



Roj: **STS 1443/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1443**

Id Cendoj: **28079120012013100244**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/2013**

Nº de Recurso: **755/2012**

Nº de Resolución: **276/2013**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Prudencio**, contra Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que condenó al recurrente por un delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Navarro Gutiérrez. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Dos de los del partido judicial de Arona instruyó Sumario con el nº 1/2009 (Diligencias Previas 673/2008), contra **Prudencio**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sec. Sexta) que, con fecha veintisiete de febrero de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<PRIMERO.- Son hechos probados y así se declaran:

1º.- Que siendo las 18.45 horas del día 14 de marzo de 2008, el acusado **Prudencio**, con DNI NUM000 mayor de edad como nacido el NUM001 /1967, y carente de antecedentes penales, propietario y único empleado del local de ocio locutorio denominado "El Habanero", sito en la calle Bediesta nº 3 del barrio de Guagacho, partido judicial de Arona, estando en el interior de tal local vendió a **Carlos Daniel** una papelina de cocaína de peso neto 0,64 gramos y pureza 12,9%.

2º.- Constan haber realizado anteriormente y en mismo lugar, idénticas transacciones previamente, siendo vendedor el procesado y comprador el citado **Carlos Daniel**.

3º.- Que siendo las 22 horas del 28 de marzo de 2008, previo consentimiento del procesado, los agentes NUM002 y NUM003 realizaron entrada y registro en el baño del local antecitado, regentado por el acusado interviniendo ocultos en un ambientador industrial de pared, una bolsa que albergaba, 5 bolsitas conteniendo 4,2 gramos de cocaína, droga que causa grave daño a la salud 6% de pureza, destinada a su venta, que el hubiera reportado ilícito beneficio de 300 ?.

4º.- Se incautaron 194,54 ? en la caja registradora del local metálico por 1560 ? distribuidos en distintos bolsillos del acusado tal dinero procedía de ilícitas ventas precedentes>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<< Fallo.- Que debemos condenar y condenamos a **Prudencio** como autor responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, previsto y penado en el artículo 368 CP, a la pena de 3 años y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio



pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 900 EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 CP para el caso de impago a razón de un día de privación de libertad por cada 100 euros impagados y costas procesales.

Se decreta comiso de la droga intervenida para su posterior destrucción así como del dinero intervenido tanto los 194,50 euros hayados en la caja registradora del local como los 1.560 euros en efectivo, dándoseles el destino legal. Para el cumplimiento de la pena abónese al procesado el tiempo eventualmente pasado en prisión provisional sufrido por esta causa>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el recurrente, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Prudencio .

Motivo primero .- Por infracción de ley, al amparo del art. 852 LECrim , y art. 24 CE . **Motivo segundo** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim , por inaplicación del art. 21.6. **Motivo tercero** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim , por inaplicación indebida de los arts. 368 y 28 CP . **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim , por error en la valoración de la prueba. **Motivo quinto** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim , por vulneración del art. 459 en relación con el art. 724 ambos LECrim .

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, **apoyando parcialmente el motivo segundo del recurso e impugnando el resto de ellos** ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día doce de febrero de dos mil trece.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos del recurso se basa en una hipotética vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Discurre a través del art. 852 LECrim , proyección específica en el proceso penal del más general art. 5.4 LOPJ .

El derecho a la presunción de inocencia impide una condena sin el sustento de pruebas de cargo válidas, revestidas de las correspondientes garantías legales y de las que quepa inferir razonablemente cada uno de los hechos definidos en el tipo penal así como la participación del acusado en ellos. Se vulnera tal derecho cuando no haya pruebas de cargo lícitas; cuando no se motive la valoración probatoria; o cuando, por ilógico o por insuficiente, no sea razonable el *iter* discursivo que ha llevado a la condena (SSTC 68/2010, de 18 de octubre -Fundamento Jurídico Cuarto -, 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a -), ó 126/2011, 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-).

El recurrente sitúa en el frontispicio de su discurso una premisa que no es correcta si se analizan las cosas desde la perspectiva de la jurisprudencia más asentada: que la prueba que soporta su condena es de naturaleza indiciaria. Es verdad que existe una fundada línea doctrinal, clásica por otra parte, que tacha de artificial la diferenciación entre prueba indiciaria y directa "Toda la prueba es indiciaria" proclamó hace más de cien años un reputado procesalista. Pero también es verdad que tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala segunda y la jurisdicción penal en general manejan esa distinción de la que se extraen benéficas consecuencias garantistas protocolizando y acentuando las consecuencias de la presunción de inocencia cuando solo se cuenta con la llamada prueba indiciaria, es decir aquella que no demuestra directamente los hechos sino que requiere de un razonamiento discursivo -no tan lineal e inmediato como el que permite en ocasiones la denominada prueba directa-, para concluir que pueden considerarse acreditados determinados hechos.

