



Roj: **STS 1445/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1445**

Id Cendoj: **28079120012023100256**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2023**

Nº de Recurso: **4306/2021**

Nº de Resolución: **251/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 251/2023

Fecha de sentencia: 11/04/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4306/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/03/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4306/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 251/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 11 de abril de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 4306/2021 interpuesto por **Hermenegildo**, representado por la Procuradora Sra. D^a. Isabel Lázaro Lago y bajo la dirección letrada de D. José Diego Malia Alba contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictada en fecha 5 de mayo de 2021, resolviendo en grado de apelación la causa seguida contra el condenado por delito contra la salud pública en la Sección Séptima (con Sede en Algeciras) de la Audiencia Provincial de Cádiz, proveniente del Juzgado de Instrucción número 2 de La Línea de la Concepción (Diligencias Previas nº 650/2016). Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Séptima, con Sede en Algeciras) conociendo del PA nº 22/2020 procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de La Línea de la Concepción dictó Sentencia, con fecha 23 de noviembre de 2020 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"Aparece probado y así se declara que avistada por el servicio del SIVE sobre las 06:00 horas del día 9 de abril de 2016 una embarcación semirígida que navegaba por la zona costera denominada "La Perdigonera" de La Línea de la Concepción, que por sus características era sospechosa de poder estar transportando algún tipo de sustancia estupefaciente, se puso en marcha un dispositivo policial por mar, sin que pudiera ser interceptada la referida embarcación, tras la descarga de los fardos de hachís transportados.

Al percatarse de la presencia policial en la zona del alijo, las personas intervinientes en el mismo se dieron a la fuga; procediendo los agentes policiales a la intervención de la droga transportada. En concreto, los fardos que se hallaban en el agua y en la playa, y otros tres, en el seguimiento verificado por los agentes de las huellas de rodadura, que se cayeron del maletero durante el escaso trayecto realizado por el vehículo, que portaba otros nueve fardos, y que había sido abandonado por su conductor, el acusado, Hermenegildo, mayor de edad y cuyos antecedentes penales no constan al haberse aportado por error una hoja histórico-penal de un tercero, tras haber sufrido un accidente por impactar con una roca en la zona de la playa conocida como "Torrenueva", a 600 metros aproximadamente del lugar de descarga de la droga transportada en la embarcación, y al que accedieron los efectivos policiales siguiendo las huellas de rodada.

A consecuencia de los restos de sangre hallados en el asiento del vehículo, Toyota Land Cruiser con matrícula JPB, que habla sido sustraído por personas indeterminadas el día 2 de febrero de 2015; circunstancia que era conocida por el acusado cuando accedió al transporte de la droga intervenida; y la obtención de los datos identificativos del acusado, a través del Hospital al que acudió para ser asistido de las lesiones sufridas en el accidente, se autorizó judicialmente la obtención del ADN.

En concreto, se intervinieron un total de 596,636 kilos de hachís, con un índice THC del 32,1%, y un walkie talkie.

El total de la droga intervenida, hubiera alcanzado en el mercado ilícito un valor de 945.274,33 euros.

El acusado transportaba la droga intervenida, con la finalidad de su distribución y venta a terceras personas.

Et procedimiento estuvo paralizado desde el día 14 de julio de 2016 hasta el día 28 de marzo de 2019.

SEGUNDO.- La parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Hermenegildo como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública, en relación con sustancias que no causan grave daño a la salud, del art. 368 del Código Penal, con aplicación de las agravantes específicas de notoria importancia del art. 369 1.5 y de uso de embarcación del art. 370.3, así como de un delito de receptación del art. 298 del CP apreciando la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas a las penas de PRISIÓN DE CUATRO AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA, Y MULTA de 3.780.000 euros, con un día de arresto sustitutorio en caso de impago por insolvencia acreditada, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y por el delito de receptación a la pena de PRISIÓN DE SEIS MESES inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales.

Dése a la sustancia estupefaciente intervenida, el destino legal.

Notifíquese a las partes, que al haberse incoado el proceso después del 6 de Diciembre de 2015, esta Sentencia es recurrible en Apelación (ex artículos 846 bis a y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, mediante escrito, autorizado con firma de Letrado, presentado en la Secretaría de esta Sala, en el término de diez días".



TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por el acusado Hermenegildo, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dictó Sentencia con fecha 5 de mayo de 2021, que, aceptando los Hechos Probados de la Sentencia de instancia, contiene la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Lázaro Lago, en nombre del acusado Hermenegildo, contra la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2020 por la sección Séptima de la Audiencia Provincial de Cádiz en el rollo de procedimiento abreviado nº 22 del mismo año, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia impugnada, declarando de oficio las costas de esta instancia.

Notifíquese esta Sentencia al ministerio Fiscal y a las partes, a través de su procurador, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, a preparar en plazo de cinco días desde la última notificación ante este mismo tribunal".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el condenado 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 siguientes motivos:

Motivos alegados por Hermenegildo

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ por infracción del derecho fundamental a la presunción de Inocencia del art. 24.2 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. **Motivo segundo.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un procedimiento con todas las garantías del art. 24.1 CE. **Motivo cuarto.**- No se formula. **Motivo quinto.**- Al amparo del artículo 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba. **Motivo sexto.**- Al amparo del artículo 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 66.1.2 en relación con el 21.6 CP. (atenuante de dilaciones indebidas como "muy cualificada").

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 14 de marzo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Simplificará enormemente la resolución del recurso escapar del camino acotado por el recurrente y encarar directamente, sin etapas previas ni paradas intermedias, el objetivo final común de los cuatro primeros motivos (primero a tercero y quinto). Inciden en unos puntos concretos, pero no se ven acompañados, en hábil estrategia, del que debía ser su corolario lógico: un motivo denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Con excepción del último (quinto en rigor; sexto en la enumeración errónea que contiene el recurso), todos los motivos comparten objetivo: desactivar el potencial probatorio de la prueba de ADN a tenor de la cual puede afirmarse, con un margen de error despreciable por insignificante, que la sangre aparecida en el asiento del conductor del vehículo siniestrado que transportaba parte de la droga, corresponde al acusado. Para cancelar su valor probatorio el recurrente (i) destaca las irregularidades en la cadena de custodia denunciando que tal alegato no fue contestado en la sentencia de instancia; aunque sí por el Tribunal Superior de Justicia supliendo así, de forma incorrecta en su estimación, una valoración que debiera haber hecho la Audiencia Provincial (vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva); (ii) denuncia falta de contradicción en cuanto a la recogida de las muestras al no haber comparecido los agentes que la realizaron (afectación del derecho a un proceso con todas las garantías); y (iii) señala que la Audiencia Provincial ignoró algunos documentos que muestran que la pericia pudo no contar con las muestras adecuadas (art. 849.2º: *error facti*).

Ahora bien, la prueba de ADN que el recurrente se empeña en expulsar del bagaje probatorio es puramente accesoria. No es ni la principal, ni definitiva, ni decisoria. Eso es lo que acaba razonando el TSJ en su sentencia (fundamento de derecho noveno), y lo que no se rebate en el recurso al no plantearse un motivo por presunción de inocencia. Es estrategia inteligente en tanto induce a hacer creer que en esa prueba radica el eje de la actividad probatoria, lo que se enfatiza y subraya en varios pasajes del recurso. Dista mucho de ser cierto: podemos prescindir de la prueba de ADN sin que se tambalee para nada la convicción probatoria.



Probablemente por ello, la Audiencia Provincial en su sentencia no abundó más en esa cuestión y todo lo que gira alrededor de su práctica.

SEGUNDO.- Lo razona bien la sentencia de apelación. La prueba indiciaria es de una contundencia tal que no deja margen para alternativas plausibles.

Tras el desembarco de la droga un coche sale huyendo con algunos fardos. Ese coche -hurtado días antes- sufre un accidente. Aparecen manchas de sangre en la ubicación del piloto. El conductor, que con seguridad está lesionado, ha abandonado el vehículo.

Esa madrugada, en horario congruente con esos antecedentes, es atendido el acusado en un hospital cercano. Presenta lesiones muy compatibles con el tipo de siniestro del coche.

Aduce que ha sido una caída con su moto; lo que se acompasa muy mal tanto con el tipo de heridas como con el aspecto que presenta la moto (como se constata directamente examinando el reportaje fotográfico obrante a los folios 68 a 71).

