

Roj: **STS 1069/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1069**Id Cendoj: **28079120012017100218**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/03/2017**Nº de Recurso: **1232/2016**Nº de Resolución: **200/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1232/2016, interpuesto por D. Florentino , D. Gaspar , D. Genaro , D^a Leocadia , Y D^a Lina , representados por la Procuradora Sra. Amparo Ivana Rouanet Mota, José Luis Freyre Rio, Rafael Palma Crespo, bajo la dirección letrada de D. Enrique del Castillo Codes, Fernando Balaguer Recena, contra sentencia de fecha 10 de mayo de 2.016, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén , que condenó a los recurrentes por un delito de contra la salud pública. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Linares, incoó Procedimiento Abreviado nº 73/14. contra D. Florentino , D. Gaspar , D. Genaro , D^a Leocadia , Y D^a Lina , por un delito contra la salud pública y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

<< Se declara probado que durante los primeros meses de 2013, los acusados Genaro , Leocadia , Florentino , Lina , Gaspar y Luciano , se han venido dedicando a la venta de sustancias estupefacientes (cocaína y heroína) lo que realizaban los acusados Genaro y Leocadia , que constituyen pareja sentimental en la C/ DIRECCION000 , NUM000 de Linares, con la colaboración de los también acusados Gaspar y Luciano , que realizaban labores de vigilancia, correo y de captación de clientes y los acusados Florentino y Lina , cuñados, en el nº NUM001 de la referida calle.

El día 16 de abril de 2013, agentes del Cuerpo Nacional de Policía que realizaban labores de vigilancia de los domicilios de los acusados, tras observar al acusado Genaro esconder un objeto en un descampado situado frente a su casa procedieron al registro del mismo, encontrando oculto entre los matorrales una riñonera de color negro que en su interior contenía un bolsito con seis papelinas con 0,27 gramos de cocaína con una pureza del 73,3% y un valor de 20 euros, una papelina que contenía 1,49 gramos de heroína con una pureza del 10,1 % y un valor de 122 euros, y dos balanzas de precisión.

El día 9 de mayo de 2013, agentes del Cuerpo Nacional de Policía provistos del correspondiente mandamiento judicial efectuaron una entrada y registro en la casa sita en la c/ DIRECCION000 nº NUM001 de Linares, utilizada por los acusados Florentino y Lina para la venta de sustancia estupefacientes, donde intervinieron 4,51 gramos de cocaína con una pureza del 71,8 % valorada en 329,84 euros y 0,78 gramos de heroína valorada en 57,32 euros, una balanza de precisión, 72,18 euros y diversos objetos relacionados o procedentes de la actividad de venta de sustancias estupefacientes como rollo de papel aluminio, radio de un vehículo, un cartucho, un cuchillo oxidado de grandes dimensiones, un palo forrado con goma negra, etc.



Genaro y Leocadia habían sido ejecutoriamente condenados por la Sección 1ª de la AP de Jaén por un delito contra la salud pública en sentencia de 16/7/2012 (firme el 5/9/2012) a la pena de 1 año y 6 meses de prisión a cada uno de ellos, pena que fue suspendida por dos años mediante auto de 11/10/2012, fijándose la remisión definitiva el 12/11/2014 >>

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Fallo. Que debemos condenar y condenamos a Lina , Florentino , Gaspar y Luciano , como autores de un delito contra la salud pública ya descrito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 3 años de prisión a cada uno de ellos, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 600 €, con 2 meses de arresto sustitutorio en caso de impago.

Que debemos de condenar y condenamos a los acusados Genaro y Leocadia como autores de un delito contra la salud pública ya descrito, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión a cada uno de ellos, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 600 €, con 2 meses de arresto sustitutorio en caso de impago.

Se acuerda el comiso de la droga, dinero y objetos intervenidos.

Se impone a cada uno de los acusados el pago de 1/6 de las costas procesales

Abónese a los acusados todo el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa, de no haberlo sido en otra.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

RECURSO DE Lina , Genaro Y Leocadia

PRIMER MOTIVO.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución Española .

SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal y del párrafo segundo del artículo 21 del texto punitivo.

TERCER MOTIVO.- Al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al no expresar la sentencia con claridad los hechos declarados probados y por predeterminación del fallo.

RECURSO DE Florentino

PRIMER MOTIVO.- Al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por predeterminación del fallo.

SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española .

TERCER MOTIVO.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error de hecho en la apreciación de las pruebas.

CUARTO MOTIVO .- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del art. 368 del Código Penal .

QUINTO MOTIVO.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del art. 368.2 del Código Penal

SEXTO MOTIVO.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del art. 21.7º en relación con el 21.2 del mismo texto legal .

RECURSO DE Gaspar

PRIMER MOTIVO.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española .



SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del art. 368.2 del Código Penal

TERCER MOTIVO.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación de la atenuante del art. 21.7º en relación con el 21.2 del mismo texto legal (motivo tercero)".

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, impugnando los motivos de los recursos; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Lina , Genaro y Leocadia .

PRIMERO.- El motivo primero al amparo del artículo 5.4 LOPJ , por violación del artículo 24 CE , al haberse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso con todas las garantías, y el derecho a la presunción de inocencia al no haberse practicado en el acto del juicio ninguna prueba válidamente obtenida que demuestre la participación de los recurrentes en un delito de tráfico de drogas.

Plantean los recurrentes tres cuestiones en el motivo:

En primer lugar, la nulidad de la entrada y registro del domicilio de Lina por falta de motivación del auto que la autorizó y por ello de todas las pruebas derivadas del mismo.

En segundo lugar la ruptura de la cadena de custodia de las sustancias intervenidas por conexión de antijuricidad al vulnerar el derecho fundamental a la defensa y a un proceso con todas las garantías, debiendo declararse la nulidad de actuaciones por tal motivo.

Y por último, con carácter subsidiario a las anteriores, la inexistencia de prueba de cargo suficiente, al ser el criterio de la Sala irracional, vulnerándose principio de presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas garantías al no concretarse en los hechos probados, la imputación o participación concreta de cada uno de los acusados.

En relación a las dos primeras cuestiones olvidan los recurrentes -tal como recuerda el Ministerio Fiscal en su documentado escrito de impugnación del motivo-que en los fundamentos de derecho segundo y tercero STS. 356/2016 de 26 abril , que declaró la nulidad de la primera sentencia en la presente causa, por ausencia de motivación suficiente sobre las fuentes probatorias que conducen a la condena, se analizaron y desestimaron los motivos interpuestos por los recurrentes que postulaban la nulidad de las diligencias de entradas y registros en los domicilios situados en la DIRECCION000 número NUM000 (casa número NUM001) ocupada por Genaro y Leocadia , y en la misma calle al número NUM001 (casa número NUM002) de Florentino y Lina , y la ruptura de la cadena de custodia sobre la sustancia intervenida, se trata por tanto, de unas cuestiones ya resueltas que no es factible reproducir de nuevo en esta instancia casacional y que debe ser rechazada de plano dando por reproducidos los argumentos que se expusieron en la citada sentencia casacional.

El motivo deberá limitarse, en consecuencia, a analizar la suficiencia de los medios de prueba que ha tenido en cuenta el Tribunal para dictar una sentencia condenatoria, partiendo de que en la referida sentencia 356/2016 , fundamento de derecho cuarto, precisó que en definitiva, el deber constitucional de motivar las sentencias penales abarca los tres extremos, anteriormente indicados, pero con respecto al primero, el deber de motivar los elementos fácticos de las resoluciones, tiene -entre otras- las siguientes conclusiones: 1º) No es posible una simple valoración conjunta de la prueba, sin dar cuenta el Tribunal de las fuentes probatorias concretas de las que se ha servido para obtener su convicción judicial. 2º) Que tal deber no se satisface con la mera indicación de las fuentes y los medios de prueba llevados a cabo al juicio, «sin aportar la menor información acerca del contenido de las mismas» (Sentencia 123/2004 , entre otras). 3º) Que, en el caso de tratarse de diversos acusados, deben individualizarse los mecanismos de apreciación probatoria, uno por uno, y no en forma globalizada. 4º) Que, en caso de tratarse de prueba indirecta, han de recogerse pormenorizadamente los indicios resultantes de la prueba directa, de donde deducir, después, motivadamente la incriminación de los acusados. 5º) Que en el supuesto de que tales pruebas se refieran a observaciones telefónicas, no basta con una referencia genérica a la documental de la causa, o a sus transcripciones, sino que debe indicarse cuáles son las frases concretas de donde se deduce, por prueba directa o indirecta, la participación de cada acusado en cuestión, y en él fundamento de derecho quinto al estimar los motivos formalizados por presunción de inocencia desde la perspectiva de la debida motivación de las sentencias condenatorias, señaló que el Tribunal sentenciador describe las fuentes probatorias (actas de vigilancia, ratificaciones, droga



intervenida en una riñonera y en un domicilio, balanzas de precisión y la declaración de un testigo protegido), lo que dicen los jueces «a quibus», «constituyen pruebas más que suficientes para destruir la presunción de inocencia de los acusados». Ninguna otra argumentación adicional se expone respecto al rendimiento de tales fuentes probatorias, ni la descripción de las conductas de los acusados, con la precisión necesaria para su incardinación punitiva, ni la declaración concreta del testigo protegido aludido, ni en qué consistía la función de «correo» de algunos de los acusados, ni cómo se producía la captación de clientes, con una mínima explicación, fuera de expresiones omnicomprendivas, ni la deducción de los efectos intervenidos al tráfico, en función de los datos cuantitativos resultantes de su análisis, ni, en suma, la constatación de los antecedentes penales de los acusados Genaro y Leocadia, que constan en el quinto de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, sin descripción de penas impuestas o de finalización de sus responsabilidades a los efectos de computar la circunstancia agravante de reincidencia.

Por consiguiente, conforme resulta de nuestra STS 951/2013, de 10 de diciembre de 2013, debe motivarse adecuadamente la resolución judicial recurrida, sin que pueda aceptarse tan mínima explicación, en realidad inexistente, sobre las fuentes probatorias de las que se ha valido el Tribunal sentenciador para condenar a los acusados y desarrollar todo el escenario fáctico, pues tiene el Tribunal sentenciador el inexcusable deber de motivar los elementos convictivos, cuya fundamentación ha elevado nuestra Carta Magna a la categoría constitucional en el art. 120.3 de la misma. Están, pues, en juego derechos constitucionales de los acusados, y es legítimo que soliciten conocer las fundadas razones de la condena por parte de la Sala sentenciadora de instancia.

De modo que esta queja casacional ha de ser estimada, debiendo el Tribunal de instancia, con su propia composición, rehacer su motivación fáctica pormenorizando los elementos probatorios de donde ha deducido su participación criminal, informando acerca de las fuentes probatorias de las que se ha valido, ofreciendo su contenido incriminatorio, y valorando, en suma, las distintas declaraciones ofrecidas, junto a los elementos documentales y periciales obrantes en la causa.

Pues bien en la segunda sentencia dictada por el tribunal de instancia en cumplimiento de lo ordenado por esta Sala casacional exprese de forma individualizada las pruebas que llevan a la condena de cada uno de los recurrentes.

1.- Así con respecto a Genaro y Leocadia que compartían la casa número NUM001 de la DIRECCION000 destacan como pruebas de cargo:

-La declaración del testigo protegido (NUM003) que identificó a ambos, como las personas que le vendían sustancias estupefacientes para su consumo que además realizaba en una especie de narcosala situada en la parte trasera de dicha vivienda identificando plenamente las distintas dependencias de la vivienda y señalando incluso que Genaro le suministraba en varias ocasiones la droga de un bolso o riñonera de color negro en el que portaba además una pequeña balanza.

-La bolsa o riñonera incautada por la Policía en un descampado existente en frente de la casa, que contenía en su interior seis papelinas de 0,27 g de cocaína pureza del 73,3 %, una papelina de heroína de 1,49 gramos pureza del 10,1% y dos balanzas de precisión.

Dicha bolsa habría sido depositada por Genaro tal y como resulta del acta de vigilancia policial de 16 abril 2013 ratificada en el plenario por los agentes que intervinieron.