No es este escenario adecuado para enredarse en disquisiciones sobre la legitimidad conceptual o los puntos débiles (que no faltan) de esa distinción que, más allá de su soporte teórico, es útil. Lo relevante a efectos de contestar el recurso es que la prueba que ha usado la Audiencia para llegar a la certeza de culpabilidad "más allá de toda duda razonable", según el conocido canon, no puede ser catalogada en su totalidad de "indiciaria" o "indirecta" según la concepción que se maneja habitualmente de esa categoría. Se integra. por las declaraciones de un testigo que en el plenario afirmó haber comprado cocaína a quien regentaba el local conocido como "El Habanero" (el recurrente) tanto en esa ocasión como en otras anteriores. La veracidad de esas manifestaciones está apuntalada i) por el testimonio de dos agentes que observaron su entrada en el locutorio y le interceptaron a continuación ocupándole la sustancia; ii) por el resultado del registro del



local unos días después donde se hallaron cinco bolsitas con 4,2 gramos de cocaína en un lugar donde hay que forzar mucho la imaginación para explicar que pueda haber sido escondida por alguien ajeno al establecimiento (en una habitación cerrada con llave y tapada con un banco).

Lo que podrían considerarse indicios (lugar donde es ocupada la droga, titularidad del establecimiento, confidencias que llegan a los agentes policiales, metálico y balanza de precisión ocupados y forma de distribución del dinero...) no son la base de la condena, sino el definitivo refrendo de la veracidad de las declaraciones del comprador, armónicas con lo observado por los agentes policiales en una concreta transacción. Está fuera de lugar, por tanto, el intento de testar ese cuadro probatorio con los estándares de la prueba indiciaria, (pluralidad de indicios, motivación, carácter concluyente) que, por otra parte, también quedarían holgadamente colmados.

El cuadro probatorio descrito es idóneo para desactivar la presunción constitucional de inocencia por lo que **el motivo no puede tener éxito.**

SEGUNDO.- El motivo segundo lucha por la apreciación de la atenuante del art. 21.6 (dilaciones indebidas), petición que se canaliza por la vía del art. 849.1º.

Recalca el recurrente el exceso del tiempo invertido en el enjuiciamiento. Entre el inicio de las actuaciones (28 de marzo de 2008) y la celebración del juicio oral (14 de febrero de 2012) han transcurrido casi cuatro años que no resultan acordes con la simplicidad de la investigación. El sumario, como hace notar el Fiscal, consta de 263 folios. Aunque se recurrió tanto el auto de procesamiento, como, de forma incorrecta, el auto de conclusión (frente al que no cabe recurso sino el medio de ataque peculiar que abre el art. 627 LECrim para conseguir su revocación) esas incidencias ni justifican ni explican los retrasos ni los tiempos muertos que se detectan al examinar las actuaciones (art. 899 LECrim). Entre febrero y junio de 2009 en que se procede a la transformación del procedimiento hay un periodo de inactividad. Los meses empleados hasta dictar el auto de procesamiento (1 de junio de 2010: un año más) no estaban justificados. Las diligencias practicadas eran prescindibles (declaraciones de algunos policías). La pendencia de la apelación contra el auto de procesamiento, por otra parte, no impedía la elevación de los autos a la Audiencia (art. 622.3º LECrim) lo que sin embargo no se hizo hasta que se desestimó aquélla (diciembre de 2010). La tramitación de un inadmisibles recurso contra el auto de conclusión, hubiese demorado más la remisión de la causa al Tribunal de enjuiciamiento (febrero de 2011). La Audiencia supo atajar ese riesgo a través de la advertencia incluida en su Auto de 17 de diciembre de 2010. La evacuación de los diferentes trámites dobles (instrucción y posterior calificación) ante la Audiencia Provincial se llevaron a cabo con desesperante premiosidad.