Cuando se le invita a explicar por qué ha podido aparecer sangre suya en el coche ofrece una justificación tan alambicada como poco verosímil: una persona cuya identidad desconoce, le auxilió, aunque dejándole en un lugar próximo al del accidente. Pudo mancharse con su sangre. Si esos restos de sangre son suyos sería como consecuencia de que alguien (del que no sabe ofrecer ningún dato) le auxilió.

El cuadro se completa con otro dato: se constata que el acusado no solo tiene antecedentes penales por delitos contra la salud pública sino que además ha sido detenido por intervenciones relativas al tráfico de hachís, lo que, como resalta el tribunal a *quo* no constituyendo propiamente un indicio, contribuye a hacer más improbable que estemos ante una fatal coincidencia.

El panorama probatorio podría quedar cerrado ahí y colmaría plenamente el carácter concluyente que se pide a una prueba indiciaria. Que nadie más con esas características (se indagó sobre los otros asistidos esa madrugada) haya sido atendido de lesiones similares en los hospitales de la zona deja como únicas alternativas posibles a la sostenida por la sentencia hipótesis inverosímiles. Tal conjunto de casualidades o coincidencias se convierten en causalidad.

Por tanto, aunque llegásemos -que no hay razones para ello- a concluir que la prueba de ADN no debió ser valorada, o que su resultado no es fiable pues se podría haber contaminado llevando a un falso positivo ¡precisamente del acusado!; o, que, en realidad, no se ha contrastado con muestras obtenidas del acusado, la valoración probatoria -como afirma de forma suasoria el Tribunal de apelación- no podría ser distinta.

TERCERO.- Esta idea basilar permite tratar con cierta displicencia los motivos articulados. Su estimación no alteraría el resultado probatorio.

Para contestar el primer escalón del argumentario del recurrente se hace necesario consignar que nada impide que un tribunal de apelación (o casación) enriquezca o varíe o supla déficits o errores de motivación al resolver el recurso. Es técnica tradicional, v.gr., en materia de incongruencia omisiva: si no se abordó un asunto, en casación, se viene admitiendo desde siempre el análisis directo del tema de fondo para salvaguardar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Igualmente se opera con frecuencia con idéntica técnica cuando el tribunal de instancia ha andado perezoso a la hora de motivar la pena concreta impuesta. Se suple el defecto en casación (o apelación) evitando el dilatorio trámite de una nulidad y un nuevo recurso.

Cuando, además, no se trata propiamente de pretensiones nucleares, sino de argumentos para cuestionar una prueba que ni es la única ni es la determinante, la omisión tiene menor alcance. Lo explica atinadamente con lujo de referencias jurisprudenciales la sentencia de apelación.

Más aún: concedamos que es tema que se presta a controversia y que el Tribunal de apelación en rigor solo estaba habilitado para anular y dar posibilidades a la Audiencia de razonar sobre esos puntos; nunca ofrecer ella su rica y suscribible motivación sobre la cadena de custodia y demás elementos. De asumirse esa estimación, más que discutible, dar un paso más para considerar que el entendimiento contrario supone un atentado a un derecho fundamental como es la tutela judicial efectiva hay un largo camino que recorrer que no se cubre con un simple paso. Y es que a ese derecho proteico (art. 24.1 CE) no se le puede anudar una virtud taumatúrgica, una especie de efecto *Midas*, de forma que todo problema jurídico, procesal o probatorio, que se pone bajo su manto, sea cual sea su rango o nivel, queda convertido en un problema de legalidad constitucional.

Estaríamos, por tanto, ante una cuestión sin acceso a casación.

CUARTO.- En cuanto a la cadena de custodia a su alcance, y a las consecuencias de una parca o nula documentación, no podemos sino remitirnos al cuidadoso estudio de la sentencia de apelación que viene adornado de prolijas y pertinentes citas jurisprudenciales: no es un problema de utilizabilidad sino de fiabilidad.



Una remisión semejante podemos hacer en cuanto al tema suscitado por la vía del art. 849.2º LECrim. Los documentos invocados no demuestran el error en la identificación de las muestras que quiere descubrir el recurrente. La Sala de apelación da cumplida respuesta a los argumentos del recurrente. Nada permite dudar de la corrección del informe del ADN (folios 191 y ss.) que coteja la muestra recogida del vehículo siniestrado con la indubitada. No hay razones para pensar en una insólita confusión o en que no se ejecutó el mandato judicial para la obtención de la muestra indubitada.

