por la acción delictiva; supuestos en los que la confesión -denominada tardía- puede operar como atenuante analógica del artículo 21.7 de nuestro Código Penal (1109/05, 28 de septiembre o 1063/09, de 29 de octubre).

El relato histórico de la sentencia no incluye la descripción de ninguna confesión relevante que preste soporte a la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que se postula. Como destaca el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, el acusado no sólo optó por guardar silencio en el Juzgado de Instrucción y negar en el juicio oral su participación en el delito de tráfico de drogas, sino que tampoco aportó ningún dato relevante para la investigación, pues las amenazas que recibió de Pura para que no declarara en contra de su hija y de su yerno, en modo alguno muestran que haya existido una colaboración con respecto a los hechos que aquí se enjuician.

Esta misma razón justifica la inaplicación del artículo 376 del Código Penal. El precepto establece que " *En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado*". En modo alguno se recoge en el relato fáctico de



la sentencia de instancia, ni el recurrente lo identifica en su recurso, que por declaraciones suyas se hayan obtenido pruebas para la captura de otros responsables de un delito contra la salud pública.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- El octavo motivo se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM (sic), por indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal.

Nuevamente el recurso incurre en el defecto de formalizar el motivo aduciendo un error de subsunción típica, que encuentra su cauce en el artículo 849.1 de la LECRIM y exige una asunción del relato fáctico de la sentencia de instancia, a partir de la previsión normativa del artículo 849.2 de la LECRIM, prevista para errores en la valoración probatoria que sean evidenciables desde una prueba documental literosuficiente respecto de los extremos cuestionados.

El desarrollo del motivo se limita a expresar que: "En la sentencia no ha quedado como hecho probado la posesión del paquete de cocaína por el cual se formuló acusación, por lo que no puede fundamentarse una condena en hechos sustancialmente distintos de aquéllos por los que se formuló acusación".

Se reitera así lo ya resuelto al fundamento segundo de la sentencia, a la cual nos remitimos.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 8.1. Su noveno motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, por indebida inaplicación del artículo 21.1 y 21.2 del Código Penal.

Una vez más la parte recurrente acumula en este motivo la solicitud de modificación del relato fáctico a través del número segundo del artículo 849 de la LECRIM y la revisión del juicio de subsunción típica que corresponde al artículo 849.1 de la ley procesal. Ambos motivos son esencialmente incompatibles, pues el cauce del artículo 849.1.º impone respetar el relato fáctico, mientras el del artículo 849.2.º lo que pretende precisamente es modificarlo. Lo correcto sería formular en primer lugar un motivo por error de hecho en la valoración probatoria, para incluir en el relato fáctico una referencia a la afectación de la toxicomanía en las facultades intelectivas y volitivas del recurrente, e interponer seguidamente un motivo de infracción de ley para, en el supuesto de que prospere el anterior, interesar la apreciación de la eximente incompleta del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.2 del Código Penal, o bien la apreciación de la atenuante del artículo 21.2 del Código Penal.

El desarrollo del motivo reprocha que se denegara la eximente incompleta de drogadicción, o aun la atenuante simple, pese a haberse acreditado documentalmente una toxicomanía de larga evolución.

8.2. Entrando en la cuestión que el recurso plantea, esto es, sobre la incidencia que la drogadicción puede tener en la responsabilidad penal, nuestra jurisprudencia condiciona la afectación de la imputabilidad desde una serie de criterios que podemos sintetizar del siguiente modo:

8.2.1. La aplicación de la eximente completa del artículo 20.1 del Código Penal es oportuna cuando se acredite que el sujeto activo padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión (STS 21/2005, de 19 de enero). Nuestra jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatorios cuando se anula totalmente la culpabilidad, lo que puede acontecer bien porque el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, puesto que, en esos supuestos, el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador al que se encontrare sometido (Sentencia de 22 de septiembre de 1999).

A estas situaciones se refiere el artículo 20.2.º del Código Penal, cuando requiere una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

8.2.2. La eximente incompleta precisa de una profunda perturbación que, sin anularla, sí disminuya sensiblemente la capacidad culpabilística, si bien conservando el sujeto activo la apreciación de la antijuricidad del hecho que ejecuta.

No cabe duda de que en la eximente incompleta, la influencia de la droga también puede manifestarse por la ingestión inmediata de la misma, o porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada del drogodependiente y como manifestación de una personalidad conflictiva (art. 21.1.ª CP).



Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

8.2.3. Respecto a la atenuante del artículo 21.2 del Código Penal, se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal, en cuanto esta se realiza a causa de aquella. Es decir, el beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto. Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

La circunstancia atenuante del artículo 21.2 del Código Penal es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que, al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, la atenuante se configura por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada " a causa" de aquélla (SSTS 4 de diciembre de 2000 y 29 de mayo de 2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado " *delincuencia funcional*" (STS 23 de febrero de 1999). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del artículo 20.2 del Código Penal. y su correlativa atenuante, artículo 21.1 del Código Penal, en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

Nuestra jurisprudencia ha declarado que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión, que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS 817/2006, de 26 de julio, recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del penado, no siendo aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la eximente incompleta.

8.2.4. Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es mas bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, mas bien mero abuso de la sustancia, lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal.

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. No puede solicitarse la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas en una u otra escala, porque la exclusión total o parcial, o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos, debe resolverse en función de la imputabilidad o de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adición grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas.

8.3. Con todo ello podemos sintetizar que para poder apreciarse la drogadicción, sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adición a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, como a la intensidad de la dependencia y a la singularizada alteración que sufriera en el momento de los hechos, con la influencia que por ello tuviera en las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SSTS de 16 de octubre de 2000; 6 de



febrero de 2001; 6 de marzo de 2001; 25 de abril de 2001; 19 de septiembre de 2002; 16 de julio de 2002 o 259/2017, de 6 de abril, entre muchas).

8.4. Lo expuesto justifica la desestimación del motivo.

Por más que sólo la procedencia de la eximente incompleta tendría efectos prácticos para el recurso del recurrente, pues la apreciación de una circunstancia atenuante resultaría inefectiva para una pena que ya se ha impuesto en su mínima extensión, lo cierto es que el Tribunal de instancia reconoce la toxicomanía que reflejan los documentos aportados por la defensa, pero rechaza que los hábitos tóxicos hayan supuesto una limitación de las facultades intelectivas del recurrente o ningún tipo de impulso compulsivo a la inmediata realización de los hechos que se enjuician.

El relato de hechos probados expresamente recoge que "el acusado D. Pedro Antonio era consumidor de sustancias estupefacientes, sin que haya quedado probada alteración de sus facultades de entender y querer". La conclusión se ajusta plenamente a la concurrencia del elemento biopatológico que refleja la prueba documental, pero resulta también conforme con la ausencia de elementos probatorios que apunten a que la adicción fuera acompañada de algún tipo de afectación en su psiquismo, o que apunten siquiera cuál era el grado de su adicción y la gravedad de la misma. Con estas circunstancias, unido a que los hechos probados reflejan que el acusado participaba de manera estable en la actividad ilícita por la que ha sido condenado, moviendo importantes cantidades de droga y sin que se refleje ninguna otra actividad económica en la que se residenciara su manutención, de modo que su actividad ilícita no se ajustó a la necesidad de satisfacer un consumo inmediato, justifican la desestimación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en cualquiera de sus manifestaciones legales.

El motivo se desestima.

NOVENO.- El último motivo se formaliza por infracción de ley, de conformidad con el artículo 847 en relación con el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación al artículo 741 y al artículo 717 del mismo cuerpo legal al no haberse valorado la prueba de forma racional por un lado, y, por otro, al omitirse parte de la prueba practicada en juicio y en la instrucción que permitirían sostener el criterio contrario al descrito por la Sentencia. Y, todo ello en relación al artículo 6.1. de Tratado de Derechos Humanos y al artículo 24.1 y 24.2 de la CE en cuanto al proceso con todas las garantías, que no es otro que el correlato del artículo 6.1 del citado Tratado Internacional, citando como documentos: los documentos mencionados en el escrito de defensa, los introducidos en el plenario, y los aportados en el trámite de cuestiones previas, todo ello en relación a la concurrencia de las atenuantes del artículo. 21.1 y 21.2 del Código Penal.

La compleja formulación del motivo se complementa con un alegato en el que se indica que: "Por economía procesal damos por reproducidos los argumentos y fundamentos de derecho expresados en los motivos anteriores, destacando que si se valora la prueba practicada en el plenario con objetividad, rigor científico y con criterios de racionalidad, la Sentencia debió de apreciarse la atenuante del artículo 21.1 y 21.2 del Código Penal, como eximente incompleta, en cuanto, mi patrocinado actuó a consecuencia de su grave adicción a las sustancias estupefacientes con la intención única de conseguir droga para saciar su adicción y evitar el síndrome de abstinencia".

La cuestión ha sido por tanto analizada en el fundamento anterior y nos remitimos a lo allí expuesto.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Pedro Antonio contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2019, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el Rollo de Sala, Procedimiento Abreviado 112/2018, con imposición al recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