TERCERO .- Dos posibles obstáculos deben ser apartados si queremos entrar en el tema de fondo planteado:

a) estamos ante una cuestión nueva que no fue invocada en la instancia; aparece por primera vez en casación; b) ni en los hechos probados ni en ningún otro lugar de la sentencia se descubre la más mínima base para fundar la atenuante, siendo así que nos enfrentamos a un motivo por infracción de ley del art. 849.1 (vid . art. 884.3º LECrim). Únicamente podría deducirse algo de la fecha de hechos y sentencia.

a) La prohibición de suscitar en casación cuestiones que antes no hayan sido planteadas en la instancia, obedece a la necesidad de salvaguardar el principio de contradicción y enlaza con la exigencia de buena fe procesal (art. 11 LOPJ). Esa afianzada doctrina se vertebra en dos puntos (STS 657/2012, de 19 de julio):

- El ámbito de la casación, y en general de cualquier recurso, ha de ceñirse al examen de los temas o pretensiones que fueron planteados formalmente en la instancia. No pueden introducirse *per saltum* cuestiones diferentes, hurtándolas al necesario debate contradictorio en la instancia y a una primera respuesta que podría haber sido objeto de impugnación por las otras partes. Es consustancial al recurso de casación circunscribirse al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon y no otros (SSTS 545/2003 de 15 de abril , 1256/2002 de 4 de julio , 344/2005 de 18 de marzo o 157/2012 de 7 de marzo).

- Ese principio general admite algunas excepciones. De una parte, la alegación de infracciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión (la letra a) del art. 846 bis c) de la LECrim proporciona cierta base legal, aunque en un ámbito muy específico, para esa excepción). De otra, la vulneración de preceptos penales sustantivos favorables al reo cuya procedencia fluya de los hechos probados. El ejemplo paradigmático es la apreciación de una atenuante, como sucede en este caso. Si no se abriese esa puerta se llegaría, " *a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no costa en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su Abogado defensor* " (SSTS 157/2012, de 7 de marzo y 707/2012, de 26 de abril). Cuando la no invocación en la instancia merece una explicación pausable desde la estrategia defensiva, más o menos acertada, como sucede aquí, debe menguar el rigor del



postulado general de prohibición de cuestiones nuevas en vía de recurso. Si se solicitaba la absolución podría considerarse incoherente reclamar a su vez la atenuante, aunque no puede dejar de recordarse la admisibilidad de conclusiones alternativas (art. 653 LECrim) que pueden ser subsidiarias como expresamente se reconoce en la legislación procesal militar (art. 280 Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar). Nada impedía a la defensa, salvo que se anude a esa posición una cierta ambivalencia y por tanto un debilitamiento, al menos psicológico, de su pretensión principal, combinar la solicitud de absolución con la indicación expresa de que, en todo caso, se habrían producido retrasos en el curso del proceso y por tanto, concurrían los presupuestos fácticos de la atenuante. Enlazando con el primer canal de admisión de excepciones, también podría aducirse que se trata de materia relacionada con un derecho fundamental (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas). Pero no es exacto: ya se ha producido la vulneración de ese derecho fundamental como consecuencia del proceso. Ahora se está discutiendo un tema de legalidad: si concurre o no una atenuante basada en esa lesión. La sentencia en sí no puede afectar directamente a ese derecho fundamental cuya merma ha sido ocasionada por la lentitud del proceso. Al igual que no podría acudir a este razonamiento para hacer valer una pretensión de condena por delito de homicidio con el argumento de que al tratarse de un derecho fundamental (derecho la vida) han de relajarse las exigencias procesales de inexcusable previa invocación; tampoco aquí la vinculación indirecta (que no inmediata) con el derecho fundamental relaja los requisitos de orden procesal hasta hacerlos desaparecer. Pero pese a ello, por la primera vía apuntada podemos soslayar ese primer obstáculo derivado de la doctrina de la cuestión nueva: reclamándose una atenuante debemos entrar a examinar si concurre o no. Suele exigirse en esos casos la constancia en la sentencia, de la base o fundamento de la atenuante que no se discutió en primera instancia y se trata de introducir *ex novo* en el recurso de casación. No concurre aquí este presupuesto: la sentencia ni refleja, ni tenía por qué hacerlo, los datos necesarios para construir la atenuante pues nadie enarboló esa pretensión. Esa apreciación lleva de la mano al segundo de los óbices procesales que aparecen al tratar de despejar el camino para acceder al debate sobre la procedencia o no de la atenuante.