Pero, insistimos: sea cual sea la respuesta que diésemos a esos motivos, habría que mantener la condena pues no perdería potencialidad acreditativa el cuadro probatorio que llevó al Tribunal de instancia a la convicción de culpabilidad y que, de forma expresa ha sido refrendado por el Tribunal de apelación.

QUINTO.- El último motivo quiere dotar de carácter de cualificada a la atenuante de dilaciones indebidas.

La sentencia de instancia, estimó que concurría esa atenuante.

Atendidos los parámetros manejados por la jurisprudencia que rellenan de cierto contenido los conceptos extremadamente vaporosos que maneja el art. 21.6 CP, la cualificación de la atenuante en un supuesto como éste se apartaría de las pautas habituales. En efecto, es la cifra de ocho años la que con carácter orientativo aparece en la jurisprudencia como punto de referencia de la cualificación. Los aproximadamente cuatro años invertidos en el enjuiciamiento de este asunto distan mucho de ese estándar.

La atenuante de dilaciones indebidas durante muchos años estuvo amparada en la analogía del antiguo art. 21.6º CP. A partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación penal expresa. El actual número 6 del art. 21, 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 inculpaado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

A tenor de la literalidad de la actual norma la atenuante exigirá la concurrencia de una serie de requisitos o elementos constitutivos: **a)** que tenga lugar una dilación indebida y extraordinaria; **b)** que ocurra durante la tramitación del procedimiento; **c)** que esa demora o retraso injustificado no sea atribuible al imputado y **d)** que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio.

Junto a ello, constituyendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación con una disminución de la pena, es requisito inmanente de la atenuante que aquél que reclama su aplicación no haya sido beneficiario de esas dilaciones, más allá de que no le sean imputables. O, dicho desde el reverso, que le hayan acarreado perjuicios. 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*)... suponen unas molestias o padecimientos que se acrecientan si el proceso se prolonga indebidamente. Expresado de otra manera: puede presumirse que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado (mucho más, desde luego, al que finalmente es absuelto, podría apostillarse); y que ese perjuicio merece una compensación que viene de la mano de la atenuante (lo que no impide otras fórmulas mediante instituciones como la abonabilidad de las medidas cautelares: arts. 58 y 59 del Código Penal: STS 440/2012, de 25 de mayo). Ahora bien ese perjuicio en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto es ponderable para determinar, entre otras cosas, la eficacia que debe conferirse a la atenuante. No es ésta solo una cuestión de medición temporal; también debemos examinar cuánto de penosidad puede achacarse a esos siempre indeseables retrasos. No olvidemos el fundamento de la atenuante: compensación a lo que se evalúa como pena natural.

Se aprecia en este supuesto cierta lentitud en la tramitación.

No obstante, los retrasos padecidos hasta llegar a la sentencia son insuficientes para la cualificación de la atenuante. Es demasiado tiempo para una causa de investigación no especialmente compleja (aunque la necesidad de esperar el informe pericial justifica algunos retrasos), pero no puede hablarse de dilaciones especialmente desmesuradas; tan solo, extraordinarias. Además, no se produjo en ningún momento queja, protesta o petición encaminada a la agilización; más bien, un silencio que hace pensar en una eventual complacencia con esa premiosidad.

Pudiendo estar justificada la atenuación, no concurren circunstancias que permitan dotarla de eficacia privilegiada. Una duración total de cuatro años por simple que sea el asunto (y este supuesto, aun no revistiendo complejidad alguna, no es de los más sencillos que se ven en nuestros tribunales) no puede alimentar una atenuante cualificada de dilaciones que ha de considerarse, según cifra orientativa extraída de la jurisprudencia, en procesos cuya tramitación se prolonga ocho o más años; en el bien entendido de que no es solo ese el dato a manejar; ha de ser combinado con otros.



SEXTO.- Procede la condena al pago de las costas procesales al haberse desestimado el recurso (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Hermenegildo** , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictada en fecha 5 de mayo de 2021, resolviendo en grado de apelación la causa seguida contra el condenado por delito contra la salud pública en la Sección Séptima (con Sede en Algeciras) de la Audiencia Provincial de Cádiz, proveniente del Juzgado de Instrucción número 2 de La Línea de la Concepción (Diligencias Previas nº 650/2016).

2.- Imponer a Hermenegildo el **pago de las costas** de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura