

Roj: **STS 4053/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4053**Id Cendoj: **28079120012015100540**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/09/2015**Nº de Recurso: **512/2015**Nº de Resolución: **560/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP CS 2/2015,**
STS 4053/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, interpuesto por las representaciones procesales de los condenados Rodolfo , Carlos Manuel y Alejo , contra Sentencia de fecha tres de febrero de dos mil quince, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón , en causa seguida contra los mismos por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo Sr. D. Andres Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando los recurrentes Rodolfo y Alejo representados ambos por el Procurador Sr. De Goñi Echevarría y Carlos Manuel representado por la Procuradora Sra. Vinader Moraleda.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción número 1 de Castellón se tramitó Procedimiento Abreviado 149/2012, contra Rodolfo , Carlos Manuel y Alejo por delito contra la salud pública y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón, cuya Sección Primera (Rollo de Sala núm. 59/2014) dictó Sentencia en fecha 3 de febrero de 2015 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"El día 10 de octubre de 2011 en el Centro Penitenciario Castellón II, sito en Albocácer, se encontraban internos cumpliendo condena Carlos Manuel , y Alejo , mientras que Rodolfo llevaba a cabo su actividad profesional como auxiliar sanitario de la clínica del citado centro. Todos ellos eran mayores de edad y con antecedentes penales los dos primeros, mientras que carecía de ellos el último de los nombrados. Los tres actuaban de mutuo acuerdo y con intención de lucrarse con su venta a terceros, llevando a cabo las siguientes conductas:

El acusado Rodolfo , aprovechándose de su conducción auxiliar de la clínica penitenciaria, lo que le facilitaba el acceso al Centro, y el contacto con los internos y con ciertos medicamentos y otras sustancias ilícitas, poco después de las 17 horas de ese día 10 de octubre de 2011, cuando se encontraba en el economato del citado establecimiento carcelario, introdujo en una mochila oscura que previamente le había facilitado Carlos Manuel , dos placas de sustancia marrón y tres envoltorios de polvo marrón, siendo visto por los dos funcionarios encargados del economato, sustancias que tras ser analizadas resultaron ser 198,47 gramos de hachís con una concentración de THC del 5%, 0,17 gramos de heroína, con una pureza del 14%, y 0,09 gramos de cocaína, con un pureza de 9,5%, tres teléfonos móviles y dos cargadores para estos. Seguidamente, Rodolfo lanzó la mochila al pasillo exterior del economato, para que esta fuera recogida por Alejo , el cual llevó la mochila hasta la sala de televisión donde se encontraba Carlos Manuel , lugar en el que fue interceptada por el Jefe de Servicio nº NUM000 , impidiendo la distribución de las citadas sustancias en el Centro Penitenciario.



Esa misma tarde Rodolfo pidió a los dos funcionarios encargados del economato que se "comieran el marrón" ofreciéndoles dinero a cambio, propuesta que no fue aceptada.

La heroína y la cocaína son sustancias que causan grave daño a la salud y están sujetas al control internacional de estupefacientes y psicotrópicos, y habría alcanzado en el mercado ilícito un valor de 1,20 euros y 4,61 euros respectivamente.

El hachís es una sustancia que no causa grave daño a la salud y está sujeta al control internacional de estupefacientes y psicotrópicos y habría alcanzado en el mercado ilícito un valor de 1.129,29 euros.

La venta de las sustancias especificadas reportarían en el mercado ilícito nacional unos beneficios totales de 1.135,218 euros".

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

*I. Debemos condenar y condenamos a Alejo y a Carlos Manuel , como autores responsables de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad en el primero de ellos, y con la circunstancia atenuante de anomalía psíquica en el segundo, a las penas de **tres años y seis meses de prisión** , con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, **y multa de 1.136 euros** , con responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad para el caso de impago.*

*II. Condenamos a Rodolfo como autor responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, agravado por su condición de facultativo, y sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de **seis años y seis meses de prisión** , con **inhabilitación** especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y para el **ejercicio de su profesión** , u oficio u otros relacionados con los mismos, por tiempo de **cuatro años y multa de 2.272 euros**.*

*III. Se declara el **comiso** definitivo de la droga, teléfonos móviles y cargadores intervenidos, con destrucción de la primera y adjudicación al Estado del resto.*

IV. Se imponen a los condenados por terceras partes las costas del juicio.

Cumplase lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Comuníquese a la Unidad de Inspección de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias esta resolución".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones procesales de Carlos Manuel , Rodolfo y Alejo que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

La representación de Rodolfo :

Motivo Primero.- Por infracción de Ley del artículo 849.2 de la LECrim ., por entender que la resolución recurrida incurre en vicio que abre la posibilidad de casación conforme al artículo 849.2 de la LECrim ., por error en la valoración de la prueba.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la LECrim ., y 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión del artículo 24.1 de la CE , el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE , y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por aplicación indebida del artículo 28 del Código Penal y de los artículos 368.1 ° y 369.1.1ª del Código Penal .

Motivo Cuarto.- Por quebrantamiento de forma del artículo 850.1 de la LECrim ., al denegarse la prueba testifical del testigo D. Nazario , toda vez que el citado testigo fue propuesto por todas las defensas y también por el propio Ministerio Fiscal, sin que suspendiera el juicio ante la falta de citación del testigo propuesto, formulando la protesta oportuna ante el Tribunal cuando denegó la solicitud de suspensión ante la falta de citación del testigo.