b) Ciertamente ni en los hechos probados de la sentencia, ni en su fundamentación jurídica se encuentra recogida una secuencia procesal de la tramitación de la causa que permita discutir sobre la procedencia o no de introducir la atenuante tardíamente invocada . El art. 849.1º, vía casacional elegida, exige partir de los hechos probados (art. 884.3º LECrim). Estando ante una pretensión novedosa, solo esa plasmación en la sentencia de la base fáctica habilitaría para excepcionar el principio general según la doctrina tradicional. Sin embargo también esta objeción puede ser sorteada. Tratándose de hechos intraprocesales, que pueden verificarse directamente con la consulta de los autos (art. 899 LECrim) ambos dogmas procesales merecen una modulación. Cuando la secuencia factual presupuesto del posterior juicio jurídico se extrae inmediatamente de las actuaciones procesales sin necesidad de valoración alguna, sino con una mera constatación aséptica, sería contrario a la más elemental lógica y constituiría un ritualismo, apartado del fundamento último de esas exigencias, rechazar la petición por no tener reflejo en los hechos probados. Los tiempos invertidos en las diligencias a los efectos de la atenuante de dilaciones indebidas son un claro ejemplo de esta regla. Aunque no exista en el *factum* referencia alguna a las incidencias en la tramitación, esta Sala no ha vacilado a la hora de casar una sentencia para apreciar la atenuante, reclamada muchas veces a través exclusivamente del art. 849.1º LECrim . Existen casos asimilables (posibilidad de analizar en casación errores jurídicos sobre la base fáctica obtenida del examen directo de la causa: art. 899 LECrim): la confesión realizada por el autor (en cuanto puede ser la base de una atenuante); el pago a través del juzgado de las responsabilidades civiles (atenuante de reparación); muchos elementos factuales relacionados con la prescripción extraprocesal o intraprocesal (cronología y contenido de algunas diligencias, fecha de incoación de la causa...). La premisa general de necesario respeto a los hechos probados, que responde a la necesidad de acatar la valoración de la prueba realizada con intermediación por el tribunal de instancia, cede cuando los elementos fácticos determinantes de la subsunción jurídica diferente vienen representados por incidencias procesales directamente constatables sin mediación alguna. No hay necesidad de interposición de juicio valorativo alguno: el dato objetivo y neutro se extrae sin más y sin espacio para la divergencia del examen de la causa. Cuestión diferente será la valoración jurídica, operación propia de la fiscalización propiciada por el art. 849.1º. En esos supuestos ni siquiera ha de considerarse indispensable formalizar con sentido instrumental o vicario un motivo autónomo amparado en el art. 849.2º para introducir esa secuencia procesal en el *factum*. Puede ser suficiente el art. 849.1.

Podemos sentar, pues, como conclusión que no hay obstáculo procesal de entidad para escrutar directamente la causa y extraer de ella los presupuestos indispensables para discutir sobre la presencia o no de dilaciones indebidas. Sería deseable y aconsejable que la defensa hubiese suscitado ya la cuestión en la instancia (aunque fuese con carácter subsidiario y alternativo). Pero esa omisión no se erige en muro insalvable para su invocación en casación al estar ante una atenuante que al basarse en elementos intraprocesales permite orillar los óbices señalados.



CUARTO.- Sorteados esos escollos, y enfrentados ya al fondo no puede negarse la concurrencia de los presupuestos de la atenuante, lo que es aceptado por el Ministerio Fiscal, a la vista de las incidencias que se reflejaron en el fundamento de derecho segundo.

La atenuante de dilaciones indebidas durante muchos años ha tenido que ampararse en la analogía del art. 21.6º CP . A partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación penal expresa. El actual número 6 del artículo 21 CP , dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal define como tal *la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.*

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 justifica la modificación por la necesidad de dar cobertura normativa a una práctica judicial muy extendida. Como es bien sabido la atenuante es de creación jurisprudencial. Sus perfiles han evolucionado impulsos de los pronunciamientos de esta Sala Segunda. Hoy contamos ya con unos requisitos legales que en líneas generales se ajustan a lo establecido por esa jurisprudencia que la exposición de motivos proclama querer respaldar. No hay cuestión sobre la aplicabilidad de tal precepto de nueva planta. Las exigencias del nuevo art. 21.6 estaban presentes en la doctrina jurisprudencial. No puede decirse que se hayan endurecido las condiciones para apreciar la atenuante. Se va a utilizar como parámetro de referencia la actual redacción que se refiere a retrasos extraordinarios y no proporcionados con la complejidad de la causa. Como han expresado las SSTS 70/2011, de 9 de febrero , 490/2012, de 25 mayo ó 836/2012 de 19 de octubre mantiene plena vigencia el cuerpo de doctrina elaborado con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo apartado 6 del art. 21 CP .

A tenor de su literalidad la aplicación de la atenuante, exige: **a)** una dilación indebida y extraordinaria; **b)** acaecida durante la tramitación del procedimiento; **c)** que la demora o retraso no sea achacable al imputado y **d)** que la complejidad del litigio no justifique la dilación.

Junto a ello, siendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación mediante la disminución de la pena, es requisito inmanente que el imputado no haya sido favorecido por esas dilaciones, más allá de que no le sean imputables. El perjuicio en principio ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares (obligación *apud acta*)... acarrear unas molestias o padecimientos que se acrecientan si el proceso se prolonga indebidamente. Dicho de otra manera: puede presumirse que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado y que ese perjuicio merece una compensación que viene de la mano de la atenuante (aunque se puedan producir otras compensaciones a través de instituciones como la abonabilidad de las medidas cautelares: arts. 58 y 59 CP). Pero es una presunción que admite prueba en contrario.

No admite discusión que el tiempo de duración del proceso ha sido excesivo. La escasa complejidad no concuerda ni con su duración global ni con los periodos de ralentización o paralización que se detectan y que se han descrito con anterioridad. Que la causa de esa lentitud radique en déficits estructurales o en razones no achacables a los profesionales intervinientes, no disipa el perjuicio ocasionado por esos retrasos. Objetivamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha padecido. No se trata de buscar culpabilidades o responsabilidades, sino de constatar tanto esa afectación; como que quien invocó el derecho no ha contribuido a ella. Las conocidas, por notorias, deficiencias estructurales de la Administración de Justicia hacen compatible la lesión del derecho a un proceso ágil con el hecho de que no pueda atribuirse a nadie específicamente la disfunción. Los déficits institucionales no pueden repercutir negativamente, más allá de lo razonable, en el justiciable. Por tanto aunque existan circunstancias claras y objetivas que justifiquen o disculpen desde el punto de vista de los intervinientes en el proceso esas demoras, no pueden hacerse recaer sus consecuencias en el afectado que se hace acreedor de la atenuante también cuando las dilaciones obedezcan a situaciones que las excusan. Sólo los retrasos imputables a él mismo excluyen la atenuación. No puede reclamar un beneficio como compensación de unos perjuicios quien es responsable de ellos. Pero que las dilaciones puedan justificarse desde la perspectiva de los agentes intervinientes en el proceso (oficinas judicial y fiscal, partes, ministerio fiscal, integrantes de las diversas Salas de Justicia...) no afecta nada a la cuestión. Eso es lo que conviene ahora destacar. Desde el punto de vista institucional no son justificables y el Poder Público debe ofrecer una respuesta a esa disfunción.

Ahora bien, si para la atenuante simple se exige que las dilaciones sea **extraordinarias** , es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que las dilaciones sean desmesuradas. No puede realizarse tal juicio en relación al presente asunto: cuatro años, siendo excesivos, no suponen un tiempo absolutamente desmesurado y alejado de todo parámetro de normalidad (el procedimiento ordinario por sí comporta legalmente una tramitación más lenta). Además no ha hecho el recurrente el menor esfuerzo ni por acreditar un perjuicio especialmente intenso más allá del inherente a todo enjuiciamiento retardado; ni por denunciar en su momento esas dilaciones instando la aceleración del trámite. No es que sea exigible para la



atenuante la denuncia de las dilaciones, pero esa queja podrá ser, junto a otros, signo de ese singular perjuicio que podría justificar la cualificación.

Procede la estimación parcial del motivo. Habrá de apreciarse la atenuante aunque sin otorgarle el carácter privilegiado que reclama el recurrente, con las consecuencias penológicas que se reflejarán en la segunda sentencia.

QUINTO.- Los motivos tercero y quinto merecen un tratamiento conjunto tal y como propone con acierto el Ministerio Fiscal: abordan una temática común, el informe sobre la naturaleza de la sustancia intervenida. En el motivo tercero se alega que el informe pericial no fue ratificado en el acto del juicio oral y en el quinto que se transmutó en prueba documental con infracción de los preceptos procesales que disciplinan la forma de practicar la prueba pericial (arts 459 y 723 y ss LECrim).