-Actas policiales y sus correspondientes reportajes fotográficos ratificados en el acto del juicio los días 12 abril, 16 abril, 17 abril, 19 abril, 23 abril, de 26 abril 2013, en los que se observa e identifica a ambos y el trasiego constante de toxicómanos a referida vivienda así como los continuos viajes de Genaro al descampado para recoger la riñonera de color negro.

De las pruebas referidas, coincidimos con el Ministerio Fiscal, en que puede deducirse, que los acusados habían instalado en su vivienda un punto de venta y distribución de sustancias estupefacientes que incluía un habitáculo, de los conocidos en el argot del mundillo del tráfico como narcosalas, para que la dosis fueran consumidas en el acto y en el mismo lugar evitando así los efectos de una posible acción policial en el exterior, ocultando las sustancias que distribuían como medida de seguridad en un descampado ubicado enfrente del domicilio con el mismo propósito de eludir cualquier posible intervención policial, detectando los agentes encargados de las vigilancias que se prolongaron durante mes y medio la constante presencia de toxicómanos que acudían, a falta de otra explicación plausible, a proveerse de sus dosis de consumo. A mayor abundamiento, aunque no lo reseña el Tribunal en la fundamentación de la sentencia, en el acta de entrada y registro -folios 274 y ss del Tomo I de la causa - se describe una nave ubicada en la parte trasera de la vivienda en la que se encuentran restos de dosis ya consumidas, descripción que se corresponde con las



manifestaciones del testigo protegido y que corrobora que era utilizada por los acusados como "narcosala" para el consumo de los adictos que adquirirían la sustancia estupefaciente en la vivienda.

2.- Y en lo concerniente a Lina a la que se considera responsable de un delito de tráfico de drogas realizado en la casa situada en el número NUM001 de la DIRECCION000 (casa número NUM004) junto al acusado Florentino , valora como prueba de cargo: las actas policiales de vigilancia con sus reportajes fotográficos, ratificadas en el acto del juicio, levantada los días 2 mayo y 6 mayo 2013 en las que se identifica a esta acusada y el constante trasiego de toxicómanos en su vivienda, así como la ocupación en el registro de su vivienda, llevado a cabo el 9 mayo 2013 de 4,51 gramos de cocaína con pureza de 71, 8% y 0,78 g de heroína, una balanza de precisión, 72,18 € en moneda fraccionada así como rollo de papel aluminio y otros efectos que pueden relacionarse con la venta de sustancias estupefacientes.

De tales pruebas puede deducirse de acuerdo con las reglas de la lógica y máximas de experiencia que está acusada-en unión del otro habitante de la casa- se dedicaba a la venta y distribución de aquellas sustancias estupefacientes.

Consecuentemente en relación a estos tres recurrentes el tribunal de instancia ha valorado las pruebas antedichas con una motivación que debe considerarse suficiente.

En efecto, hemos dicho en SSTs. 29/2010 de uno de febrero y 544/2016 de 21 junio recogiendo la doctrina expuesta en SSTC. 314/2005 de 12 diciembre , 94/2007 de 7 mayo , 160/2009 de 29 junio , *el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos*, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción; pero el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener en la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, *no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial* (SSTC. 14/91 , 175/92 , 105/97 , 224/97), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella (STC. 165/79 de 27.9) y en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC. 147/99 de 4.8 y 173/2003 de 19.9), bien entendido que *la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales* , sino que es necesario examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC. 2/97 de 13.1 , 139/2000 de 29.5 , 169/2009 de 29.6).

Del mismo modo el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de alcanzar una respuesta razonada y fundada en Derecho dentro de un plazo prudente, el cual se satisface si la resolución contiene la fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo saber cuáles son los argumentos que sirven de apoyatura a la decisión adoptada y quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad, pero no comprende el derecho a obtener una resolución favorable a sus pretensiones.

En definitiva, *como precisa la STS. 628/2010 de 1.7 , podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho* , lo cual ocurrirá en estos casos:

a) *Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión* . Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2 , 101/92 de 25.6), *con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial"*, ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) *Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente*. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo



ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este *Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas*". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93 , 158/95 , 46/96 , 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9 , 1009/96 de 30.12 , 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4 , han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "*no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva*" (SSTC. 14/95 de 24.1 , 199/96 de 4.6 , 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "*solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento*".

Las STS. 483/2003 de 5.4 y 1132/2003 de 10.9 , explican que las sentencias deben estar suficientemente *motivadas no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear* a que se contraiga el objeto del proceso, *sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes* , pues así lo exige el referido artículo 120.3 de la Constitución y también el no hacerlo puede conllevar el defecto formal contenido en el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , tradicionalmente se ha *denominado «incongruencia omisiva»* .

Además, *la motivación requiere del Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que, junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente, y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva*. De esta manera, *la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley , permite conocer las pruebas en virtud de las cuales se le condena (motivación fáctica) y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica)* al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y, finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

SEGUNDO.- Pues bien frente a esta prueba de cargo a que se ha hecho referencia, los recurrentes cuestionan la validez y eficacia de cada una de ellas.

1. En primer lugar "*las actas de vigilancia aportadas por la Policía y obrantes en autos como prueba documental con los fotogramas incorporados a las mismas*".

Se cuestiona su legalidad al realizarse la prueba sin el más mínimo control judicial, han sido seleccionadas por el propio grupo policial encargado de la investigación y la cinta videográfica no se entregó a la autoridad judicial de inmediato sino a requerimiento de la defensa, dos años después de los hechos, tampoco ha sido visionada por el juez ni por el secretario para comprobar la autenticidad de los fotogramas extraídos de ella y tampoco sea realizado su visionado en juicio oral y no contiene una grabación íntegra sino cortes manipulados como se comprueba en el CD incorporado al Rollo de la Sala.

Como hemos señalado en SSTS. 968/98 de 17 julio , 188/99 de 15 febrero , 367/2001 de 13 marzo , 180/2012 de 14 marzo , 433/2012 de 1 de junio , 487/2013 de 5 junio , 67/2014 de 28 enero , 409/2014 de 21 de mayo , la doctrina jurisprudencial de esta Sala, ha considerado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas, estimando que la captación de imágenes de actividades que pueden ser constitutivas de acciones delictivas se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal, siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en *espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio o de lugares específicos donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad*.

Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas (domicilio) sólo puede ser acordado en virtud de *mandamiento judicial* que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían



autorizados, sin el oportuno plázet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaleciendo de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario, ni tampoco puede autorizarse la instalación de cámaras en lugares destinados a actividades donde se requiere la intimidad como las zonas de aseo.

Pero, como precisa la STS de 1-6-2012, nº 433/2012 , el material fotográfico y vídeo gráfico obtenido en el ámbito público y *sin intromisión* indebida en la *intimidad personal* o familiar tiene un valor probatorio innegable.

Asimismo las SSTS. 315/2016 de 14 abril y 134/2017 de 2 marzo , recuerdan que es perfectamente lícito que la convicción judicial sobre la intervención de unos individuos en determinados hechos de la acreditada por los fotogramas obtenidos de una cinta de vídeo.

En efecto no existe obstáculo para que las labores de investigación practicada por los agentes de la policía en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 282 LECrim , se extiendan a la captación de imágenes de personas dichas de manera subjetiva en los momentos en que se está fundadamente cometiendo un hecho ilícito ya que ningún derecho queda vulnerado si la filmación se realiza en vías públicas o espacios abiertos al público y que dicha labor de captación de imágenes por medios de reproducción mecánica, no precisa autorización judicial, la que sí es preceptiva y debe concederse por el órgano judicial en resolución motivada y proporcional al hecho a investigar, cuando se trata de domicilios o lugares considerados como tales, pues a ellos no puede llegar la investigación policial, que debe limitarse a los exteriores.

Doctrina jurisprudencial que ha sido plasmada en la reforma procesal operada por LO. 13/2015 al introducir el nuevo artículo 588 a) que establece que la policía judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentra en un lugar o espacio público, aun cuando la medida afecte a personas distintas del investigado, sin que, tal como se recoge en el Preámbulo de la Ley, en estos casos sea necesaria la autorización judicial en la medida en que no se produce afectación a ninguno de los derechos fundamentales del artículo 18 CE .

Y en el caso analizado el examen de los fotogramas incorporados a las actas de vigilancia permite constatar que se trata de grabaciones en la vía pública en las inmediaciones de los domicilios de los acusados sin que contengan imágenes del interior de las viviendas, estando por ello afectado su derecho a la intimidad.

En relación a la tardanza en la aportación de los soportes que contienen las imágenes, es cierto que esta Sala, por todas SSTS. 1154/2010 de 12 enero 2011 , tiene declarado que efectivamente es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones. La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la Policía, por la obligación que le cumple de informar al Juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. Y tal aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas.

De tales alteraciones, en el caso, no existe indicio alguno, y además los fotogramas extraídos de las grabaciones fueron aportados en el propio atestado como sustento de las actas de vigilancia (folios 4, 14,21, 306) y su contenido ha sido contrastado y valorado como coincidente con la prueba testifical de los agentes policiales intervinientes.

Siendo así respecto a la aportación de soporte documental al proceso de la grabación no íntegra y con cortes manipulados por la Policía, sin que en su día se procediera a su visionado por el Juez de Instrucción, tal como destaca el Ministerio Fiscal en su informe. La comisaría de policía de Linares mediante oficio de 19 febrero 2015, informó permitía el único soporte que existe de las imágenes obrantes las actuaciones, toda vez que el resto de soportes son de uso común con el resto de brigadas operativas y las imágenes desechadas no son almacenadas. Explicación razonable que descarta cualquier tipo de manipulación malintencionada de las imágenes, como sugieren los recurrentes. Sin olvidar que el resultado de las vigilancias reflejado en las actas está constituido por la declaración testifical de los agentes que las llevaron a cabo que comparecieron al juicio oral y las ratificaron, siendo el reportaje fotográfico un mero soporte documental unido indisolublemente a la prueba personal, por ello aunque se admitiera la falta de integridad del soporte documental no afectaría a la validez como prueba de cargo de aquellas declaraciones testificales prestadas en el plenario.

2. En cuanto a la ratificación judicial del contenido de dichas actas por parte de los agentes policiales llevada a cabo en el acto del juicio oral.



Considera el motivo insuficiente para fundamentar el fallo condenatorio los indicios derivados de las manifestaciones de los agentes que intervinieron en la elaboración del atestado que en puridad vienen a erigirse en testimonios referenciales respecto de las imágenes contenidas en la cinta y que no han sido corroboradas por ninguna otra prueba directa.

Cuestiona el valor de referidas testificales sin que sea superior al de cualquier otro testigo, sin que ninguno de ellos recordará nada de lo que habían observado.

Y por último impugna que dichas declaraciones se prestaran por videoconferencia desde la propia Comisaría de Policía de Linares sin encontrarse presente el Secretario Judicial a fin de garantizar las exigencias contenidas en los artículos 405 y 704 LECrim , careciendo por ello de validez alguna como prueba las manifestaciones de los agentes que depusieron.

Queja inasumible.

En efecto respecto al valor probatorio de las declaraciones de los agentes de autoridad, como con acierto destaca la sentencia recurrida, esta Sala casacional -por ejemplo SSTs. 328/2014 de 28.9 , 433/2014 de 3.6 , 724/2014 de 13.11 , tiene dicho, que debe distinguirse los supuestos en que el policía está involucrado en los hechos bien como víctima (por ejemplo, atentado, resistencia...) bien como sujeto activo (por ejemplo, detención ilegal, torturas, contra la integridad moral, etc.). En estos supuestos no resulta aceptable en línea de principio que las manifestaciones policiales tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo, destructora de la presunción de inocencia por sí misma, habida cuenta la calidad, por razón de su condición de agente de la autoridad, de las mismas. Y no puede ser así porque cualquier sobreestimación del valor procesal de las declaraciones policiales llevaría consigo de modo inevitable la degradación de la presunción de inocencia de los sujetos afectados por ellas. De manera que las aportaciones probatorias de los afectados agentes de la autoridad no deberán merecer más valoración que la que objetivamente se derive, no de la priori de la condición funcional de éstos, sino de la consistencia lógica de las correspondientes afirmaciones y de la fuerza de convicción que de las mismas derive en el marco de la confrontación de los restantes materiales probatorios aportados al juicio.

Pero cuando se refiere a hechos en que intervengan por razón de un cargo en el curso de investigaciones policiales, esto es, lo que la doctrina denomina "delitos testimoniales", que tienen como característica común la percepción directa de su comisión por aquellos, el art. 297.2 LECrim . otorga valor de declaración testifical a la prestada por funcionarios de la policía judicial en cuanto se refieren a hechos de conocimiento propio, reiterando en parte tal formulación del art. 717 que añade, para el juicio oral, y sin restricción alguna, pues omite la limitación a los hechos de conocimiento propio **que "serán apreciables según las reglas del criterio racional"**. El Tribunal Constitucional (S. 229/91 de 28.11) y esta Sala Segunda Tribunal Supremo (SS. 21.9.92 , 3.3.93 , 18.2.94) , así lo entienden y conceden valor probatorio a sus testimonios debiendo ajustarse su apreciación y contenido a los mismos parámetros que los de cualquier otra declaración testifical.

Dice en concreto, la STS. 395/2008 de 27.6 , que según doctrina reiterada de esta Sala, las declaraciones de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio, prestadas en el plenario con arreglo a los artículos 297 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia, dado que gozan de las garantías propias de tal acto, sin que exista razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales.

3. En cuanto que las declaraciones se prestaron por videoconferencia la normalidad de su utilización aparece expresada en preceptos legales que ofrecen cobertura a la decisión adoptada por la Audiencia. En efecto como hemos dicho en STS. 161/2015 del 17 marzo -, los apartados 2 y 3 del art. 229 de la LOPJ recuerdan que *" las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas , (...) podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal "*. En desarrollo de este principio general, el art. 731 bis de la LECrim , reiterando para el juicio oral lo prevenido en el art. 325 en fase de instrucción, dispone que *" el tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido "*.

La lectura contrastada de estos preceptos evidencia que mientras el art. 229 de la LOPJ condiciona la utilización de la videoconferencia a que no se resientan los principios estructurales de contradicción y defensa,



el art. 731 bis de la LECrim rodea esa opción tecnológica de cautelas que sólo justificarían su empleo cuando se acreditara la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la constatación de un gravamen o perjuicio para quien haya de declarar con ese formato.

La creación de un espacio judicial europeo ha hecho de la videoconferencia un medio reglado de extendida aplicación en los distintos instrumentos jurídicos llamados a regular la cooperación judicial entre Estados. De forma bien reciente, la *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, regula en los apartados 5 a 7 del art. 24 las condiciones para la utilización de videoconferencia, descartando cualquier género de dudas referidas a la identidad del declarante y el respeto a los derechos que como tal le asisten. En línea similar, la *Información 2014/C 182/02 del Plan de Acción plurianual 2014-2018, relativo a la Justicia en red europea* incluye entre los objetivos de la red la ampliación del empleo de videoconferencias, teleconferencias u otros medios adecuados de comunicación a distancia para las vistas orales, con el fin de evitar los desplazamientos a la sede del Tribunal ante el que se practiquen las pruebas (epígrafe B, apartado 1.25).

No es ajena a esta tendencia la *Directiva 2013/48/UE de 22 Octubre, relativa al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en procedimientos relativos a la orden de detención europea, y derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad*. También ahora la videoconferencia aparece como un instrumento técnico susceptible de hacer posible la asistencia letrada, si bien adoptando las debidas prevenciones con el fin de que su utilización no vaya en detrimento del contenido material de aquel derecho. Así se expresa el considerando 23, en el que se proclama que "*los Estados miembros pueden adoptar disposiciones prácticas sobre la duración, la frecuencia y los medios de dicha comunicación, incluido el uso de la videoconferencia y otras tecnologías de la comunicación con el fin de que pueda tener lugar tal comunicación, siempre que dichas disposiciones prácticas no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho de esas personas a comunicarse con sus letrados*".

La videoconferencia aparece también como la fórmula técnica para hacer oír a la víctima residente en el extranjero, según dispone el art. 17.1.b) de la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*.

En definitiva, la pionera regulación adoptada en su día por el art. 10 del *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, aprobado en Bruselas el 29 de mayo de 2000, ha inspirado en el ámbito europeo otras normas que no han hecho sino profundizar en las ventajas que ofrece aquella solución técnica para salvar, con las debidas garantías, la distancia geográfica entre el declarante y el órgano jurisdiccional que ha de valorar el significado probatorio de ese testimonio.

Sobre su incidencia en relación con los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, hemos reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción (cfr. SSTS 641/2009, de 16 de junio; AATS 961/2005, de 16 de junio de 2005; 1301/2006, de 4 de mayo de 2006; 1462/2006, de 21 de junio de 2006; SSTS 957/2006, de 5 de octubre de 2006; 1351/2007, de 5 de enero de 2007). El ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006, subraya que el interrogatorio de testigos mediante videoconferencia no vulnera los derechos de contradicción e inmediación de la prueba, « *sino lo contrario* ».

Pese a todo ello, la progresiva familiarización del proceso penal con las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, no se ha despojado de cierto aroma de subsidiaria excepcionalidad. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 120/2009, 18 de mayo de 2009, FJ 6º y 2/2010, 11 de enero, FJ 3º ha proclamado que, si bien es cierto que "*e n nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de intermediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*", no es menos cierto que "*cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista*".

Esa idea restrictiva bebe sus fuentes de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso *Marcello Viola c. Italia*, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, caso *Zagaría c. Italia*, § 29, ha admitido el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos -tales como "*la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable*"-, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado.

La restricción tampoco es ajena a la literalidad del art. 731 bis de la LECrim, que, desde luego, no sugiere una relación de absoluta equivalencia. El recurso a la videoconferencia se encuentra subordinado -en lo que aquí



interesa, a tenor de los términos de la impugnación- a la concurrencia de razones de " *utilidad* " o a la finalidad de evitar que la comparecencia en la sede del órgano ante el que se desarrolle el plenario " *resulte gravosa o perjudicial* ". Ese texto no contiene ningún criterio de valoración de la primera, pero, en una lectura contextual, cabe entender, tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables. No faltan precedentes en esta Sala que proclaman una tendencial asimilación de los dos modos de proceder considerados. Lo pone de relieve la STS 779 / 2012, 10 de diciembre, que, saliendo al paso del reproche de existencia de vulneración del principio de inmediación por el uso de la videoconferencia, niega que se hubiera producido, debido a que ese recurso técnico permitió " *someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el fiscal* " y " *las declaraciones de [los] testigos [fueron] percibidas directamente por los miembros del tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas* "; por la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido que aquella hace posible.

En igual sentido la STS. 249/2016 de 31 marzo transcrita por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación recuerda que se trata de una especialidad procesal que *no afecta en modo alguno al derecho al proceso debido* , pues la videoconferencia permite la efectividad del principio de contradicción sin el que no existe proceso debido. Hay que recordar que como tiene dicho esta Sala, *todo juicio es un decir y un contradecir*, y solo en la dialéctica de prueba de cargo y prueba de descargo, puede alcanzarse la verdad judicial. SSTS 500/2004 ; 528/2006 ; 629/2007 ; 273/2010 ó 165/2013, y del Tribunal Constitucional se puede citar la STC 134/2010 de 2 de Diciembre .

La utilización de la videoconferencia , y en general, del uso de los nuevos medios técnicos de comunicación, está *expresamente autorizada* en las actuaciones procesales con la sola exigencia de que se respeten las garantías del proceso y, muy especialmente el principio de contradicción.

En este sentido, es claro el *art. 229-3º de la LOPJ* redactado de acuerdo con la L.O. 13/2003 de reforma de la LECriminal.

Dicho artículo permite la utilización de la videoconferencia siempre que:

- a) Se permita la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido, es decir que exista una verdadera conversación.
- b) Que sea posible la interacción visual auditiva y verbal de los intervinientes situados en puntos geográficamente distantes, y
- c) Que se salvaguarde *en todo caso* la posibilidad de la contradicción y la salvaguarda del derecho de defensa.

Obviamente está previsto que el Secretario Judicial acredite la identidad de los intervinientes así como de los documentos de la documentación concernida.

En el mismo sentido, la utilización de la videoconferencia está expresamente, ya en referencia al orden penal en el *art. 731 bis de la LECriminal* . Dicho artículo hay que resaltar que la utilización de la videoconferencia *no tiene la vocación de sustituir en el futuro sic et simpliciter la oralidad e inmediación* de la tramitación del proceso ni muy singularmente del Plenario.

La utilización de estos nuevos medios técnicos de comunicación viene supeditada, como se dice en el art. 731 bis de la LECriminal a la existencia de alguna de estas tres razones :

- a) Utilidad, seguridad u orden público.
- b) Dificultad o alto coste de la comparecencia personal de la persona o perito concernido.
- c) En procesos cuando se trate de menores y precisamente en garantía de su indemnidad para evitar lo que se denomina la " *victimización secundaria* " derivada de la presencia física del menor víctima en el Plenario.

Esta Sala en la STS 678/2005 de 16 de Mayo ya advirtió que la utilización de la videoconferencia *exige una causa justificada de suerte que no es un equivalente o alternativa procesal a la presencia física de la persona concernida ante el Juez o Tribunal* .

- En el caso de dicha sentencia, los hechos se referían a unos hechos delictivos cometidos por internos, que en el momento de la vista se encontraban en los Centros Penitenciarios de Fontcalent y Picasent, los que fueron interrogados desde tales centros penitenciarios por videoconferencia.

En el caso que se examina consta solicitud de la Comisaría Local de Linares dirigida al tribunal interesado que la comparecencia de los agentes se realizase mediante videoconferencia desde los locales de la Comisaría, justificando la petición en la necesidad de evitar desplazamientos de funcionarios a la capital con el



consiguiente ahorro económico y de recursos humanos. Solicitud sea emitida por el tribunal (folios 240 Rollo Sala) fue aceptada por las partes que no formularon recurso, queja o protesta alguna.

Y en el acto del juicio oral el examen del acta extendida por la Letrada de la Administración de Justicia, folios 306 a 310 Rollo Sala, y el visionado de la videograbación de las sesiones del plenario, permite comprobar que sí bien la defensa protesta por no encontrarse en Comisaría el Secretario Judicial no cuestionó la identidad de los testigos que declararon por el sistema de vídeo conferencia, por lo que en queja casacional carece de sentido, al no existir norma legal que exija la presencia en el local en que se encuentran los declarantes y donde se emite la señal, y la presencia del Secretario Judicial. Por el contrario el artículo 229 LOPJ , previene que en estos casos el Secretario Judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.

4. En relación a la infracción del artículo 704 LECrim , como hemos dicho SSTS. 23/2007 de 23 enero , 792/2010 de 22 septiembre , 10 51/2011 de 14 octubre y 25 noviembre 2016 , la Ley procesal dispone en dicho precepto, la incomunicación de los testigos, evitando el contacto entre los que ya hayan declarado con los que todavía no lo han hecho. Y el artículo 705 prevé que el presidente los haga comparecer de uno en uno. Como ha señalado la jurisprudencia, la razón de la incomunicación se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que ha oído declarar a otro (STS 22/2003). En consecuencia, la forma correcta de proceder es la que señala la ley, es decir, que los testigos permanezcan incomunicados y que declaren de uno en uno, evitando riesgos innecesarios que, de concretarse, pudieran restar valor a las pruebas disponibles.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia también ha señalado que esta forma de proceder no es condición de la validez de la declaración ni, consecuentemente, impide su valoración, sino que sus efectos se han de determinar en cada caso en función de la posibilidad de que la declaración haya sido verdaderamente influida o condicionada y haya afectado a aspectos relevantes para el fallo. En la STS 768/1994 , se negó que la infracción del artículo 704 supusiera en todo caso la nulidad de la prueba. Y en la STS nº 229/2002 , se negó cualquier eficacia a la comunicación entre dos testigos agentes de la Guardia Civil antes de su declaración atendiendo a que ambos pertenecían al mismo Cuerpo y habían participado conjuntamente en la investigación, y, por lo tanto, podía deducirse que entre ellos ya había existido comunicación sobre el particular.

En definitiva, el Tribunal deberá tener en cuenta las particularidades de cada caso en el momento de valorar la prueba testifical. En esta dirección, la STS 153/2005 de 10 de febrero recuerda «que el tema de la comunicación de los testigos, que exige el art. 704 LECrim . es una norma llena de sentido común en la medida que lo que con ello se quiere conseguir es que no puedan enterarse los unos de lo declarado por los que les precedieron para así evitar previos conciertos, pero la bondad de la medida no puede olvidar la naturaleza cautelar de la misma y, por tanto, situada extramuros de la validez del testimonio». Ello supone que la quiebra de la incomunicación solo puede tener incidencia del testimonio que le venga a conceder el Tribunal, por el riesgo de dicha confabulación, pero en modo alguno va a afectar a la validez de la declaración como se solicita por el recurrente (en tal sentido se pueden citar las SSTS 5.4.1989 , 30.1.1992 , 32/1995 de 19.1 , 908/1999 de 1.6 y 26.3.2001). La incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y si sólo de su credibilidad, y ello es tanto más obvio ante la realidad de juicios cuyas sesiones se prolongan durante varios días.

La tesis de supeditar la validez de la prueba testifical a la incomunicación, continua diciendo la STS 153/2005 , tendría la absurda consecuencia de provocar una insólita y generalizada retención/detención de los testigos, incluso durante varios días, y precisamente por orden del Tribunal sentenciador.

En similar sentido la STS 814/2011 de 15.7 , tuvo ocasión de declarar que "el art. 704 LECrim . contiene una norma dirigida a los órganos jurisdiccionales orientada a garantizar en lo posible la veracidad de los testimonios que se viertan ante éstos evitando que resulten condicionados por otras manifestaciones previas, pero no contiene un mandato imperativo o una norma prohibitiva en el sentido de que su inobservancia provoque la imposibilidad de practicar la prueba o, en su caso, su valoración. No obstante, en caso de que la previsión legal no sea observada, el Tribunal deberá tenerlo en cuenta al proceder a la valoración de la declaración testifical, pues es claro que la indebida presencia del testigo en la sala de audiencia podría haber afectado de alguna forma al sentido de su testimonio. La jurisprudencia de esta Sala ya se ha manifestado sobre esta cuestión con anterioridad. Así, en la STS de 5 de abril de 1989 , en al que se decía que el artículo 704 de la LECrim "...no establece norma prohibitiva alguna, sino que constituye disposición legal que no puede confundirse con un puro mandato. Su esfera operativa se sitúa en la exigencia de comportamientos (cuyo destinatario es precisamente el órgano jurisdiccional) dirigidos a proporcionar una instrumentación de la veracidad del testimonio, pero ni prohíbe que uno originado en contravención con ella sea producido ni aun impediría, dado el campo del artículo 741 citado, que el Tribunal lo tomase en cuenta para formar su convicción. Se trata, en definitiva, de una norma cautelar cuyo incumplimiento no produce otra carga (el sentido del también



citado artículo 646 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es claro en tal sentido) o producción de perjuicio que el eventual de la aminoración de credibilidad del testimonio, pero en manera alguna origina una prescripción prohibitiva".

En el caso actual el examen de la videograbación acredita que los testigos prestaron declaración de forma individual en la Sala habilitada al efecto y el contenido de las respuestas dadas no coincidentes en su totalidad a las preguntas formuladas, disipa cualquier duda sobre esa posible comunicación entre los distintos testigos en pro de una versión previamente programada de los hechos.

5. En cuanto a las alegaciones de los recurrentes sobre la droga intervenida en el domicilio de Lina , 3,29 g de cocaína y 0,097 de heroína, y en la riñonera, 0, 15 g de heroína, y 0, 20 g de cocaína que según el acta de 16 abril 2013 Genaro depositó en un descampado, cantidades todas que estarían dentro de los límites jurisprudenciales del autoconsumo, así como las balanzas halladas en aquel domicilio en la riñonera, cuyo destino era para su utilización para pesarse la dosis que consumían, referida pretensión deviene asumible.

En efecto lo que el legislador incrimina es la tenencia para el tráfico no de una determinada cantidad que exceda de los límites del consumo propio y siendo el fin donde el tráfico un elemento del tipo al estar acreditado, como cualquier otro, por lo que la ocupación de cantidades que estarían dentro de los límites de autoconsumo, no implica la imposibilidad de subsumir su conducta en el tipo penal del artículo 368 CP , si el tráfico puede acreditarse por otras pruebas, tal como sucede en el caso enjuiciado, en el que la Sala concede valor de credibilidad a las declaraciones del testigo protegido y de los agentes policiales así como a las actas policiales con sus correspondientes soportes documentales ratificadas en el plenario, pruebas que acreditan que los acusados se dedicaban a la venta al menudeo de sustancias estupefacientes en sus propios domicilios, que utilizaban a modo de narcosalas para el consumo. Declaraciones que se ven corroboradas por el hallazgo de las sustancias estupefacientes y de útiles o instrumentos aptos para la manipulación y confección de dosis de consumo, como son las balanzas de precisión, que si bien como aparatos de medición pueden tener otros usos ilícitos por completos ajenos al menudeo de la droga, lo cierto es que en la experiencia enseña que se utilizan habitualmente por los vendedores para el pesaje de determinadas clases de drogas, como la cocaína y heroína incautadas, por lo que su tenencia es un dato incriminatorio complementario importante cuando además, no se ofrece por los acusados una explicación satisfactoria sobre la utilización que dan a tal artilugio (STS. 285/2014 de 25 marzo).

6. En relación a la declaración del testigo protegido, tras referir que la sentencia no hace la más mínima alusión al contenido de su declaración, cuestiona la decisión del Presidente de que, conocida su identidad por las defensas al inicio del juicio oral, denegará la petición de suspensión a fin de poder solicitar las pruebas necesarias para acreditar la enemistad o los móviles que le llevaron a realizar la incriminación en sede policial, de modo que dicho testimonio carece de valor como prueba de cargo.

Asimismo considera ineficaz su declaración en el juicio oral porque se llevó a cabo sin que el Tribunal y las defensas pudieran verlo en ningún momento, limitándose de forma sustancial el principio de inmediación.

Esta Sala coincide con el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación en que el Tribunal actuó correctamente al no acceder a la suspensión.

El visionado de la videograbación del juicio oral permite constatar que revelada la identidad del testigo protegido a las partes, la defensa interesó la suspensión para presentar cualquier tipo de prueba que desvirtúe su testimonio, sin precisar el contenido y alcance de las pruebas que pretendía proponer, petición genérica e inconcreta que motivó el rechazo del Tribunal, formulándose la oportuna protesta.

El art. 788.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que excepcionalmente podrá acordar el Juez o Tribunal la suspensión o aplazamiento de la sesión, hasta el límite máximo de treinta días en los supuestos del art. 746, que en su nº 6 dispone que procede la suspensión cuando revelaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesario nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria.

Pero en todo caso es preciso, para evitar aplazamientos inútiles o suspensiones injustificadas contrarias al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que se concretan las diligencias de pruebas que deben ser practicadas y su finalidad o, en su caso, el contenido de la instrucción suplementaria.

La petición de la defensa era inaceptable, máxime cuando tras prestar declaración el testigo protegido no concretó las diligencias de prueba que podrían justificar la suspensión y reanudado el acto plenario tres días después, tiempo suficiente para estudiar las diligencias de prueba pertinentes para su defensa en relación con la revelación de la identidad del testigo protegido, guardó un significativo silencio.



Pero es que, a mayor abundamiento, la identificación del testigo protegido estaba dirigida según manifestaron las defensas a atacar las eventuales animosidades que tuviera contra los acusados y en el acto del juicio oral no se formuló pregunta alguna tendente a descubrir una posible enemistad que pudiera restar eficacia al testimonio prestado.

En cuanto a la forma en que prestó declaración el testigo protegido, debemos recordar como el tema de los testigos protegidos ha sido contemplado en las distintas sentencias de Tribunal Constitucional, 64/94 de 28 febrero, 65/2013 de 8 abril, y del Tribunal Supremo 649/2010 de 18 junio, 525/2012 de 19 junio, 455/2014 de 10 junio, que destacan la ponderación que debe presidir las necesidades de protección de determinados testigos y las garantías inherentes a un proceso equitativo. En el seno del proceso penal, la colaboración con la Administración de Justicia desempeñada por testigos y peritos puede en ocasiones verse menoscabada por la amenaza de represalias para su vida, integridad física o libertad, por lo que resulta indispensable introducir diversas medidas legales de protección, tanto en fases anteriores y posteriores del juicio oral como incluso en el marco de su desarrollo, que permitan al órgano judicial, tras una ponderación de los intereses en conflicto, aplicar las que resulten procedentes en cada caso (en sentido similar SSTEDH, caso Dorson c. Holanda, 23.4.1997 caso Van Mechelen y otros c. Holanda, 14.2.2002,, caso Visser contra Holanda, 6.12.2012 caso Pesukic c. Suiza. A esa finalidad responde de la promulgación de la LO. 19/94 de 23.12, de protección de testigos y peritos en causas criminales que, en su Exposición de Motivos, recogiendo la necesidad de cohonestar tal protección con las garantías de defensa tantas veces reiterada por el Tribunal de Estrasburgo, manifiesta el afán de mantener "el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales a los testigos y peritos y a sus familiares.

El tema de los testigos protegidos y de la aplicación del régimen especial establecido en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, genera complejas cuestiones en su aplicación práctica, debido a las dificultades que suscita el compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen riesgo con el derecho de defensa de los imputados, y más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la perspectiva de la fiabilidad y credibilidad del testimonio.

Los problemas que emergen en la práctica procesal diaria con las declaraciones de los testigos protegidos se focalizan generalmente en dos puntos principales: el descubrimiento de la identidad del testigo y la forma más o menos opaca o encubierta en que éste presta su declaración en la vista oral del juicio.

1º En cuanto al primero aspecto (la identificación nominal del testigo protegido), el interés personal del testigo en declarar sin que sea conocida su identidad con el fin de evitar cualquier clase de represalia que pudiera poner en riesgo su vida o integridad física, bienes jurídicos de primera magnitud, tanto de su persona como de sus parientes o allegados, suele entrar en colisión con el derecho de las defensas a cuestionar la imparcialidad, credibilidad y la fiabilidad del testimonio de cargo, que pudiera fácilmente devaluarse en el caso de que se constatará cualquier clase de hostilidad, enemistad o animadversión entre el testigo y el acusado. Sin olvidar tampoco que también es relevante conocer las razones de conocimiento del testigo y posibles patologías personales que pudieran repercutir en la veracidad y fiabilidad de sus manifestaciones. La contradicción queda, pues, notablemente limitada y con ella el derecho de defensa.

2º Y en lo que respecta a la forma de deponer en el plenario, también es habitual que el testigo protegido muestre su deseo de no ser visto u observado al menos por los acusados y por el público, y en algunas ocasiones incluso por las defensas de las partes. En estos casos la tutela de sus derechos personales entra en conflicto con la aplicación de los principios de inmediación y de contradicción, pues se priva a las partes procesales y a los acusados de comprobar a través de la visualización directa la convicción, veracidad y firmeza con que declara el testigo y se puede también limitar en alguna medida el grado de la contradicción procesal.

Dentro, pues, de la categoría general de testigos protegidos pueden distinguirse dos subcategorías en orden al nivel de protección: los testigos **anónimos**, de los que ni siquiera se dan a conocer a las partes sus datos personales; y los testigos **ocultos**, que sí son identificados personalmente con nombres y apellidos, pero que deponen en el plenario con distintos grados de opacidad a la visión o control de las partes procesales.

En la subcategoría de los testigos **anónimos**, caben distintas modalidades de anonimato: los supuestos en que el testigo debido a las contingencias o circunstancias particulares del caso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso; y aquellos otros supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del Tribunal se mantiene secreto y no se da a conocer a las partes, que es lo que al parecer ha sucedido en el caso que ahora se enjuicia.

Dentro de la subcategoría de los testigos **ocultos** también caben diferentes posibilidades, según el grado de opacidad u ocultamiento con el que declare en la vista oral el testigo. Es factible que deponga en una



dependencia aparte sin ser visto por el Tribunal ni por las partes ni el público, con lo cual sólo sería oído, que fue la forma en que declaró el testigo protegido en esta causa. Pero también es posible que deponga siendo visto por el Tribunal y los letrados, pero no por los acusados ni el público; sistema de semi-ocultamiento que es el que mayor aplicación tiene en la práctica procesal (generalmente mediante el uso de mamparas y biombo). Sin olvidar tampoco otras opciones en las que se oculta simplemente el rostro del testigo (cascos, capuchas, verdugos o y diferentes postizos). Todos estos sistemas se complementan en algunos casos con la distorsión de la voz. Ambas modalidades de testimonios, anónimos y ocultos o semiocultos, han sido contempladas en la **STC 64/1994, de 28 de febrero**, en la que se distingue aquellos testimonios en los que se desconocen los datos identificativos del testigo (testigos anónimos) de aquellos otros en que sí se conoce la identificación del testigo pero éste declara oculto para el acusado o para éste y también las partes (testigos ocultos).

En la referida resolución del Tribunal Constitucional se examina el problema de los testigos protegidos desde la perspectiva del derecho a un juicio público con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 de la norma fundamental, que a su vez es analizado desde una triple vertiente de exigencias, que se resumen en las siguientes: publicidad, contradicción e igualdad de armas, con el fin de determinar si éstas se observaron en efecto o no en este supuesto concreto.

Después de descartar la vulneración del principio de la publicidad del proceso por el mero hecho de que el testigo hubiera declarado sin ser visto por el acusado y su defensa, entra a examinar el Tribunal Constitucional la posibilidad de contradicción y de igualdad de armas en el proceso, esto es, el real ejercicio del derecho de defensa.

La primera de esas exigencias, la contradicción procesal, deriva directamente -dice el Tribunal Constitucional- del art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la luz del cual ha de interpretarse el art. 24.2 C.E. por exigencia del art. 10.2 de la Norma fundamental. El art. 6.3 d) del Convenio exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo. Por tanto, la cuestión que surge es si puede entenderse cumplido tal requisito en aquellos supuestos como el que nos ocupa, en el que los testigos de cargo prestan su declaración sin ser vistos por el acusado, aunque sí oídos.

A continuación se refiere la STC 64/1994 a la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, argumentando que "ha examinado en diversas Sentencias el problema, pero referido más bien a los testimonios anónimos, es decir, aquellos en los que la identidad de los testigos era desconocida para el Tribunal o para la defensa o para ambos. En este sentido pueden citarse las Sentencias de Kostovski, de 20 de noviembre de 1989, y Windisch, de 27 de septiembre de 1990, o, finalmente, la Sentencia LUDI, de 15 de junio de 1992. En estas resoluciones ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad (Sentencias Ciulla y Kostovski), mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad (Sentencia Windisch). Pero, aun así, y en dos de las precitadas Sentencias (casos Kostovski y Windisch) ha estimado contrario a las exigencias derivadas del C.E.D.H. la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. En el caso LUDI, insistió en la importancia de posibilitar la contradicción del testimonio de cargo, aunque en esta ocasión se tratase de persona (funcionario de policía) cuya identidad era necesario proteger".

La referencia a la anterior doctrina del T.E.D.H. permite, pues, concluir -según el Tribunal Constitucional- que es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por el contrario, en aquellos casos en que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de "oculto" (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución.

Con posterioridad a la STC 64/1994 ha dictado **otras resoluciones el TEDH** sobre la materia de los testigos protegidos: 26 de marzo de 1996 (Doorson c. Países Bajos), 23 de abril de 1997 (Van Mechelen c. Países Bajos), 14 de febrero de 2002 (Wisser c. Países Bajos), 28 de marzo de 2002 (Birutis c. Lituania) y 22 de noviembre de 2005 (Taal c. Estonia). A través de las mismas se colige como pautas insoslayables para que puedan operar como prueba eficaz de cargo los testimonios anónimos, aparte de que esté justificada la necesidad del anonimato, que tal situación aparezca compensada por un interrogatorio de la defensa que permita apreciar la fiabilidad y veracidad del testimonio, y señalándose también el matiz importante de que



éste nunca podría servir como única prueba de cargo o como prueba incriminatoria decisiva para fundamentar la condena.

En el caso analizado por la referida STS. 455/2014 constató que la identidad de los testigos protegidos fue conocida por el Tribunal y las defensas o bien la conocían, tal como se infiere de sus recursos imputándoles ser miembros de una banda de delincuentes -o en todo caso no solicitó que se les revelara su identidad, como autoriza el art. 3 Ley 19/94 , y pudieron interrogarlos en el plenario y hacerles las preguntas que tuvieran por convenientes. Todo ello determina que la contradicción no puede entenderse restringida en este supuesto. Encontrándonos, en consecuencia, con un problema de credibilidad del testimonio del testigo protegido sometido a la intermediación del Tribunal de instancia que, de forma razonada, expuso la prueba directa, documental e indiciaria, que le llevó a no dudar de su veracidad.

Del examen conjunto de los precedentes jurisprudenciales que se han venido exponiendo, tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional y de esta Sala, se colige que la vulneración de las garantías y sus consecuencias son notablemente diferentes cuando se trata de un supuesto de testigos anónimos que cuando se contempla un caso de testigos ocultos. En los supuestos de anonimato es claro que no resulta factible para la defensa ponderar la imparcialidad del testigo y su grado de credibilidad y fiabilidad, por lo que las garantías en la práctica de la prueba del testigo de cargo quedan sustancialmente disminuidas, al ser imposible someter a contradicción la credibilidad y fiabilidad del testimonio. Ello genera la devaluación sustancial de la prueba convirtiéndola en notablemente ineficaz, ya que no es fácil acudir a modulaciones valorativas de algo que aparece dañado de raíz, por lo que a lo sumo habría de operar como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo. Sin perjuicio, claro está, de que la condena pueda apoyarse en otras pruebas incriminatorias que contengan entidad suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia, tal como sucedió en la STS 828/2005, de 27 de junio .

En cambio, cuando se trate de declaraciones de testigos que depongan ocultos o semiocultos, pero cuya identidad se conoce, resulta claro que el déficit de garantías procesales ya no atañe a la fiabilidad o la credibilidad del testimonio sino a su eficacia probatoria en el caso concreto en relación con los principios de intermediación. En estos casos el cuestionamiento del testimonio ha de afectar sólo al grado de convicción alcanzado y por lo tanto a la eficacia probatoria en el caso concreto, dependiendo de la intensidad del ocultamiento del testigo y de las posibilidades que tuvieron las partes de visualizar y percibir las declaraciones del testigo. No resultando, pues, razonable que las limitaciones en la forma de practicar la prueba puedan determinar en principio una nulidad o total ineficacia del elemento probatorio.

En el caso enjuiciado las defensas no cuestionaron la utilización del sistema de videoconferencia y no formularon protesta cuando el Presidente del Tribunal acordó que se ocultara la imagen del testigo protegido. Por consiguiente podemos concluir que si la defensa no hizo constar la protesta en ningún momento al conocer la decisión del tribunal respecto de la forma en la que se iba a practicar la declaración del testigo. Esta falta de reacción pone aquietamiento a la decisión del Tribunal aceptando implícitamente que la forma en la que se practicaba la prueba no afectaba de forma relevante a los derechos de los acusados. Ésa aceptación, con la consiguiente ausencia de planteamiento de la cuestión en la instancia, impide ahora apreciar esa vulneración, que pudo debió ser denunciada en el momento oportuno para que el Tribunal pudiera motivar adecuadamente su decisión tras oír a las partes (STS. 525/2012 del 19 junio).

7. Por último en cuanto a la afirmación de los concurrentes que los hechos probados de la sentencia presentan una identidad casi absoluta con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, sin que se impute transacción alguna a ninguno de los acusados, debemos señalar que el "factum" declarado probado en la sentencia recurrida coincide en líneas esenciales con el relato fáctico del escrito de acusación del Ministerio Fiscal, por más que no sea una práctica del todo recomendable no integra vicio procedimental si la Sala entiende que los hechos o acontecimientos fácticos que se establecen en tal escrito y la participación en los mismos de los acusados han alcanzado cotas de acreditación suficientes (STS 714/2016 de 26 septiembre).

Por tanto que los hechos probados sean una copia literal del relato fáctico del escrito de acusación del Ministerio Fiscal no constituye por sí mismo ninguno de los vicios que se denuncian, sino que es cuestión que tiene que ver con el estilo personal del ponente en la redacción de la sentencia.

En cualquier caso y los hechos consignados por el Ministerio Fiscal constituye el objeto del juicio y los mismos según el tribunal han resultado acreditados, no puede existir defecto procesal en dicha forma de proceder (SSTS 2349/2001 de 12 diciembre , 311/2012 de 13 junio).

8. Y respecto a la falta de acreditamiento de los actos de tráfico, como acertadamente destaca el Ministerio Fiscal, olvidan los recurrentes de dosis en el interior de las viviendas y su inmediato consumo por los compradores en el mismo lugar, hacían inviable o dificultaban en grado sumo la visualización de actos de tráfico, debiendo insistirse que lo que se penaliza no es tanto los actos concretos de tráfico sino la posesión



preordenada a tal tráfico, sobre cuyo particular el testimonio del testigo protegido complementado por el de los agentes de policía y las actas de vigilancia con su respaldo documental y videográfico es suficiente, sin olvidar que en todo caso el primer párrafo de los hechos probados individualiza cuál era de papel de cada uno de los acusados en la venta y distribución de la droga, sin que se les haya ocasionado indefensión material alguna.

El motivo por lo razonado debe ser desestimado, al estar acreditado que los acusados se dedicaban a la venta de sustancias estupefacientes, sin que se ha tenido que se hayan intervenido pequeñas cantidades de droga, dato en que los recurrentes insisten para defender su tesis exculpatoria del autoconsumo o la escasa entidad de hecho, dado que la experiencia práctica revela que en las ventas al menudeo, los traficantes suelen disponer en su domicilio solo las cantidades precisas para atender la demanda inmediata de los consumidores, que van reponiendo a medida que se agota el género con la finalidad de evitar que se les ocupara cantidades elevadas de droga que pudieran dar lugar a tipos agravados.

TERCERO.- El motivo segundo al amparo del artículo 849.1 LECrim , por inaplicación del artículo 368.21 al no aplicarse a los recurrentes el subtipo atenuado, en atención a la escasa entidad derecho y a las circunstancias personales del culpable y por inaplicación del artículo 21.2 CP al estar acreditada la adicción D. Genaro y Lina a las drogas.

a) En cuanto a la aplicación del párrafo 2º del artículo 368 CP , en STS. 960/2016 de 20 diciembre hemos dicho que recoge un subtipo atenuado que responde -como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley- a la preocupación del Legislador para "acoger la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25.10.2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena en supuestos de escasa entidad siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los arts. 369 bis y 370 CP ".

En la exégesis del precepto se constata, en el Anteproyecto de CP. de 2006, frustrado por el fin de la legislatura, ya se incluía la posibilidad de rebaja penológica por la vía de incrementar el arbitrio judicial, posibilitando la atenuación facultativa del marco penal de los delitos contra la salud pública vinculados al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas. En relación con el mismo, el informe del CGPJ destacaba que "venía siendo reclamada por sectores de la doctrina y de la propia jurisprudencia como medio necesario para evitar una reacción punitiva desproporcionada que se deriva del incremento progresivo de las penas que estas modalidades han experimentado en los últimos años, en aquellos casos en que la cantidad de droga es de notoria escasa importancia, "o" las circunstancias personales del reo ponen de manifiesto una menor culpabilidad en la realización de la acción injusta -singularmente en el caso de los traficantes menores que se financian su propia adicción con el menudeo de la droga".

A pesar de la tendencia de los trabajos legislativos a recoger la atenuación facultativa estudiada, el primer texto prelegislativo de 2008 eliminó cualquier rebaja de pena de estas características.

En el proyecto definitivo de reforma del CP, que dio lugar a la LO 5/2010, cuando accedió al Congreso el texto del artículo 368.2 CP , se excluía la posibilidad de su aplicación cuando concurrieran cualquiera de las circunstancias de los artículos 369 , 369 bis y 370 CP , pero una última enmienda del Grupo Socialista permitió extender la aplicación del subtipo a las circunstancias del artículo 369 CP .

Examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho -lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad -y a las circunstancias personales del autor- que nos reconduce al área de la culpabilidad-. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Como vemos el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el precepto queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. La "escasa entidad del hecho" debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9.6.2010 , en la que se invoca la "falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido", siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.



En cuanto a la "menor culpabilidad, las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvalorización del artículo 67 CP, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el CP. En el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto vende al menudeo para sufragarse su adicción. Ésta en efecto podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concudiesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.

Otra de las características del subtipo de atenuación facultativa es la utilización de la conjunción copulativa "y", en lugar de la disyuntiva "o". Desde luego, la utilización de a conjunción copulativa permite afirmar que cuando cualquiera de los dos parámetros desaconseje a apreciación del precepto, por no ser menor la culpabilidad o la antijuridicidad, el párrafo segundo del artículo 368 CP no podría aplicarse. Por ejemplo, en el caso de un adicto que se costease su adicción cometiendo un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, no podría aplicarse el precepto estudiado, pues la culpabilidad podría ser menor, pero no la antijuridicidad del hecho. Ahora bien, el problema se suscita en aquellos casos en que simplemente es menor la culpabilidad o la antijuridicidad, pero no ambas a la vez, y además el parámetro no concurrente se revelase como inespecífico. Serían supuestos en que concurre claramente uno de los parámetros, pero el otro, sin ser negativa, resulta simplemente neutro. Entendemos que, en este caso, el Tribunal podría apreciar la atenuación, pues el precepto sólo exige que atienda a la "escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor", realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurren ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad del otro por resultar inexpresivo.

En el caso presente la sentencia impugnada, fundamento de derecho cuarto, rechaza tal pretensión dado que nos encontramos, según el hecho probado, no ante ventas esporádicas y ocasionales de dosis mínimas, sino ante traficantes al menudeo de sustancias estupefacientes y con habitualidad-dos de ellos condenados previamente por delito contra la salud pública cuya condena estaba suspendida cuando se realizaron los hechos objeto del presente procedimiento-y en sus propios domicilios.

Habitualidad y profesionalidad incompatibles con los presupuestos de aplicación del subtipo atenuado.

b) En lo concerniente a la atenuante de drogadicción por estar acreditado que Genaro y Lina son adictos y la escasa entidad de droga incautada, denota que la comisión del delito tendría como finalidad disponer de medios económicos para sufragarse su propia adicción, tal pretensión deviene impropio.

1º) En cuanto a la incidencia de la drogadicción en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, hemos dicho en SSTs. 312/2011 de 29.4, 347/2012 de 2.5, 38/2013 de 31.1, 733/2014 de 25.3, que según la Organización Mundial de la Salud, por droga ha de entenderse "cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico, caracterizado por:

1º) El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica).

2º) Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia).

3º) La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia).

La OMS define la toxicomanía en su informe técnico 116/57 como "el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo reiterado de una droga natural o sintética", y la dependencia como "el estado de sumisión física o psicológico respecto de una determinada droga resultado de la absorción periódica o repetitiva de la misma".

En cuanto a su incidencia en la responsabilidad penal hemos dicho en sentencias de esta Sala 16/2009 de 27.1; 672/2007 de 19.7; 145/2007 de 28.2; 1071/2006 de 9.11, 282/2004 de 1.4, las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal, (arts. 20.2 y 21.1 CP), o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2ª del Código penal, propia atenuante de drogadicción, o



como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6º. Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarlos del siguiente modo:

1) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos:

a') que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y

b') que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

2) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre, ya declaró que "no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto". Cierto es que la actual atenuante de drogadicción sólo exige que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha norma es la disminución de su imputabilidad, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas (STS. 21.12.99), que declaró que siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica.

3) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aun siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las "acciones liberae in causa").

4) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999, hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

A) Pues bien la doctrina de esta Sala ha establecido que la aplicación de la eximente completa del art. 20.1 será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto 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 19.1).

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando 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, en el que 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 a que se encontrare sometido (Sentencia de 22 de septiembre de 1999).

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2º del Código penal, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

B) La eximente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuricidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21.1ª 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.

C) Respecto a la atenuante del art. 21.2 CP , se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. 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).

Las SSTS. 22.5.98 y 5.6.2003 , insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el art. 21.2 CP . 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, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquélla (SSTS. 4.12.2000 y 29.5.2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" (STS. 23.2.99). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP. y su correlativa atenuante 21.1 CP , en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

La STS. de 28.5.2000 declara 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 26.7 , 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, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladoras del merecimiento y punición de la conducta del penado, SSTS. 30.5.91 , y en igual sentido 147/98 de 26.3, y que no es 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.

D) Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.6 CP . (actual nº 7).

Es asimismo doctrina reiterada de esa Sala SS. 27.9.99 y 5.5.98 , que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea 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.

Es decir, 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 al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre 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 circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones SSTS 16.10.00 , 6.2 , 6.3 y 25.4.01 , 19.6 y 12.7.02).

En estos casos la ofensa al bien jurídico no es el resultado de un acto irreflexivo, impulsado por la adicción a las drogas o el deterioro psicossomático asociado al consumo prolongado de estupefacientes. Es cierto que la jurisprudencia del SSTS. 201/2008, de 28-4 , y 457/2007, de 12-6 , ha llevado a cabo una renovada interpretación del régimen jurídico- penal de las toxicomanías adaptada a la verdadera influencia de aquellas en la capacidad de culpabilidad de quien la padece (STS 28/2004, de 1-3). Pero por más flexibilidad que quiera atribuirse a la aplicación, no ya de la inviable eximente incompleta, sino de la atenuante de drogodependencia, su marco jurídico no puede desconectarse de una exigencia clave que se desprende del art. 21.2 CP , a saber su significación causal, su perturbadora influencia en la voluntad del acusado.

Como recuerdan las SSTS 343/2003, de 7-3 y 507/2010, de 21-5 , lo característico de la drogadicción a efectos penales es la relación funcional con el delito, es decir, que actúe como un elemento desencadenante del mismo, de tal manera que el sujeto activo impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y conecta al hecho delictivo, hace para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar sus posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo continuar con sus costumbres e inclinaciones, no bastando por ello, con la mera condición de consumidor de sustancias estupefacientes, aunque el consumo sea habitual.

En el caso presente necesariamente hemos de partir - STS. 544/2016 de 21.6 - de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (SSTS. 138/2002 de 8.2 , 716/2002 de 22.4 , 1527/2003 de 17.11 , 1348/2004 de 29.11 , 369/2006 de 23.3).

Las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal (STS. 1477/2003 de 29.12).

En definitiva para las eximentes o atenuantes no rige en la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo". La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación. Los hechos constitutivos de una eximente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal (SSTS. 701/2008 de 29.10 , 708/2014 de 6.11).

Siendo así en el factum no se recoge referencia alguna a esa adición de los recurrentes, y en el fundamento jurídico sexto se justifica en que la afectación en el comportamiento del sujeto de la drogadicción alegada en modo alguno se ha constatado en autos.

Razonamiento conforme con la doctrina jurisprudencial expuesta, dado que la única prueba practicada fue la analítica de cabellos realizada en marzo de 2015, cuando la detención de los acusados se produjo en mayo de 2013, y en dichos informes se hace constar que tales análisis sólo informan sobre el consumo medio de sustancias durante tiempo de crecimiento del mechón analizado, como máximo cinco meses, sin que permitan determinar si una persona se encontraba en un momento determinado el estado de intoxicación plena o bajo la influencia del síndrome de abstinencia por su dependencia a tales sustancias (ver folios 62 y ss, Rollo Sala, periciales analíticas e informes forenses).

Consecuentemente no puede considerarse probada esa adición de los recurrentes a la fecha de los hechos ni una aminoración de sus capacidades volitivas e intelectivas, sin olvidar que los acusados se dedicaban de forma habitual al tráfico de drogas, utilizando su propio domicilio para la distribución de las mismas. Supuestos, como dice la STS. 220/2014 en los que el impulso delictivo no está desencadenado por la drogadicción el sujeto activo sino por el ánimo de enriquecimiento.

CUARTO.- El motivo tercero por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1 LECrim , al no expresar la sentencia de forma clara y terminante cuáles son los hechos que considera probados y por existir predeterminación del fallo en los hechos que se declaran probados.

Denuncia el motivo que el relato fáctico es impreciso, inconcreto y poco claro y contiene un hecho que predetermina el fallo al limitarse a decir que los acusados se han dedicado a la venta de estupefacientes, sin concretar acto alguno.

El motivo se desestima.

1. En cuanto a la oscuridad o falta de claridad en los hechos probados



La jurisprudencia, por ejemplo STS 945/2004, de 23-7 ; 94/2007, de 14-2 ; tiene declarado que es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un relato de hechos probados que permita en comprensión no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso y, además, pro la sociedad en su conjunto, en cuando pueda tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los tribunales. Con los hechos declarados probados en la sentencia haría relacionarse los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen en todo congruente.

Reiterada doctrina jurisprudencial ha entendido que la sentencia debe anularse cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprendible o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impiden saber lo que el tribunal declare probado efectivamente, o bien por contener la sentencia un relativo de hechos constando de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el tribunal los está declarando probado o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (STS 1610/2001, de 17-9 ; 559/2002, de 27-3).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS 1006/2000, de 5-6 ; 471/2001, de 22-3 ; 717/2003 de 21-5 ; 474/2004, de 13-4 ; 1253/2005; de 26-10 ; 1538/2005, de 28-12 ; 877/2004, de 22-10 ; 24/2010, de 1-2) hacer viable a este motivo son los siguientes.

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprendibles el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultante probatorio sin expresión por el juzgador de lo que considerar probado.

Este requisito compuesta, a su vez, la exigencia de que el vicio provisional de la fallo de claridad debe ubicarse en el hecho probado, debe ser interna y no podría oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y sobre ser gramatical, sin que para su alegación frente a una falta de comprensión lógica a argumental, cuya impugnación debiera articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) la incompreensión, la ambigüedad, etc...del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) además la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declare probado.

d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrían dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión en cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, su incompreensión por falta de acreditaciones, no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquellos que efectivamente resulta acreditado.

La falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que sólo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer que es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incompreensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incompreensión provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 24.3.2001 , 23.7.2001 , 1.10.2004 , 2.11.2004 , 28.12.2005).

Siendo así en el relato de hechos se declara que los acusados venían dedicándose a la venta de sustancias estupefacientes en sus domicilios, y que Gaspar y Luciano , realizaban labores de vigilancia, correo y captación de clientes. Describiéndose seguidamente las drogas encontradas en los registros domiciliarios y en un descampado próximo a la vivienda, donde escondían la droga.

Es cierto que no se detallan actos concretos de venta pero, como ya hemos precisado el delito contra la salud pública no exige la constatación de actos de tráfico, siendo suficiente constatar la preordenación al tráfico de las sustancias intervenidas, que el tribunal de instancia considera acreditado en el fundamento jurídico tercero.

2. Y en relación a la predeterminación el motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo exige para su estimación, según reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 23.10.2001 , 14.6.2002 , 28.5.2003 , 18.6.2004 , 11.1.2005 , 1112.2006, 26.3.2007 , 2.10.2007 y 28.11.2007).



- a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- c) que tengan valor causal respecto al fallo, y
- d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio sentencial denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4 -, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos. No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal. O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio (STS. 28.5.2002). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente determinante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS. 429/2003 de 21.3, 249/204 de 26.2, 280/2004 de 8.3, 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7).

En esta dirección la STS. 7.11.2001, nos dice: "En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determine la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

Pues bien en relación a los delitos contra la salud pública en la STS 546/2007, de 12-6, con cita STS 1409/2003, de 20-10, ya recordábamos que el término "venta" ni siquiera figura en la descripción típica del art. 368 C.P., perteneciendo al común acervo lingüístico y vulgar y no específico de un jurista. Ha venido declarando esta Sala en numerosos precedentes jurisprudenciales de los que puede citarse como exponente la STS 703/96, de 10-11, que recuerda que la expresión "ánimo de traficar con drogas" no constituye concepto jurídico que anticipe el fallo, de la misma manera que se excluyen de tal defecto procesal otras semejantes, como "procedieron a vender tales productos tóxicos" "con finalidad de distribuirla" -la droga-; "pretendía introducir y destinarla a la distribución"; ""destinadas al tráfico", y otras similares, en este sentido STS 334/96, de 17-4; 2120/2002, de 20-12 ó 1153/2009, de 12-11, 714/2016 de 26.9 "transferencias de dinero por sustancias estupefacientes".

La proyección de los criterios jurisprudenciales precedentes del supuesto que ahora se enjuicia desvirtúa las alegaciones del recurrente, pues las frases que entrecorren no son expresiones técnicas jurídicas que definen o den nombre a la esencia del tipo procesal aplicado sino locuciones propias del lenguaje coloquial o común con un significado asequible a cualquier ciudadano. Y si bien es cierto que en cuanto describen la mecánica de actuación del acusado, acaban determinando la aplicación de la norma penal, ello resulta totalmente razonable e imprescindible, pues de no ser así resultaría imposible construir una sentencia condenatoria.

El motivo es claro, que no puede prosperar.

Recurso interpuesto por Florentino



QUINTO.- El motivo primero al amparo del artículo 851.1 LECrim , por quebrantamiento de forma al haberse producido predeterminación del fallo en los hechos probados ya que en el relato fáctico se incluyen expresiones que anticipan la conclusión jurídica a la que posteriormente se llega.

En concreto señala como tales expresiones las que constan en el párrafo primero del factum cuando declara que los acusados " **se han venido dedicando a la venta de sustancias estupefacientes (heroína y cocaína)**" y en el último párrafo, cuando al describir la entrada y registro efectuada por agentes de policía en la vivienda de los acusados, afirma que la misma era utilizada por estos "**para la venta de sustancias estupefacientes**".

Coincidiendo el motivo en su desarrollo y contenido con el ordinal tercero de los articulados por los anteriores recurrentes nos remitimos a lo ya razonado en orden a su desestimación.

SEXTO.- El motivo segundo al amparo del artículo 852 LECrim , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24 CE , al haberse declarado probado por este recurrente en connivencia con los otros acusados se dedicaba a la venta de sustancias prohibidas, en el domicilio que ocupaba, sin que tal inferencia quede mínimamente explicitada en la sentencia, además de que el registro se practicó sin observar las formalidades legalmente previstas.

Argumenta, en primer lugar, el recurrente, que la segunda sentencia dictada por el tribunal de instancia adolece de los mismos defectos en la motivación que la inicial dictada y anulada por dicho motivo por esta Sala casacional, y no efectúa una valoración racional de los medios de prueba, al no ser suficiente con la remisión a las actas policiales y al trasiego de toxicómanos, sin explicar el proceso deductivo que conduce a afirmar que la presencia de estos era para abastecerse de sustancias para su consumo.

Queja inasumible.

Florentino convivía con la anterior recurrente Lina en la vivienda sita en la DIRECCION000 número NUM001 de Linares, y la misma prueba de cargo valorada en el motivo primero por vulneración de presunción de inocencia del recurso articulado por aquella, acreditar la autoría de este. Así los actos de vigilancia con sus soportes documentales ratificados en el plenario por los agentes encargados de la investigación en particular las levantadas los días 24 abril, 2 mayo, y 6 mayo 2013 eran las que se identifica al mismo y el trasiego constante de toxicómanos en la vivienda que ocupaba, siendo lógica y racional y en ausencia de otra explicación razonable, que ello era para abastecerse de su dosis de consumo.

Finalidad que se ve complementada por el hallazgo en el registro practicado en el domicilio de sustancias estupefacientes-heroína y cocaína-dinero fraccionado y efectos o instrumentos como balanza de precisión o un rollo de papel de aluminio, utilizados para la confección de dosis de consumo. Cuatro probatorio que acredita, sin mayores esfuerzos argumentativos, la ilícita actividad a que se dedicaban los moradores de la vivienda y la razón del continuo trasiego de toxicómanos a la misma.

Y en cuanto a la pretensión que del material probatorio se expulse el hallazgo de la droga y objetos por cuanto la diligencia de entrada y registro se practicó sin que estuviese presente el recurrente con infracción del artículo 569 LECrim , la misma se desestima.

Como hemos dicho en STS. 17/2014 de 28 enero , ciertamente de la exigencia referida a la presencia del interesado o de su representante en el registro domiciliario radica en que la diligencia de entrada y registro afecta a un derecho personalísimo de relevancia constitucional, la intimidad personal, por lo que la Ley procesal en el desarrollo de una legítima injerencia en el domicilio prevé como requisito de su práctica la presencia del titular del domicilio, inquilino o morador de la vivienda al tiempo y establece un régimen de sustituciones a esa presencia a través de personas con las que se pretende la asistencia del titular, por sí o representado (art. 569), a una diligencia ordenada en averiguación de un hecho delictivo porque lo relevante de la injerencia es la afectación del derecho a la intimidad, bien jurídico afectado por la medida de investigación. Al tiempo la capacidad jurídica del acta que al efecto se levante asegura, a través de la presencia del interesado o su representante, la efectiva contradicción en su práctica. (Cfr. STS1241/2000, de 6 de julio). La jurisprudencia de esta Sala Segunda es clara al respecto y aunque se alude también al derecho de defensa como fundamento de la presencia del interesado en el registro esa consideración la realiza desde la perspectiva de exigencia de la observancia del principio de contradicción que rige en nuestro ordenamiento para que la documentación del registro, el acta levantada, sea tenida como prueba de cargo contra el mismo (STS. 261/2000 de 14.3).

Las sentencias de esta Sala de 11.2.2000 y 9.4.2003 desarrollan una extensa doctrina en relación a las personas que deben estar presentes en el registro domiciliario, partiendo de que el interés afectado por la diligencia de entrada y registro ordenada judicialmente en un domicilio particular -que se adelanta, tal como se analizará en otros recursos siguientes, no es el caso actual- es el inherente a la intimidad y privacidad domiciliaria, cuya protección adquiere rango constitucional en el art. 18.2 de la CE .



Según la STS. 183/2005 de 18.2 , el interesado cuya presencia exige el art. 569 LECrim . es el titular del domicilio registrado, cualidad que se ostenta con independencia de que se tenga o no la condición de propietario o arrendatario. No es lo relevante la dimensión patrimonial de estos derechos sino el derecho personalísimo a la intimidad, que corresponde a quien por cualquier título o sin él tiene en el domicilio que ocupa el ámbito material de su privacidad. Pero al mismo tiempo, en la medida en que la diligencia autorizada judicialmente sea una prueba preconstituida con eficacia demostrativa como prueba de cargo, es interesado el imputado, cuya presencia se dirige a satisfacer exigencias del principio de contradicción, para que aquella tenga validez probatoria. El hecho de que la cualidad de imputado en el procedimiento y de titular del domicilio registrado normalmente coinciden no debe ocultar que es la segunda (titular del domicilio registrado) la que específicamente determina la condición de interesado "a que se refiere el art. 569 LECrim .". Así resulta claramente de las referencias al interesado contenidas en los arts. 550 , 552 , 566 y 570 LECrim . (el art. 550 al exigir resolución motivada para entrar en el domicilio cuando no prestare su consentimiento "el interesado", expresión ésta "el interesado", que se reitera por el mismo art. 550 para designar al destinatario de la notificación que según el art. 566, es precisamente, el particular del domicilio registrado y se utiliza por el art. 552 al exigir que la práctica se haga procurando no perjudicar ni importunar al interesado "al interesado" más de lo necesario, y por el art. 570 sobre la necesidad de que "el interesado" permita la continuación de la diligencia durante la noche (STS. 163/2000 de 11.4). Por lo que, en definitiva el interesado cuya presencia exige el art. 569 y el titular del domicilio registrado, que es el que en su caso, puede consentir la entrada y recibir la notificación del auto judicial que lo autoriza, sin perjuicio del derecho que al imputado corresponda en la condición de tal de intervenir en la diligencia de registro (STS. 1944/2002 de 9.4). Son numerosas las sentencias de esta Sala Segunda, en las que se mantiene la validez y eficacia de los registros efectuados ausente la persona investigada siempre que hubiesen estado presentes el titular del domicilio, o en el caso de ser varios los moradores del domicilio registrado, es suficiente con la presencia de cualquiera de ellos en la diligencia, incluso cuando no se corresponda con el investigado, SSTs. 12.3.96 , 19.1.99 , 11.2.2000 , 18.2.2005 y STC. 171/99 de 27.9 , en un supuesto en que el acusado no estuvo presente, pero sí lo estuvo su compañera sentimental, la titular del domicilio en que fue localizada la droga, declaró que aquella ausencia es constitucionalmente, irrelevante y no lesiona el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En el caso presente el auto de entrada y registro se notificó a la procesada Lina , cuñada del recurrente, que la persona que se encontraba en la vivienda y en cuya presencia se practicó la diligencia, sin infracción, por tanto, del art. 569 LECrim . Así la STS. 1029/2012 de 24.12 en un caso similar declaró que "la regularidad del registro en su aspecto motivacional es impecable, conforme ya lo declaramos anteriormente, y desde el plano de la legalidad ordinaria, la presencia de tal señora, que dice ser la pareja sentimental del recurrente, es inobjetable, y no estando detenido el ahora censurante, no tenía por qué estar presente en el momento de la práctica del mismo, sino la persona que moraba la vivienda junto a aquél. No sabemos exactamente si lo que quiere decir el recurrente es que, en tal circunstancia, y antes de conocer qué evidencias pueden comprometer al otro conviviente, ha de ser éste detenido para llevarle a presenciar un registro, del que se desconocen aún sus pormenores fácticos, bajo un argumento que no es precisamente el más razonable desde la perspectiva de la garantía de los derechos de los ciudadanos".

En este sentido la STC. 22/2003 de 10.2 , declara que, "ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquel con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio".

SEPTIMO.- El motivo tercero al amparo del artículo 849.2 LECrim , por error en la apreciación de la prueba al no haber recogido la sentencia como hecho probado que el recurrente era consumidor de cocaína en el momento de los hechos.

Señala como documentos el informe del Instituto de Toxicología y Ciencias (folios 62 y 63 Rollo Sala) e informe Forense (folios 209 Rollo Sala) en los que se hace constar que el análisis de cabello practicado al recurrente arroja un resultado positivo a cocaína y sus metabolitos, lo que pone de manifiesto el consumo de dicha sustancia durante los cinco meses anteriores a la toma de la muestra.

El motivo no debe prosperar.

1º Como con reiteración ha declarado la jurisprudencia, por todas STS 607/2010 de 30-6 , el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.



En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala - a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad según reiterada jurisprudencia de esta Sala -por ejemplo STS 936/2006, de 10-10 , 778/2007 de 9-10 ; 1148/2009, de 25-11 - la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que del dato contradictorio así acreditado documentalmente era importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los supuestos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para no modificarlos (STS. 693/2015 de 12.11).

4) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim .



Así la STS. 911/2013 de 3.12 , recuerda "... dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posterioridad sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan".

Por otra parte, el error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que sí sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que ofrece ese otro o esos hechos probatorios. **De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de casación, lo que está vedado.**

Y concluye la expresada resolución "la contradicción en fin, ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completado aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultado de otros medios de prueba también disponibles por el Tribunal de instancia, que justificaron la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación, al menos evidente mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS. 6 y 24.9.2011).

2. Y sobre los dictámenes periciales en SSTS. 546/2016 de 21.6 , hemos señalado que la pericia -como destaca la doctrina- es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la Ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" (art. 348 de la LEC), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim . para toda la actividad probatoria, sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E .).

El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, (a este respecto se ha de reconocer que el peritaje psiquiátrico es el más transcendental, complicado y difícil de todos los peritajes forenses), la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1103/2007 de 21.12). No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba.

Y en cuanto a su valor como documento se le reconoce cuando:

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen (SSTS. 534/2003 de 9.4 , 58/2004 de 26.1 , 363/2004 de 17.3 , 1015/2007 de 30.11 , 6/2008 de 10.1 , y AATS. 623/2004 de 22.4 , 108/2005 de 31.11 , 808/2005 de 23.6 , 860/2006 de 7.11 , 1147/2006 de 23.11 , o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2 , 1224/2000 de 8.7 , 1572/2000 de 17.10 , 1729/2003 de 24.12 , 299/2004 de 4.3 , 417/2004 de 29.3). En ambos casos cabe estimar acreditado documentalente el error del tribunal. En el primer caso porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo, porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos -como dice la STS. 310/95 de 6.3 , ante un discurso o razonamiento



judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico, esto es, se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo STS. 2144/2002 de 19.12).

Fuera de estos casos las pericias son un medio de prueba de carácter personal, aunque con características propias que deben ser valoradas en función de las conclusiones expuestas por sus redactores y suficientemente contratadas en el momento del juicio oral.

En el caso analizado no se constata error alguno. La toma de muestras de cabello tuvo lugar el 4 marzo 2015 (folio 189 Rollo Sala) esto es, casi dos años después de la comisión de los hechos, de manera que los informes derivados del análisis capilar no pueden acreditar el consumo en aquellas fechas.

Y el informe médico forense, folios 207 Rollo Sala, contradice la tesis del motivo en cuanto el acusado refiere no ser consumidor de opiáceos, hachís ni cocaína, y como diagnóstico no se observa patología psíquica aguda o crónica que haya podido afectar a las bases psicológicas a la imputabilidad.

OCTAVO.- El motivo cuarto al amparo del artículo 849.1 LECrim , por infracción por indebida aplicación del artículo 368 CP , al no quedar acreditado que el recurrente se dedique a la venta o tráfico de sustancias prohibidas.

Entiende el recurrente que las pruebas no acreditan que el acusado realizara actos de favorecimiento del tráfico, debiendo quedar expulsado del proceso el material probatorio derivado de la entrada y registro por las razones ya apuntadas en emotivo segundo. Y aunque se considera lícito el registro, las cantidades de droga incautadas no excederían del acopio destinado al autoconsumo, al haberse acreditado que el acusado era habitual consumidor de drogas.

El motivo, en cuanto está impeditado a la prosperabilidad de los precedentes debe ser desestimado.

En efecto, la doctrina de esta Sala -por todas SSTS 380/2014 de 14 mayo y 86/2015 de 27 febrero , establece como requisitos del motivo casacional del artículo 849.1 LECrim ,

1) Respeto a los hechos probados. La casación por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". (STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil , cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación.

Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero , "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim . El recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren



probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . Ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Siendo así el motivo en cuanto no respeta el relato fáctico deviene improsperable, debiendo, no obstante, recordarse en cuanto a la alegación de no haberse probado la existencia de transacciones ilícitas de sustancias estupefacientes que:

1º El objeto de protección mencionado por el legislador en estos delitos es especialmente inconcreto, pues la salud "pública" no existe como un objeto real ni como la suma de la salud de personas individualmente consideradas. La finalidad del legislador, más que la de evitar daños en la salud individual de las personas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en la población. La jurisprudencia, por ejemplo SSTs. 871/2003 de 15.3 , 1312/2005 de 7.11 , ha superado las discrepancias que existieron en relación con la caracterización de la peligrosidad de la acción, afirmando que todo acto de tráfico o con dosis psicoactivas es suficiente para configurar el nivel de peligro típicamente exigido.

Por ello la jurisprudencia ha caracterizado el delito del art. 368 CP , como un delito de peligro abstracto. Los delitos de peligro abstracto, a su vez, han sido definidos en la doctrina como aquellos o cuyo fundamento de punibilidad es la peligrosidad en general, independientemente del caso concreto, por lo que no se requiere que el bien objeto de protección haya corrido un peligro real.

El tráfico de estupefacientes se configura estructuralmente como delito de peligro abstracto y consumación anticipada cuya punibilidad se asienta en la situación de eventual peligro que nace de las conductas descritas en la figura penal. (SSTs. 1309/2003 de 3.10 , 265/2007 de 9.4 , 353/2007 de 7.5).

En definitiva no es necesario poner en concreto peligro ni lesionar el bien jurídico protegido. Basta con una abstracta adecuación de la conducta al peligro, sin necesidad de que se concrete. La salud pública es solo el motivo del legislador, pero no un presupuesto de la tipicidad.

2º No es necesario acreditar que se han realizado actos de tráfico o transmisión a terceros de la droga, pues la intención de hacerlo basta para colmar la figura delictiva. Téngase presente que nos hallamos ante un delito de simple actividad o de resultado cortado, bastando la constatación de una tendencia o propósito sin exigir ninguna materialización posterior de las conductas, es decir la conducta típica se integraría con la sola detentación de un propósito serio de realizarles. Con ello se crea un riesgo o peligro para la salud de las personas (potenciales consumidores) que integra el bien jurídico protegido (STS. 1013/2005 de 16.9).

NOVENO.- El motivo quinto al amparo del artículo 849.1 LECrim , por infracción y falta de aplicación del artículo 368.2 CP , pues estimando que se hubiesen cometido los hechos, los mismos revisten menor entidad.

La cuestión sobre la concurrencia del tipo atenuado el artículo 368.2 CP , ya ha sido analizada en el motivo segundo de recurso interpuesto por los anteriores recurrentes, por lo que nos remitimos a lo argumentado, para evitar repeticiones innecesarias, en aras a su desestimación.

DECIMO.- El motivo sexto al amparo del artículo 849.1 LECrim , por infracción del artículo 21.7 en relación con el artículo 21.2 CP , por falta de aplicación, pues constando que el recurrente es adicto a la cocaína debió apreciarse la drogadicción como circunstancia atenuante.

Desestimado que ha sido el motivo tercero por error en la apreciación de la prueba, no hay base fáctica alguna que sustente la pretensión del recurrente en relación a su condición de adicto y su incidencia en la capacidad de culpabilidad del mismo.

Recurso interpuesto por Gaspar

UNDECIMO.- El motivo primero al amparo del artículo 849.1 LECrim , y 5.4 LOPJ , por infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE . al condenarse al acusado sin que se haya obtenido en el juicio oral prueba de cargo suficiente obtenida con todas las garantías sobre los hechos imputados.

Cuestiona el recurrente las pruebas de cargo que tiene en cuenta la sentencia recurrida: actuación de vigilancia en el domicilio número NUM000 de la DIRECCION000 ; las idas y venidas de este al descampado para recoger la rifonera; y las indicaciones a varios toxicómanos sobre el lugar a que se tenían que dirigir, y sostiene que su presencia en la vivienda de la que eran titulares Genaro y Leocadia se justifica porque el acusado era pareja



sentimental de la hija de aquellos y llevaba nueve meses viviendo en dicho domicilio, que no se ha practicado prueba alguna acreditativa de que este recurrente accediera al descampado recoger la riñonera negra en la que se intervino la droga y para demostrarlo examina el contenido de las actas de vigilancia incorporadas a las actuaciones que el recurso reproduce parcialmente, y en cuanto a las supuestas indicaciones a los toxicómanos para que accedieran a la vivienda, son simples presunciones policiales derivadas de la estancia en la calle de una persona joven y desempleada que mantiene relaciones de amistad con el vecindario.

El motivo se desestima.

La jurisprudencia de esta Sala, por todas STS. 960/2016 de 20 diciembre , tiene declarado que cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

-En primer lugar debe analizar el "**juicio sobre la prueba**", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

-En segundo lugar, se ha de verificar "**el juicio sobre la suficiencia**", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

-En tercer lugar, debemos verificar "**el juicio sobre la motivación y su razonabilidad**", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En el caso analizado el Tribunal sentenciador considera probado que Gaspar desarrollaba una actuación de vigilancia, correo y captación de los clientes que acudían a la casa del número NUM001 de la DIRECCION000 , basándose, principalmente, en las actas de vigilancia policial llevadas a cabo en distintas fechas-los días 16, 17,19, 23,26 y 29 abril 2013-y que fueron ratificadas por los agentes de la policía que realizaron los dispositivos de vigilancia, y que ponen de manifiesto esa actuación del acusado vigilando el domicilio indicado, las idas y venidas de este al descampado para recoger la riñonera negra, y las indicaciones que realizó a varios toxicómanos sobre el lugar al que tenían que dirigirse.

El recurrente discrepa de tal valoración probatoria con una lectura parcial, sesgada e interesada de aquellas actas de vigilancia, pero, como él Ministerio Fiscal argumenta en su informe impugnando el motivo, el examen



objetivo e imparcial de aquellas actas de vigilancia permite deducir que no se condena a este acusado por ser un simple morador de la vivienda objeto de vigilancia, o por permanecer en la calle charlando con diversos vecinos, sino por participar activamente en el tráfico de drogas que se desarrollaba en su interior, como lo demuestran las actitudes de vigilancia permanente en el domicilio desde diferentes posiciones en la calle de acceso al mismo con el propósito de evitar cualquier acción policial, el contacto personal con conocidos toxicómanos a los que controlaba el acceso a la vivienda, actitudes alejadas del normal comportamiento de quien es ajeno a la actividad delictiva desarrollaba en el interior del inmueble.

Igualmente no le asiste razón al recurrente cuando sostiene que se equivoca el tribunal al afirmar que el acusado fue observado en varias ocasiones dirigiéndose al descampado a recoger droga. Un examen de las vigilancias de los días 16 y 26 abril, permite constatar que el recurrente aparece acompañando al coacusado Genaro -titular de la vivienda-al descampado donde éste recoge la riñonera en cuyo interior ocultaban la droga (ver folios 55 y ss, fotografía folios 59 a 61 y folios 155 y ss).

Por tanto ese contacto permanente con los titulares al inmueble y las actividades de vigilancia, apoyo y auxilio para desarrollar la ilícita actividad aparece acreditado y hace inviable la prosperabilidad del motivo.

DECIMO SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo del artículo 849.1 LECrim , por infracción del artículo 368.2 CP , dada la "menor culpabilidad" derivada de las circunstancias del caso concreto y las circunstancias personales del recurrente, como persona en desempleo, consumidor habitual de drogas y la escasa entidad de sus labores de colaboración y cooperación.

El motivo similar en su contenido al articulado en segundo lugar por los recurrentes Genaro , Leocadia y Lina , y en quinto lugar en el recurso de Florentino por lo que debe seguir igual suerte desestimatoria. La sentencia considera probado el acuerdo entre todos los acusados en la venta de heroína y cocaína, con distribución de tareas, en concreto Gaspar , realización de labores de vigilancia, correo y captación de clientes.

Pues bien la vigilancia sido considerada equiparable a la autoría, si hay concierto para la actuación del ilícito criminal y distribución de funciones entre ellas, la esencial de vigilar la posible actuación policial, en pro del aseguramiento e impunidad del hecho (SSTS. 1727/2003 del 17 diciembre , 149/2005 de 14 febrero , 1056/2007 de 10 diciembre).

Y en cuanto a la captación de clientes, el acusado vigilaba y realizaba funciones de captación de compradores de sustancias estupefacientes que se vendían en la vivienda, estando puesto de acuerdo con quien efectuaba directamente esas ventas y ello supone que gozaba del dominio funcional en las operaciones de venta de aquellas sustancias y asume su posición de coautor en todo aquello a lo que se extiende cada dominio, que por la división del trabajo no requiere la realización personal y material de todas las partes del hecho dentro de esa planificada ejecución.

Importancia y relevancia de estas conductas que impiden la aplicación del supuesto del artículo 368.2 CP .

DECIMO TERCERO.- El motivo tercero al amparo del artículo 849.1 LECrim , por haberse infringido el artículo 21.7 CP , atenuante analógica de drogadicción del artículo 21.2 CP . d ado el carácter de consumidor crónico de cocaína y cannabis de recurrente.

Dando por reproducida la doctrina expuesta en emotivos segundo del recurso interpuesto por los acusados Genaro , Leocadia y Lina sobre la incidencia de la drogadicción en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, el presente deberá ser desestimado.

DECIMO CUARTO.- Desestimándose los recursos se imponen las costas a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Declarar no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por las representaciones legales de D. Florentino , D. Gaspar , D. Genaro , D^a Leocadia , Y D^a Lina , contra sentencia de fecha 10 de mayo de 2.016, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén , que condenó a los recurrentes por un delito de contra la salud pública. **Imponer** las costas causadas a los recurrentes. Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Andres Martinez Arrieta D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Andres Palomo Del Arco D. Carlos Granados Perez D. Perfecto Andrés Ibáñez