Motivo Quinto.- "Por infracción de precepto constitucional del artículo 851.1 de la LECrim ., al consignarse como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849 de la LECrim ., por aplicación indebida del artículo 237 y 242.1 del CP , en relación con la condena por delito de robo con violencia" (sic).



La representación de Carlos Manuel :

Motivo Primero.- Por el cauce casacional previsto en el art. 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 852 de la LECrim ., por vulneración del derecho a un juicio con las debidas garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, previsto en el art. 24.2 de la CE , al celebrarse el Juicio Oral sin la presencia del principal testigo de cargo Nazario , cuya comparecencia habíamos solicitado expresamente.

Motivo Segundo.- Por el cauce casacional previsto en el art. 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 852 de la LECrim ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

Motivo Tercero.- Infracción legal del art. 849.1 de la LECrim ., por falta de aplicación de los arts. 16 y 62 del Código Penal , por cuanto el delito se habría cometido en grado de tentativa.

Motivo Cuarto.- Infracción legal del art. 849.1 de la LECrim ., indebida aplicación del art. 368 del Código Penal apartado referente a la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, cuando debió aplicarse sobre la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, en atención a los tipos, cantidades y peso de cada droga ocupada.

La representación de Alejo :

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim., así como el 5.2 LOPJ , en cuanto que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE del que el acusado es titular.

Motivo Segundo.- Por infracción e Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por aplicación indebida del artículo 368 CP , por cuanto, dada la escasísima cantidad de droga incautada, procedería, en su caso, aplicar el párrafo 2º del artículo 368 CP , esto es, "escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable".

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de los recursos interpuestos y subsidiariamente su desestimación, de conformidad con lo expuesto en su escrito de fecha 9 de junio de 2015; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 23 de septiembre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Rodolfo

PRIMERO. - Recurren la sentencia de instancia los tres condenados en la misma por delito contra la salud pública del artículo 368.1, en relación con sustancias que causan grave daño a la salud.

La representación procesal de Rodolfo , formula cinco motivos, si bien en el último de manera amalgamada, en simple enunciación y sin ninguna argumentación, invoca predeterminación del fallo, e indebida aplicación de los artículos 237 y 242.1 del CP , en relación con la condena por delito de robo con violencia, normativa que no ha sido aplicada ni tiene relación alguna con el caso enjuiciado; por lo que probablemente obedezca a error informático, pero en todo caso, tan defectuosa formulación conlleva inexorablemente su desestimación.

El cuarto motivo lo formula por quebrantamiento de forma del artículo 850.1 de la LECrim , al denegarse la prueba testifical del testigo D. Nazario , toda vez que el citado testigo fue propuesto por todas las defensas y también por el propio Ministerio Fiscal, sin que suspendiera el juicio ante la falta de citación del testigo propuesto, formulando la protesta oportuna ante el Tribunal cuando denegó la solicitud de suspensión ante la falta de citación del testigo.

El motivo alegado por quebrantamiento de forma del 850.1º, se produce cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente. Y en autos, consta admitida y cursada la correspondiente citación a la dirección que el testigo designó en Italia cuando salió de prisión, donde manifestó que residiría, pero la referida citación fue devuelta sin cumplimentar por resultar la dirección "inexacta", si bien el reproche se realiza por no haber suspendido el juicio para proceder a una nueva citación.

Dados esos antecedentes, tratarse de ciudadano italiano que tras salir de prisión designa un domicilio, donde no es que se encontrara ausente o fuere desconocido sino que se trata de dirección "inexacta", no real; la efectividad de una segunda citación a ese domicilio resultaría absolutamente baldía y otra localización del testigo no era conocida; de modo que la suspensión para intentar una nueva citación, meramente tendría como consecuencia previsible originar dilaciones innecesarias y su declaración en modo alguno sustentaba



de manera exclusiva la prueba de cargo, no resultaba decisiva, ni tampoco en cuanto que no presencié los hechos, serviría como material probatorio de descargo.

No obstante, a pesar del motivo formulado, el reproche fundamental que realiza el recurrente, es la valoración como prueba válida de la declaración de ese testigo que no compareció en la vista oral y por tanto no fue sometido a la posibilidad de contradicción por su parte.

Como recuerda la STS núm. 164/2015, de 24 de marzo, efectivamente la vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su práctica y en lo que se refiere concretamente a la defensa le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a su juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del Tribunal. Cuando se trata de pruebas personales, tal principio se manifiesta en el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes declaran en contra del acusado. Este derecho, expresamente reconocido en el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, no aparece en texto de la Constitución, pero puede considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el derecho de defensa.

STS núm. 164/2015, que continúa resumiendo la doctrina al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en la STEDH de 14 diciembre 1999, Caso *A.M. contra Italia*, entre otras, reseña que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que, aunque tal principio tiene excepciones, "sólo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por regla general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencias *Van Mechelen y otros*, citada, pg. 711, ap. 51 y *Lüdi* contra Suiza de 15 junio 1992, serie A núm.238, pg. 21, ap. 49). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de la instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las Sentencias *Van Mechelen y otros* citada, pg. 712, ap. 55; *Saïdi* contra Francia de 20 septiembre 1993, serie A núm. 261-C, pgs. 56-57, aps. 43-44; *U nterpertinger* contra Austria de 24 noviembre 1986, serie A núm. 110, pgs. 14-15, aps. 31-33)". Y más recientemente, ha señalado (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso *Luca*, 40), que «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario». Asimismo ha declarado que "utilizar las declaraciones que se remontan a la fase de instrucción preparatoria no vulnera el artículo 6.3 d) y 6.1, siempre que se respeten los derechos de la defensa. Por norma general, estos exigen conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse a un testimonio en su contra e interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde", (STEDH, Caso *Kostovski* de 20 noviembre 1989; STEDH, Caso *Delta* contra Francia, de 19 de diciembre de 1990; y STEDH, Caso *Asch* contra Austria, de 26 de abril de 1991).

STS núm. 164/2015, que también sistematiza la posición del Tribunal Constitucional: quien mantiene una doctrina similar a la del TEDH, atribuyendo al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso (STC 155/2002, de 22 de julio), reconociendo la necesaria vigencia del derecho del acusado a su efectividad. En este sentido ha señalado que conforme a las exigencias dimanantes del art. 24.2 CE, interpretado conforme al art. 6.3 d) del CEDH, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso. No obstante, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentran algunas precisiones, recogidas entre otras en la STC 1/2006.

En primer lugar, que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpativa "pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. «Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial» (SSTC 155/2002, de 22 de julio, F. 10; y 206/2003, de 1 de diciembre, F. 2). En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando, «aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa» (STC 187/2003, de 27 de octubre, F. 4)", (STC 1/2006).

Y en segundo lugar que «el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una



actuación judicial constitucionalmente censurable» (STC 187/2003, de 27 de octubre , F. 4, que considera cumplida la exigencia cuando la declaración sumarial del coimputado que incriminaba al acusado fue prestada antes de que éste se personara en la causa debido a que se encontraba huido; o cuando el acusado se encontraba en rebeldía, STC 115/1998 ; o cuando las declaraciones han sido prestadas en una instrucción sumarial declarada secreta, STC 174/2001). En este sentido, se ha precisado que la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración sumarial del testigo para posibilitar la lectura válida de la misma conforme al artículo 730 de la LECrim , se hace depender en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que en aquel momento tal contradicción fuera factible (STC 94/2002 y STC 148/2005 , entre otras). Esta doctrina del Tribunal Constitucional parece haber sido matizada, aunque no expresamente, en su STC nº 134/2010 , en la que se admite el valor probatorio de la declaración cuando la ausencia de contradicción efectiva sea imputable al propio acusado o a su defensa.

De donde no siempre la ausencia de contradicción obliga a prescindir del testimonio vertido antes de la vista (vd. las exigencias para tal conclusión en *Tseber c. República checa*, de 22 de noviembre de 2012 ó *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, de 15 de diciembre de 2011), pero sucede en autos, que en contra de las alegaciones de la representación del acusado, la declaración del referido testigo Nazario , ante el Juez de Instrucción, fue practicada con absoluta contradicción, en presencia de la Letrada del ahora recurrente, quien formuló las preguntas que tuvo a bien, conforme obra a los folios 133 y 134 de las actuaciones.

Testimonio por otra parte, que no integra "la prueba decisiva" en el contenido que el otorga la jurisprudencia del Tribunal Europeo citada (véase *Bonev c. Bulgarie* , no 60018/00 , § 44, de 8 de junio de 2006 ; *Guilloury v Francia* , no 62236/00 , §§ 57-60 , de 22 de junio 2006; *Breukhoven c. République tchèque* , no 44438/06 , §§ 46 y ss. de 21 de julio de 2011); pues aún prescindiendo del mismo, restan elementos probatorios suficientes para obtener una conclusión condenatoria; y su narración resulta además corroborada por hechos posteriores acreditados por otros testimonios valorados por el Tribunal de instancia.

El motivo se desestima.

SEGUNDO. - El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional del artículo 852 LECrim , y 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión del artículo 24.1 de la CE , el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE , y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En su argumentación, tras la exposición sobre el contenido del derecho a la presunción de inocencia, se limita a cuestionar a la valoración probatoria realizada por el Tribunal de Instancia.

Hemos reiterado, que la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.



Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

En autos, el Tribunal ha contado con: a) el testimonio del funcionario nº NUM000, Jefe de Servicios, quien desde el despacho de jefatura vio salir al recurrente, auxiliar de clínica y dirigirse hacia los módulos 1, 2, 3 y 4; que el coimputado Alejo, salió del economato sin llevar nada y regresó con una mochila que dejó en la sala de televisión del módulo, donde la recogió el propio funcionario declarante, preguntó de quien era y nadie contestó, por lo que requisó la bolsa, encontrando la droga en su interior; b) el testimonio del funcionario nº NUM001, quien declaró que recibieron información de que Rodolfo, el auxiliar de clínica, ese día, llevaría droga al centro, que motivó un cacheo en el economato, para evitar cualquier duda sobre la existencia previa de droga, después Rodolfo pasó al economato por la puerta de funcionarios. El acusado Carlos Manuel pasó una mochila, la recoge Alejo y la lleva a la sala donde estaba Carlos Manuel; c) las declaraciones de los internos Jon y Rafael, que narran como cuando se encontraban en el economato del módulo 3, llegó Rodolfo a tomar café, viendo como el mismo recogía una mochila que tiró Carlos Manuel desde la sala de televisión y metía cosas que llevaba en su ropa interior, empujando luego la mochila hasta el pasillo de una patada, donde fue recogida; y las propias declaraciones de los coimputados, donde Carlos Manuel reconoce la mochila como propia, que la había pasado al "economatero" para que le pusiese la merienda y Alejo reconoce que desde el economato le pasaron una mochila que debía llevar a Carlos Manuel.

Acervo probatorio de cargo, que el Tribunal de instancia motiva pormenorizada y detalladamente con criterios lógicos en tarea facilitada por la obvia fuerza concluyente de la misma, lo que obliga a desestimar el motivo formulado.

TERCERO. - El primer motivo lo formula por infracción de Ley del artículo 849.2 LECrim, al entender la existencia de error en la valoración de la prueba. Aunque el recurrente omite este error exige la norma que esté "basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

Exigencias que no observa el recurrente, que ni siquiera designa cuál fuere este documento, aunque de su argumentación se deduce que alude a los CD's que contienen la grabación del interior del centro penitenciario.

Así alega: "Del visionado de los DC'S obrantes a los folios 172 y 192 de las actuaciones se demuestra que Rodolfo no se encontraba en el economato en el momento en que introduce la mochila tal y como consta en las grabaciones por cuanto que la misma se introduce a las 17'18 horas, mientras mi patrocinado acude al economato pasadas las 17'50 horas". Para a continuación reprochar a la Sala que tal incompatibilidad horaria, no la acepte por la existencia de un registro horario individual para cada dispositivo de grabación que origina un margen racional de diferencia, sin haberse practicado prueba sobre estos desfases horarios. Y a continuación indica: "En el presente caso el único dato que implica a mi patrocinado es la participación directa y reconocida de los internos que por otro lado son coacusados...".

Es reiterada jurisprudencia que la invocación del motivo expresado, queda supeditada a la concurrencia entre otros de los siguientes requisitos:

A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional; es decir: "...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma....".

La justificación de alterar el "factum" en virtud de prueba documental --y sólo esa-- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de intermediación y contradicción.

C) Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

D) Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la



prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración –razonada– en conciencia de conformidad con el art. 741 LECr .

Presupuestos que determinan la desestimación del motivo, pues en primer lugar tales grabaciones carecen de la literosuficiencia indicada, para acreditar la inocencia del inculpado por sí solas, dado que el contenido de la grabación contiene una representación de lo acaecido, pero la hora que se manifiesta en la misma, es experiencia común, que no necesariamente responde a la realidad; pero además y fundamentalmente por resultar contradichas como el propio recurrente indica por la declaración de los coimputados; pero no sólo por ellos, sino también por las de otros internos que se encontraban en el economato, que si bien en el juicio adolecían de falta de memoria sobre sus detalladas declaraciones previas a la vista oral prestadas en sede judicial, fueron contradictoriamente interrogados sobre aquellas y el Tribunal valoró motivadamente su contenido, otorgando mayor credibilidad a las inicialmente manifestadas.

CUARTO. - El tercer motivo lo formula por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del artículo 28 del Código Penal y de los artículos 368.1º y 369.1.1ª del Código Penal .

Argumenta que este motivo está relacionado con los formulados por quebranto del derecho a la presunción de inocencia y error en la valoración de la prueba, pues dado que no se ha acreditado la participación en el tráfico imputado, los referidos artículos han sido indebidamente aplicados.

Este motivo exige respetar la intangibilidad de los hechos probados. Así la STS núm. 121/2008 de 26 de febrero , luego reiterada, como en el caso de la 732/2009, de 7 de julio ó la 189/2015, de 7 de abril , precisa que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr debe partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por 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 realizado 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.

Consecuentemente en cuanto el recurrente sustenta su motivo en un resultado fáctico diverso, que no se corresponde con el de la sentencia recurrida, sino con su particular versión valorativa de la prueba, el motivo debe ser desestimado, pues en los hechos declarados probados la conducta del recurrente se subsume perfectamente en los preceptos 368.1º y 369.1.1ª, invocados.

Cuestiona también la condición de funcionario público, en atención a que su condición se correspondía con la de personal laboral; pero reiteradamente tiene establecido esta Sala que el Código Penal contiene un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública", a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el artículo 24: "por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente"; y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad, resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003).

Por tanto, el cargo de auxiliar de clínica en un Centro penitenciario, aunque sea en virtud de contrato laboral, cumple los dos presupuestos establecidos en el artículo 24: el nombramiento por autoridad competente, la administración penitenciaria; y la participación en el desempeño de funciones públicas, como es su actividad sanitaria en relación con las personas ingresadas en el Centro, que se encuentran en situación especial de dependencia con la Administración.

Pero además, precisamente esa condición de sanitario, como bien indica la sentencia de instancia bastaría para la aplicación de la modalidad agravada estimada; y así en relación con los delitos contra la salud pública, rúbrica del Capítulo III del Título XVII, nos dice el artículo 372 que son facultativos, además de los médicos y psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, como es el caso del recurrente.



QUINTO. - En el argumentario del anterior motivo alude el recurrente como cuestión añadida, a la inaplicación del artículo 21.6ª CP, por entender que han mediado dilaciones indebidas, aunque reconoce que nada se dice en la sentencia recurrida al respecto ni tampoco anunció recurso por este motivo.

Al respecto, la STS 136/2015, de 18 de marzo, indicaba:

es la primera vez que alega la parte recurrente la eventual concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, que en consecuencia constituye una cuestión nueva, que se plantea en el trámite casacional "per saltum", sin haber sido sometida a debate en la instancia, pues no se formuló ni en las conclusiones provisionales ni en las definitivas. En segundo lugar porque la parte recurrente no relaciona los períodos de supuesta inactividad procesal que pudiesen justificar la apreciación de las dilaciones, limitándose a una alegación genérica en la que incluye incluso el tiempo transcurrido antes de iniciarse el proceso penal. Y, en tercer lugar, porque la duración del proceso penal propiamente dicho (seis años) no es desproporcionada atendiendo a la acentuada complejidad de la causa.

La alegación de esta atenuante como cuestión nueva no constituye un obstáculo insalvable para su apreciación, pero la dificulta, entre otras razones porque no se ha podido producir un debate previo sobre la concurrencia o no de períodos de paralización del procedimiento, y ordinariamente la ausencia de este debate se traduce en que dichos períodos no constan en el relato fáctico.

Como señala la STS 861/2014, de 2 de diciembre, 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 se apoya en la exigencia de buena fe procesal (art. 11 LOPJ).

Esta doctrina jurisprudencial se formula como una regla general, que admite excepciones (STS 657/2012, de 19 de julio):

La regla general consiste en que 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 debate contradictorio en la instancia y a una respuesta en la sentencia impugnada que podría haber sido objeto de impugnación por las demás 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, 157/2012 de 7 de marzo y 861/2014, de 2 de diciembre).

Esta regla general, como se ha expresado, admite excepciones. En primer lugar la alegación de infracciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión. Y, en segundo lugar, la vulneración de preceptos penales sustantivos favorables al reo cuya procedencia fluya de los hechos probados, como sucede con la apreciación de una atenuante cuyos presupuestos constan de modo manifiesto en el relato fáctico de la sentencia impugnada.

Estas excepciones se fundamentan en la necesidad de evitar "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 un dato relevante o a condenar a una persona más gravemente, constanding 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, entre otras).

En el caso de la atenuante de dilaciones indebidas podría alegarse la primera de dichas excepciones porque se trata de una materia relacionada con un derecho fundamental (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas).

Pero como señala la STS 861/2014, de 2 de diciembre, "ese argumento 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 conexión mediata y no directa (que no inmediata) con el derecho fundamental permite mitigar los requisitos de orden procesal hasta hacerlos desaparecer".

Podría alegarse la concurrencia de la segunda excepción, porque se reclama la apreciación de una atenuante. Pero debe exigirse en esos casos la constancia en los hechos probados de la sentencia de la base o fundamento fáctico de la atenuante que no se discutió en primera instancia y que se intenta introducir ex novo en el recurso de casación. Ordinariamente la sentencia no refleja los datos necesarios para construir una atenuante que nadie alegó. Por ello solamente a través de la valoración conjunta de la duración manifiestamente excesiva del proceso, podría estimarse la concurrencia de la atenuante alegada.



Esta Sala, sin embargo, con una concepción favorable al reo pero que puede ser perjudicial para el derecho de contradicción y para preservar la naturaleza de la casación, ha llegado en ocasiones a verificar directamente la concurrencia de dilaciones extraordinarias en la tramitación de la causa, en supuestos de alegación extemporánea de esta atenuante, a través de la consulta directa de los autos (art. 899 Lecrim), pese a que en ningún lugar de la sentencia se encuentre recogida una secuencia procesal de la tramitación de la causa que permita discutir sobre la procedencia o no de introducir la atenuante tardíamente invocada y a que el art. 849.1º Lecrim exige partir necesariamente de los hechos probados. Para justificar este criterio se aducen argumentos antiformalistas que pueden desvirtuar el sentido propio del recurso de casación (ver STS 861/2014, de 2 de diciembre).

En cualquier caso, la aceptación de una excepción a la regla general de exclusión de cuestiones nuevas en casación exige, de modo claro, que quien invoca la atenuante cumpla la carga de identificar los períodos de extraordinarios de paralización y señalar los motivos por los que son indebidos los retrasos. Eludir la contradicción en la instancia no faculta para eludirla nuevamente en la casación. Las demás partes procesales deben tener la posibilidad, al menos en casación, de rebatir individualmente los fundamentos fácticos de concurrencia de la atenuante, debatiendo al impugnar el recurso si los períodos de paralización del procedimiento en que se apoya el recurrente justifican o no su apreciación. No puede esta Sala suplir de oficio la referida omisión, ocasionando indefensión a las demás partes, por el procedimiento de zambullirse en las diligencias a la búsqueda de dichos supuestos períodos de paralización indebida del procedimiento, resolviendo "inaudita parte" sobre la concurrencia de la atenuante, sobre la base de esos descubrimientos.

En el caso actual el recurrente no expone en casación periodos reales de paralización sino que se limita a señalar el tiempo global de duración del procedimiento, incluyendo en él incluso el proceso civil anterior. Esta omisión impide estimar la concurrencia de la atenuación interesada.

En autos, el recurrente sí señala los intervalos de paralización; indica que desde el día 10 de agosto de 2012, que se dicta se dicta Auto de transformación en Procedimiento Abreviado, no existe actividad procesal hasta el 21 de noviembre de 2013, dando traslado al Ministerio Fiscal para calificación, que tiene lugar el 20 de enero de 2014, no siendo señalado el juicio hasta un año después, dictándose sentencia el 3 de febrero de 2015 .

Sin embargo, los períodos de inactividad afirmados, no se corresponden con las actuaciones reflejadas en el procedimiento; así, efectivamente el 10 de agosto de 2012, se dicta Auto de transformación en Procedimiento Abreviado, pero cursadas las diversas notificaciones, en su mayoría a través de los correspondientes exhortos, dicha resolución es recurrida en reforma el 18 de septiembre de 2012; si bien al haberse trasladado al interno Alejo no se logra notificarle hasta el 7 de enero de 2013; además con fecha 19 de septiembre de 2012 el Ministerio Fiscal interesa diversas diligencias complementarias, antecedentes penales y tasación pericial del valor de la droga; mientras se tramita el recurso referenciado que es resuelto el 22 de enero de 2013; el día 22 de enero de 2013 se da traslado al Ministerio Fiscal a los efectos del artículo 780 LECrim y el 26 de abril de 2013, de nuevo interesa diligencias complementarias, en este caso que se recabara el título sanitario de auxiliar de enfermería del imputado ahora recurrente e informe del Centro penitenciario sobre sus labores; devueltas las diligencias el 24 de mayo, se libran los correspondientes oficios con fecha de 28 de mayo, que se logra sean cumplimentados tras ser reiterados a principios de noviembre; en el ínterin el Letrado de Carlos Manuel , notifica cuál es su domicilio tras haber sido puesto en libertad y se remite exhorto para notificación personal del Auto de incoación de Procedimiento Abreviado; con fecha 8 de noviembre de 2013, se da nuevo traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal; quien califica y devuelve las actuaciones a 13 de febrero de 2014; y ese mismo día se dicta Auto de apertura de juicio oral; tras las notificaciones y correspondientes emplazamientos (exhortos mediante), y nombramientos de oficio para quienes no designaron postulación, las defensas presentan los escritos de sus respectivas conclusiones provisionales, entre el 13 de marzo de 2014 y el 17 de julio de 2014, remitiendo las actuaciones a la Audiencia Provincial en la semana siguiente; las recibe el 24 de julio y el 9 de septiembre se designa Ponente y se reclaman piezas de convicción al Juzgado; el 30 de septiembre se declaran pertinentes los medios de prueba propuestos y el 2 de octubre se señala el día 9 de diciembre de 2014 para el comienzo de las sesiones del juicio oral, si bien ante la solicitud del Letrado del ahora recurrente, se procede a un nuevo señalamiento para el día 13 de enero de 2015, fecha en que se celebra la vista, dictándose sentencia el 3 de febrero de 2015 .

Reitera esta Sala en STS núm. 360/2014, de 21 de abril , que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2 . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de



proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

De modo que la casuística, atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso, pondera que se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del art. 21.6ª del C. Penal . Y así se consideraron plazos irrazonables: nueve años de duración del proceso penal (SSTS 655/2003, de 8 de mayo ; y 506/2002, de 21 de marzo); ocho años (STS 291/2003, de 3 de marzo); 7 años (SSTS 91/2010, de 15 de febrero ; 235/2010, de 1 de febrero ; 338/2010, de 16 de abril ; y 590/2010, de 2 de junio); 5 años y medio (STS 551/2008, de 29 de septiembre); y 5 años (SSTS 271/2010, de 30 de marzo ; y 470/2010, de 20 de mayo). Mientras que para la estimación de esta atenuante como muy cualificada, en las sentencias de casación se suele aplicar, nos recuerda la STS 360/2014, de 21 de abril , en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (diez años ; 805/2012, de 9 octubre (10 años); y 37/2013, de 30 de enero (ocho años).

En autos, el tiempo transcurrido desde la incoación hasta el momento de dictarse sentencia, fue casi de tres años y cuatro meses, mientras que los únicos períodos de paralización, fueron en dos ocasiones tres meses con ocasión de haber dado traslado a la acusación pública para calificar o interesar diligencias complementarias. Desde los criterios antes expuestos, no es dable atender a la atenuante interesada, pues si bien medió el tiempo de paralización indicada, que originó la consiguiente dilación, siendo indeseable que hubiera acaecido, no es menos cierto que la estimación de la atenuante de dilaciones indebidas, no se complace con ese mero dato, sino que exige además, que la dilación sea "extraordinaria", circunstancia que no se cumplimenta desde los parámetros reseñados.

Recurso de Carlos Manuel

SEXTO. - El primer recurso que formula es por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 852 de la LECrim ., por vulneración del derecho a un juicio con las debidas garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, previsto en el art. 24.2 de la CE , al celebrarse el Juicio Oral sin la presencia del principal testigo de cargo Nazario , cuya comparecencia había solicitado expresamente.

Cuestión coincidente con la formulada por el anterior recurrente, ya analizada en el primer fundamento de esta resolución, al que nos remitimos para su desestimación.

SÉPTIMO. - El segundo motivo, también por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 852 de la LECrim , por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE

El motivo debe ser desestimado; como ya hemos indicado, a través de las declaraciones de los funcionarios de prisiones, coimputados y los internos que se hallaban ese día en el economato (conforme la racional valoración realizada por la Audiencia), resultó acreditado que encargó a otro interno, el acusado Alejo que así lo reconoce, que le fuera a buscar su mochila al economato, sin explicación alguna de por qué no realizó personalmente esa tarea cuando se encontraba al lado en la sala de televisión; mochila en la que dos internos vieron como el también acusado Rodolfo , introducía algo que sacaba de su ropa interior, mochila que fue sacada de una patada del economato, recogida por Alejo y llevada a donde se encontraba el recurrente que la reconoce como propia; mochila donde se encontró la sustancia que tras ser analizada resultó la droga referida.

Prueba de cargo suficiente, adecuadamente valorada por la Audiencia, de donde resulta de manera inequívoca, tanto su encargo previo y acuerdo con quien la introdujo.

La declaración del testigo que no fue hallado, corrobora plenamente la anterior conclusión, pero aunque se prescindiera del mismo, la presunción de inocencia ya había sido vencida. El motivo se desestima, pues a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes, basta constatar, como así ha sido la existencia de pruebas de cargo constitucionalmente



obtenidas y legalmente practicadas, así como que la valoración del Tribunal de instancia, facilitada en este caso por él, obvia fuerza concluyente del acervo probatorio, corresponde a criterios lógicos y razonables.

OCTAVO. - El tercer motivo, lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr, por falta de aplicación de los artículo 16 y 62 CP, por cuanto entiende que el delito se había cometido en grado de tentativa.

Argumenta que dada la información que manejaban los funcionarios encargados del operativo y control a que fue sometido en todo momento la persona que introdujo la sustancia prohibida al interior del Establecimiento Penitenciario, no pudo haber un verdadero peligro de distribución de la droga entre los demás internos. La droga no llegaría a manos de su destinatario final porque teóricamente al acusado se le controla siempre y en todo momento, y no llega a tener su disposición efectiva.

El motivo ha de ser desestimado; la doctrina de la Sala, que recopila la STS núm. 399/2015, de 18 de junio, con cita de la 303/2014, de 4 de abril, entre otras varias, precisa esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas, pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia, en los siguientes apartados:

a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.

b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si este no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerarse autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consume siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, puesto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

d) El tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Se trata, pues, del supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

Y con similar criterio se expresa la Sentencia de esta Sala 875/2013, de 26 de noviembre, en la que se dice que tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte es doctrina consolidada (cfr. SSTS 20/2013, 10 de enero y 989/2004, 9 de septiembre) que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimarse autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida (SSTS 2108/1993 27 de septiembre; 383/94, 23 de febrero; 947/1994 5 de mayo; 1226/1994, 9 de septiembre; 357/1996, 23 de abril; 931/98, 8 de julio y 1000/1999, 21 de junio). Reitera la STS 1594/99, 11 de noviembre, que en envíos de droga el delito se consume siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detentación física del producto. En la sentencia 1567/1994, 12 de septiembre, se pone de relieve que, al existir un pacto entre el remitente y el receptor es atribuible a éste la posesión mediata de la droga, sin que la interceptación del estupefaciente suponga óbice alguno para estimar que el destinatario del mismo ha realizado de forma completa el acto de tráfico. Y en la Sentencia 887/1997, 21 de junio, se razona que el tráfico existe desde que una de las partes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, que el receptor había previamente convenido. Puede considerarse que quedará en grado imperfecto



el delito de tráfico de drogas, si la acción del sujeto no determina un desplazamiento territorial de la droga -mediante su transporte- o posesorio, -mediante la transmisión-, pero quedará consumado el delito si la acción del acusado origina un traslado geográfico del estupefaciente, aunque no se consiguiera el desplazamiento posesorio pretendido, por haber sido interceptada la droga antes de su entrega al destinatario (cfr. SSTS 766/2008, 27 de noviembre , 658/2008, 24 de octubre y 598/2008, 3 de octubre).

En autos la droga ya había sido transportada hasta el interior del Centro penitenciario, en virtud del común acuerdo que refiere la narración de hechos probados y además el recurrente era el destinatario de la misma; de donde de conformidad con la copiosa jurisprudencia expuesta, el tipo básico se produjo en grado de consumación. Las circunstancias alegadas por el recurrente sobre la inexistencia de riesgo concreto de que la droga llegara a los demás internos, es precisamente la causa de que no se haya estimado el tipo agravado del 369.1.7ª CP.

El motivo se desestima.

NOVENO. - El último motivo formulado por este recurrente, también por infracción del ley, al amparo del art. 849.1 LECr , por indebida aplicación del apartado referente a la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud del art. 368 del Código Penal , cuando debió aplicarse en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud.

Argumenta que en atención a los tipos, cantidades y peso de cada droga ocupada: (a) 198,47 gramos de hachís; b) 0,17 gramos de heroína con una riqueza del 14%; y c) 0.09 gramos de cocaína con una riqueza del 9,5%), las ínfimas dosis de cocaína y heroína, esta cantidad insignificante, no representan un peligro efectivo de distribución entre la población reclusa y que más parecen una muestra de regalo que acompaña al hachís.

La atipicidad en casos de conductas de tráfico, enseña la STS 96/2012 de 25 de mayo , se concreta en supuestos donde la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada determina que carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal. En estos casos, la absoluta nimiedad de la sustancia implica que ya no constituye, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo.

Para fundamentar este límite mínimo en criterios científicos, y al mismo tiempo garantizar la seguridad jurídica con una interpretación uniforme en una materia tan delicada, esta Sala acordó en el Pleno de 1 de julio de 2003, solicitar un dictamen técnico para precisar la dosis mínima psicoactiva de cada tipo de droga. El Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología nos remitió un informe en los que se especifica, para cada sustancia estupefaciente, la dosis mínima psicoactiva. Esta dosis es la cantidad mínima de una sustancia química, de origen natural o sintético, que afecta a las funciones del organismo humano. En el Pleno no jurisdiccional celebrado el 3 de febrero de 2005, se acordó por esta Sala como criterio general, adaptar la valoración de la dosis mínima psicoactiva para cada clase de droga al referido dictamen del Instituto Nacional de Toxicología.

En definitiva la doctrina jurisprudencial de esta Sala establece, como interpretación material del art. 368, que los supuestos penalmente sancionables en esta materia tienen como límite inferior la transmisión de sustancias que se encuentren por encima de la dosis mínima psicoactiva de cada tipo de droga. Cual es dicho mínimo constituye una cuestión pericial, debiendo utilizarse como parámetros técnicos indicativos los aportados por el Instituto Nacional de Toxicología.

De otra parte, como antes hemos desarrollado, este motivo solo es apto para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción; y dado que los hechos probados narran que el destino de la droga era su venta a terceros, el motivo debe ser desestimado; pues si bien conforme a los criterios de los Plenos de Sala de 1 de junio de 2003 y 3 de febrero de 2005, es correcta la alegación respecto de la cocaína, pues la dosis mínima psicoactiva se fijó en 50 miligramos y en autos fueron intervenidos 8,5 miligramos (90 x 9,5%); no lo es respecto de la heroína, cuya dosis mínima psicoactiva se fijó en 0,66 miligramos y en autos fueron intervenidos 23,8 miligramos (170 x 14%), es decir 36 veces aquella cifra.

Recurso de Alejo

DÉCIMO. - El primer motivo, lo formula este recurrente por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECr. así como del 5.2 LOPJ , en cuanto entiende vulnerado su derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

En su argumentación, hace hincapié, en que no se ha acreditado que conociera que la mochila que recogió contuviera droga.

La Audiencia, infiere ese conocimiento a través de datos indiciarios, como es la falta de justificación para su conducta de ir a recoger una mochila de otro interno que en ese momento se encontraba en las inmediaciones,



en la sala de televisión; que estuviera al tanto de eventuales dificultades y la recogiera cuando es lanzada fuera del economato de una patada, a través del pasillo y no por el sitio destinado a sacar de allí sus productos, el ventanuco; aunado a su experiencia, que posibilita una inequívoca lectura de su actuación, que explicita la Audiencia en la constancia de habersele intervenido en varias ocasiones sustancias tóxicas. Indicios a los que debe aunarse que al llegar el funcionario que vio al recurrente salir sin nada y volver con la mochila que deja en la sala donde estaba Carlos Manuel , tras coger la mochila y preguntar de quien era, nadie contestó, tampoco el recurrente, que si pensaba que se trataba de la merienda de Carlos Manuel , no se comprende por qué calló.

El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), siendo los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento «cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (STC 229/2003, de 18 de diciembre, F. 24).

En autos, sin embargo, la inferencia de su participación en el tráfico, responde a criterios lógicos, razonables, que aunque no supone la imposibilidad de otras versiones distintas de los hechos, el Tribunal concluye por la conclusión fáctica que deriva de una fuerte concludencia, en modo alguno débil, inconsistente o excesivamente abierta. Si bien la objetividad no implica exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que no concurre cuando existen alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las objeciones a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten dudas razonables sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible. En autos, frente a la conclusión de la participación del recurrente, no coexiste versión fáctica mínimamente sostenible; o dicho en los términos de la STS núm. 711/2014, de 15 de octubre , no existen alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena.

En todo caso, conviene advertir con la STS núm. 77/2014, de 11 de febrero y las que allí se citan que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. Pues el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

La fragmentación del resultado probatorio que utiliza el recurrente, para analizar separadamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar un cuadro probatorio (STS 631/2013, de 7 de junio).

UNDÉCIMO. - El segundo y último motivo de este recurrente, también se formula por infracción e Ley, al amparo del artículo 849.1 LECr , por aplicación indebida del artículo 368.1 CP , en vez del art. 368.2.

Argumenta que dada la escasísima cantidad de droga incautada, procedería, en su caso, aplicar el párrafo 2º del artículo 368 CP , que atiende a la "escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable".

De acuerdo con la Jurisprudencia de esta Sala, a los efectos del art. 368.2 del CP , en la redacción ofrecida por la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, la falta de relevancia del hecho imputado y la excepcionalidad de las circunstancias que concurran en el sujeto activo, han de constar expresamente en el juicio histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución recurrida. El precepto vincula la atenuación a dos parámetros que no necesariamente han de exigirse acumuladamente. El Juez o Tribunal habrá de atender a ambas cuestiones -escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable-, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en ambos ámbitos (uno vinculado a la antijuridicidad -escasa entidad-; el otro referido más bien a la culpabilidad -circunstancias personales-). Por eso la aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación.

Es decir, la falta de relevancia del hecho imputado o la excepcionalidad de las circunstancias que concurran en el sujeto activo, ha de constar expresamente en el juicio histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución recurrida.



En autos, sin embargo, de la narración probada, no resulta que los hechos de tráfico cometidos por el recurrente sean de menor entidad; pues como bien expresa la resolución recurrida, el hecho no es leve, pues se produce en un centro penitenciario, superando los elevados controles de seguridad, con una planificación relevante y con destino a personas privadas de libertad, con frecuente tipología sensible a estas sustancias.

Es decir, la cantidad no es nimia, la circunstancia del lugar, aunque no haya determinado el tipo agravado, en modo alguno minimiza su relevancia, por ende no estamos ante un hecho de escasa entidad; y por otra parte, tampoco justifica el recurrente, circunstancias personales que posibiliten la aplicación del tipo atenuado.

DUODÉCIMO. - Indica el párrafo segundo del artículo 901 LECr, que si se desestimara el recurso, se declarará no haber lugar al recurso y se condenará al recurrente en costas.

III. FALLO

DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación formulado por la representación procesal de condenados **Rodolfo , Carlos Manuel Y Alejo** , contra Sentencia de fecha tres de febrero de dos mil quince, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón , en causa seguida contra los mismos por delito contra la salud pública.

Imponemos a los recurrentes las costas originadas por sus respectivos recursos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarca Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Andres Palomo Del Arco

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andres Palomo Del Arco , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.