No parece muy próximo a la buena fe procesal guardar el más espeso de los silencios hasta los momentos finales del acto del juicio oral (folio 117 del rollo de Sala) para exteriorizar entonces, y solo entonces, una impugnación del informe pericial sobre la sustancia intervenida que parece obedecer más a razones de estrategia que a un real afán de contradicción. Lo que es irrenunciable es la posibilidad de contradicción de las pruebas y no la efectiva y concreta contradicción de cada una de ellas. Que la defensa renuncie a interrogar al testigo de cargo después de que le dirija preguntas la acusación no invalida esa prueba por no haber sido sometida a contradicción: ha existido posibilidad de contradicción. Cosa distinta es que la defensa, por estrategia, por considerarlo innecesario, o por los motivos que sea, no ejerza ese derecho a contradecir. Igual sucede con los análisis oficiales -pruebas periciales documentadas-. La defensa tenía conocimiento del análisis y no lo impugnó, ni propuso como prueba la comparecencia al acto del juicio oral de los funcionarios que lo habían elaborado para preguntarles sobre los puntos que estimaba necesitados de aclaración. Conociendo que el Fiscal proponía como prueba la comparecencia del perito, salvo que no fuese impugnado el informe por la defensa (folio 27 del rollo de la Audiencia), ésta en su escrito de calificación no solo no dijo nada al respecto, sino que además efectuó un relato de hechos en el que venía a admitir que lo ocupado era droga (folio 30 y 31 del rollo). Las conclusiones así formuladas fueron elevadas a definitivas. No solo tuvo la posibilidad efectiva de contradecir tal informe sino que además mostró su conformidad implícita con sus conclusiones en su escrito de defensa. El principio de contradicción se ha salvaguardado: si no se citó a juicio al perito fue como consecuencia de esa actitud de la defensa.

La precedente argumentación cuenta con el respaldo de la jurisprudencia constitucional. La STC 127/1990, de 5 de julio recordaba, trayendo a colación el art. 726 LECrim , que los informes practicados en la fase previa que se basen en conocimientos técnicos especializados con constancia documental en autos que permita su valoración y contradicción en juicio pueden ser utilizados para destruir la presunción de inocencia, sin que sea absolutamente imprescindible en tal supuesto -puntualiza el Alto Tribunal- **la presencia en el acto del juicio de quienes lo realizaron para su interrogatorio** .

El informe sobre la naturaleza, cantidad y calidad de la sustancia intervenida es valorable desde el momento en que no se impugnó en tiempo.

El principio de práctica de la prueba en el juicio oral no excluye que en determinados casos, cuando resulte innecesario y no lo reclame parte alguna pueda prescindirse de la ratificación de informes periciales estandarizados que en ese caso se convertiría en un ritualismo formal, no muy distinto al que se derivaría de exigir v. gr. que el certificado de antecedentes penales hubiese de ser ratificado por quien lo emitió.

Esa especialidad era contemplada con toda lógica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, que, no teniendo obviamente valor normativo, encierra la autoridad que le confiere representar un intento serio de cristalizar en una norma positiva la jurisprudencia constitucional sobre el proceso penal.

La previsión general sobre la necesidad de que la prueba se practique en el acto del juicio oral sufría modulaciones importantes, totalmente fundadas, en el caso de los informes periciales. Aunque en principio los peritos habían de comparecer en el plenario para someterse a las preguntas y aclaraciones de las partes (art. 586 ALECRim 2011), se matizaba (art. 588) en sintonía con lo que la jurisprudencia viene entendiendo y con lo que de forma confusa y no totalmente afortunada quiere afirmar el art. 788.2º LECrim tras la reforma de 2002, que *"el dictamen pericial de los laboratorios oficiales emitido durante la investigación no precisa de ratificación en juicio salvo que se haya impugnado de forma concreta su contenido y se haya propuesto la declaración de los peritos autores del informe, con la debida justificación de las razones que la hacen necesaria"* (vid. también arts. 526.4 y 548.2.b) ALECRim 2011).

Esa tendencia a una matizada "documentalización" del informe pericial tiene fundadas raíces prácticas y no es exclusiva de nuestro ordenamiento, sino lógica expresión de un mundo tecnificado. Ni siquiera en los sistemas adversariales más paradigmáticos como el americano en que no existe investigación judicial y,



el enjuiciamiento se realiza por Jurado puro se mantiene esa exigencia de contradicción y reproducción de la prueba pericial en toda su pureza. Hay excepciones llenas de sentido y en absoluto lesivas de garantías irrenunciables. La exigencia básica y tradicional de que las pruebas se practican en el juicio y consiguiente inutilizabilidad de las diligencias de investigación se extiende a la prueba pericial en principio. Pero ha evolucionado. Desde la sentencia *Ohio v. Roberts*, de 1980 del Tribunal Supremo EEUU se viene admitiendo como prueba la declaración emitida fuera del juicio -en concreto en una audiencia preliminar- sin necesidad de la comparecencia ulterior del testigo en juicio, siempre y cuando quede acreditado que dicho medio de prueba reviste suficiente fiabilidad. El criterio es aplicable a la declaración del perito (*expert witness*). El informe pericial puede ser valorado sin la presencia del experto siempre que su fiabilidad sea elevada. Para valorar la fiabilidad del informe y, por tanto, la posibilidad de obviar la presencia del perito, el tribunal ha de considerar, la utilidad de la confrontación con el perito en el caso concreto. Si se prevé que ni el interrogatorio cruzado ni la declaración del perito van a alterar el contenido y alcance del informe, se puede prescindir de la contradicción efectiva. También cuando la probabilidad de incidir en las conclusiones ya efectuadas sea meramente remota. En la sentencia *White v. Illinois*, el Tribunal Supremo fue más allá: ciertos informes periciales documentados por escrito en ciertas condiciones satisfacen de manera automática las exigencias del sometimiento al interrogatorio cruzado. Los informes periciales escritos serán admisibles como prueba si son *business records* o *public records* (informes profesionales u oficiales), incluso sin la presencia en el juicio del experto que lo haya elaborado.

SEXTO. - No es tampoco aceptable la queja sobre la no concurrencia de dos peritos razón formalmente aducida para esa retórica y tardía impugnación. Sobre ese punto también se ha pronunciado ya ese Tribunal en una larga serie de sentencias que toman como referente el pleno no jurisdiccional de 1 de mayo de 1999. La STS 806/1999 de 10 de junio es una de las primeras de esa extensa relación. Declaraba: "*la exigencia de dualidad de perito en cada dictamen pericial obedece a la mayor garantía de acierto que representa la posible coincidencia de pareceres de dos peritos frente a la opinión única...*". La "*finalidad de la norma - se dice más adelante - queda satisfecha en el caso de dictámenes periciales emitidos por Órganos oficiales dotados de equipos técnicos altamente cualificados integrados por distintos profesionales que intervienen como tales participando cada uno de sus miembros en el trabajo común dentro de la división de tareas o funciones. En tales casos, el mero dato formal de estar suscrito el informe por uno solo de los profesionales del equipo (...) no puede ocultar el hecho real de que el dictamen no es obra de un solo individuo, es decir, de un perito, sino del trabajo de equipo normalmente ejecutado según procedimientos científicos protocolizados en los que intervienen varios expertos, desarrollando cada uno lo que le compete en el común quehacer materializado por todos*". En esa dirección abundan las sentencias 1642/2000, de 23 de octubre, 7 de marzo de 2001 ó 1255/2002, de 4 de junio, entre muchas otras.

En el procedimiento abreviado se canceló legalmente la exigencia de dualidad de peritos que, para el procedimiento ordinario, establece el art. 459 LECrim. Y la jurisprudencia ha matizado enormemente esa regla para el procedimiento ordinario. En la línea iniciada por el Acuerdo recién aludido, más recientemente la STS 510/2009, de 12 de mayo, insiste en que "*sobre el número de peritos que han de emitir los informes judiciales, en las SSTS 537/2008, 12 de septiembre y 106/2009, 4 de febrero, nos hacíamos eco de la jurisprudencia de esta Sala que, pese al tenor literal del art. 459 de la LECrim. -'se hará por dos peritos', ha precisado que la duplicidad de informantes no es esencial. Este fue el criterio proclamado en el Acuerdo de esta misma Sala fechado el día 21 de mayo de 1999, cuyo alcance fue precisado en el Pleno de 23 de febrero de 2001. Conviene tener presente, en fin, que si la validez de una prueba pericial, su adecuación a las exigencias de un proceso justo, se explicara a partir de un entendimiento puramente cuantitativo, que atendiera exclusivamente al número de peritos quehubiera participado en la elaboración del informe, nos veríamos obligados a aceptar que el procedimiento abreviado se aparta de los requerimientos constitucionales, en la medida en que acepta el dictamen pericial suscrito por un único perito (cfr. art. 778.1 LECrim.). En definitiva, la validez de la prueba, su virtualidad para desplazar la presunción de inocencia, mira más que a la concurrencia numérica de los expertos, al respeto a los principios de contradicción y defensa, verdaderas fuentes de legitimación del proceso penal...*". La STS 103/2008, de 19 de febrero, añade: "*la doctrina de esta Sala al respecto es concluyente: si para justificar conductas susceptibles de ser castigadas con pena de prisión de hasta 9 años basta la intervención de un especialista, esta limitación numérica no infringe derecho constitucional alguno, pues las garantías fundamentales se extienden a todos y no cabría aceptar que por tratarse de procedimientos diferentes según la pena atribuida a los hechos objeto de enjuiciamiento a unos acusados se les garantiza la observancia del derecho y a otros no, pues por su propia naturaleza los derechos fundamentales y libertades básicas son universales (STS núm. 376/2004, de 17 de marzo). En el mismo sentido podemos citar las SSTS. 161/2004, de 9 de febrero, 1070/2004, de 24 de septiembre; 1081/2004, de 30 de septiembre; 389/05, de 29 de marzo; 1369/05, de 8 de noviembre; 935/06, de 2 de octubre; 264/07, de 30 de marzo, entre otras muchas...*".

Los dos motivos han de decaer: la tardía impugnación de la pericial no desvirtúa su valor probatorio tanto por lo extemporáneo de la impugnación, como por la debilidad de su fundamento (no dualidad de peritos).



SÉPTIMO.- El art. 849.2 es blandido para interesar que se rectifiquen los hechos probados en el particular que declara que el dinero ocupado -194,54 euros- procedía de la actividad ilícita. Se enarbolan como documentos fundadores del error el acta de aprehensión de la sustancia e incautación del dinero, el atestado policial, y el acta de entrada y registro.

Ninguno de esos documentos goza de autarquía demostrativa para desacreditar la inferencia del Tribunal de instancia sobre la procedencia del dinero. Así lo pone de manifiesto la elocuente circunstancia de que el recurrente tenga que acudir a las declaraciones de un tercero (folio 22) para avalar su conclusión. Solo la prueba documental habilita para una corrección fáctica de la sentencia de instancia a través del art. 849.2º sin que sea lícito completarla con prueba testifical.

El decurso argumental del motivo parece querer ir mas lejos al aludir a la distancia del local respecto del punto en que fue interceptado el comprador y a determinados útiles ocupados y forma en que lo fueron: respecto de estos datos es todavía más patente su inaptitud para provocar una modificación fáctica por la angosta puerta del art. 849.2º. Esos elementos son perfectamente compatibles con los hechos que la sentencia da como probados. No los contradicen en absoluto.

La argumentación es más armónica con un motivo por presunción de inocencia y no por *error facti*. Pero tampoco desde ese prisma tendría aptitud para prosperar. En efecto, habría que replicar:

a) En cuanto a la autoría y realidad de la actividad de venta de sustancia, ya se ha abordado la cuestión en el primer motivo.

b) En lo atinente a la procedencia del dinero, además de ser una inferencia razonable y explicada la que hace la Sala de instancia (la distribución del dinero en bolsillos separados es un detalle que no escapa a su análisis y que con razón considera relevante), no puede dejar de resaltarse la intrascendencia de la cuestión atendida la multa que se ha impuesto al penado (novecientos euros) y, sobre todo, considerando la institución del comiso de equivalente (arts. 374.1.4ª y 127.2 -actual 3- CP): el recurrente vendió droga en varias ocasiones según asevera la sentencia, lo que indudablemente le hubo de reportar ganancias. Si no se ha incautado el producto directo de esas ventas, deberá acordarse el decomiso de las cantidades equivalentes o su transformación.

El motivo es inestimable.

OCTAVO.- Habiéndose estimado parcialmente el recurso procede declarar de oficio las costas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Prudencio**, contra Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que condenó al recurrente por un delito contra la salud pública, **por estimación parcial del motivo segundo de su recurso**, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil trece.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número Dos de los de Arona, fallada posteriormente por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, y que fue seguida por un delito contra la salud pública, contra **Prudencio**, de 45 años de edad, nacido en Cuba, vecino de San Miguel de Abona sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa; la Sala Segunda del **Tribunal Supremo**, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se dan por reproducidos los antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- De acuerdo con los razonamientos contenidos en la anterior sentencia y en virtud de los datos procesales que se han reflejado allí y que suponen la constatación de que el tiempo invertido en la tramitación de la causa ha sido excesivo a la vista de su relativa sencillez, procede apreciar la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP . Habrá de conferirsele una eficacia simple y no privilegiada, pues i) ni puede hablarse de retraso superlativo o extremadamente desmesurado; ii) ni se interesó la activación o agilización de la tramitación; iii) ni se han acreditado perjuicios derivados de esas dilaciones que vayan más allá de los inherentes a toda situación de retraso. La atenuante habrá de tener reflejo en la penalidad. Aunque ya se situaba en la mitad inferior la pena impuesta por el Tribunal *a quo* (tres años y seis meses), ha de rebajarse todavía más, yendo al mínimo posible. La reiteración de la actividad de venta de sustancias estupefacientes (no era un hecho puntual y episódico) es elemento individualizador agravatorio que queda neutralizado por los efectos de la atenuante.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Prudencio como autor responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, previsto y penado en el artículo 368 CP , a la pena de **TRES AÑOS de prisión, y MULTA DE 900 EUROS**, con responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 CP para el caso de impago a razón de un día de privación de libertad por cada 100 euros impagados.

Se mantiene el resto de pronunciamientos de la Sentencia de instancia y en particular lo relativo al decomiso decretado y costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.