

Trabajo Fin de Máster

**Delito de tráfico de drogas: autoría y complicidad.
Nulidad de diligencias de prueba. Dilaciones
indebidas.**

Autora:

Paula Romeo de Pablo

Directora:

Vanesa Martí Payá

Universidad de Zaragoza

Facultad de Derecho

2019

ÍNDICE

I. OBJETO DEL DICTAMEN.....	4
II. ANTECEDENTES DE HECHO	4
III. CUESTIONES JURÍDICAS QUE SE PLANTEAN.....	8
IV. NORMATIVA APLICABLE	9
V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	10
1. CUESTIONES SUSTANTIVAS	10
1.1. Determinar las posibles calificaciones jurídicas de los hechos.....	10
1.1.1. Delito de tráfico de drogas básico (art. 368 CP).....	10
1.1.2. Delito de tráfico de drogas atenuado (art. 368.2 CP)	16
1.1.3. Delito de tráfico de drogas agravado (art. 369 CP)	20
1.2. Investigar el grado de participación de mi patrocinado en relación con los hechos objeto de debate.	22
2. CUESTIONES PROCESALES	28
2.1. Valor probatorio de la diligencia de entrada y registro domiciliario	28
2.1.1. Licitud de las pruebas obtenidas	32
2.1.2. Momento procesal.....	36
2.2. Posible atenuante de dilación indebida del art. 21.6 CP	38
VI. CONCLUSIONES	47
VII. BIBLIOGRAFÍA	51
VIII. JURISPRUDENCIA.....	51

ABREVIATURAS

- Art: Artículo
- BGH: (Bundesgerichtshof); Tribunal Federal de Justicia Alemán
- CE: Constitución Española
- CP: Código Penal
- F.J: Fundamento Jurídico
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LO: Ley Orgánica
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- LSD: Dietilamida de ácido lisérgico
- MDA: Tenamfetamina
- MDMA: metilendioximetanfetamina, también conocido como éxtasis
- Ss: siguientes
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TC: Tribunal Constitucional
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- THC: Tetrahidrocannabinol
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia
- UDYCO: Unidad de Drogas y Crimen Organizado

Dictamen jurídico que emite la alumna del Máster de Abogacía Paula Pilar Romeo de Pablo de la Universidad de Zaragoza para la elaboración de su Trabajo de Final de Máster¹.

I. OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente dictamen es asesorar y orientar a mi cliente, D. Pedro Martín, respecto a la consulta realizada acerca de la viabilidad del caso planteado, así como las posibles estrategias y la forma de plantear el procedimiento jurídico para conseguir una ilustre defensa del mismo. Todo ello siguiendo los preceptos que la legislación establece para el delito de tráfico de drogas, determinado en el artículo 368 CP junto a los problemas procesales que se irán planteando en base a los siguientes hechos.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

Con carácter previo es necesario advertir que la causa de la que resulta el presente dictamen se encuentra dividida en cuatro bloques debido la gran cantidad de investigados que existen, siendo el concerniente a mi patrocinado, D. Pedro Martín, el Bloque III, en el que me centraré.

El origen del caso parte de una investigación preliminar llevada a cabo por la Policía Judicial (Grupo UDYCO)², cuyo resultado revela la existencia de varios delitos de tráfico de drogas, unidos a un posible delito de organización criminal, que concluye en un atestado puesto a disposición del órgano jurisdiccional con el fin de que realice la correspondiente investigación judicial, tal y como exige el art. 297 LECrim.

¹Téngase en cuenta que todos los datos personales que aparezcan en el presente dictamen no son reales debido a la protección de datos y deber de confidencialidad que se debe guardar en relación a las personas implicadas en el caso, tal y como recoge el art. 5 de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de Protección de Datos Personales* y garantía de los derechos digitales, al igual que el art. 5 del *Código Deontológico de la Abogacía Española*.

² El 17 de junio de 2014 remite un oficio al juzgado de instrucción en el que a través de las informaciones recibidas por los canales habituales y en la vigilancia de personas, establecimientos y zonas vinculadas con el tráfico y consumo de sustancias, tienen conocimiento de varios delitos de tráfico de drogas, unidos a un posible delito de organización criminal.

De esta manera, el 18 de junio de 2014, el órgano instructor dicta un auto por el que acuerda incoar diligencias previas a la vista del atestado de la Policía Judicial. En dicho atestado se denuncia la existencia de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud y cuyo investigado principal es Lucas Pérez, conocido por los agentes policiales por dedicarse a la distribución de droga, principalmente: anfetamina, cocaína y marihuana.

El investigado Lucas Pérez, tras la detención y encarcelamiento de algunos significados traficantes de droga de la ciudad (investigados en esta causa en otros bloques), decidió minorar el riesgo que su actividad ilícita suponía. Para ello, buscó y encontró a una tercera persona que le guardara la mayor parte de la sustancia con la que traficaba, evitando con ello que, en un futuro registro, se le encontrara tal cantidad de droga que determinara su ingreso en prisión. Es por este motivo y en este momento donde aparece mi cliente, Pedro, a quien Lucas utilizó facilitándole sustancias estupefacientes. Fue tal la presión ejercida por Lucas (persona significativamente violenta tal y como se observa en sus once hojas de antecedentes penales y entre las que se cuenta un delito de tráfico de drogas, un delito de robo con fuerza en las cosas, un delito de atentado, dos delitos de lesiones y un delito de violencia sobre la mujer) que Pedro no pudo rechazar la propuesta. La colaboración de mi cliente (Pedro) con el principal investigado en la causa (Lucas) se produce en los siguientes momentos³:

1. El día 1 de febrero de 2015, a las 17:25 horas, Lucas mantiene una conversación telefónica con Pedro, que le indica que la anfetamina que va a vender es de buena calidad.
2. El día 23 de febrero de 2015, a las 20:23 horas, Lucas va a recoger parte de su droga. Como sospecha que Pedro no la había dejado en el coche sino que la ha subido a su domicilio, le llama por teléfono. En la conversación mantenida, Pedro le explica que tiene la droga guardada en el maletero de su vehículo y que

³Antes de comenzar a explicar los hechos de los que trae causa este dictamen jurídico es importante advertir que todas las aseveraciones y las conversaciones que se citarán se conocen debido a las intervenciones telefónicas que había realizado la Policía a todos los investigados, por lo que pudieron conocer todos los detalles acerca de los intercambios de droga, intervenciones telefónicas que se realizaron con toda legalidad, sin vulneración de derechos fundamentales, pidiendo los correspondientes oficios al Juzgado de Instrucción.

ha de accionar un botón oculto en el mismo para extraerla, encontrando finalmente Lucas la droga que había ido a buscar.

3. A las 17:07 horas del día 10 de marzo de 2015, Lucas y Pedro mantienen una conversación telefónica en la que Lucas le pide tener un encuentro para que Pedro le abastezca de la anfetamina que le guarda, indicándole la cantidad que desea recibir – siendo esta la mitad de lo habitual (100 gramos). Conviene resaltar que Lucas nunca solicita a Pedro menos de 50 gramos de anfetamina.
4. A las 18:30 del mismo día 10 ambos abandonan sus domicilios de forma prácticamente simultánea. Pedro, al volante de su vehículo, deja el garaje de su domicilio, recoge a un individuo (Javier Hernández) y llega hasta la Calle María Moliner, donde estaciona.

Por su parte, Lucas sale caminando de su casa hasta llegar a la Calle María Moliner, entra en un bar de la misma calle (Casa Juan), y se queda esperando a Pedro que llega minutos después. Tras esperar un momento, regresan al vehículo de mi cliente aparcado en la calle y se montan en él, llevando a Lucas a su domicilio. Según el informe policial obrante en autos ha sido dentro del vehículo donde se ha producido la entrega de la droga nombrada en las llamadas telefónicas.

5. Cuando Lucas se disponía a abrir el portal de su domicilio fue interceptado por agentes de la Policía Nacional, que se identificaron como tales. Tratando de zafarse estos, Lucas tuvo que ser agarrado y echado al suelo para su inmovilización. En ese momento, Lucas arrojó debajo de un vehículo un envoltorio de plástico que contenía speed, con un peso en bruto de 62,7 gramos y neto de 57,71 gramos – en seco 37,65 gramos – anfetamina con una riqueza media del 31,6%.

La Policía Nacional detuvo a mi cliente, Pedro Martín, a las 21:15 horas del mismo día cuando transitaba por la calle Zaragoza, al volante de su vehículo, yendo acompañado por Javier Hernández.

6. La Policía intervino a Pedro un teléfono Samsung Galaxy S4, un juego de llaves de su domicilio, un vehículo Renault Clio con su llave de arranque, dos envoltorios con 0,41 gramos heroína y un peso neto de 0,32 gramos, con una riqueza media de 17,1%, y un envoltorio de aluminio con una piedra de 0,4 gramos de cocaína, con un peso neto de 0,1 gramos y una riqueza media del 90,6%.

En el suelo de los asientos trasero del vehículo de Pedro había un envoltorio de plástico con una sustancia pastosa blanca, con un peso bruto de 23,48 gramos y neto de 20,08 gramos – en seco 13,13 gramos –, que resultó ser anfetamina, con una riqueza media de 30,8%.

Por su parte, el acompañante, Javier Hernández, llevaba un teléfono móvil Samsung, ochenta euros en efectivo y un envoltorio de plástico con 2,81 gramos de speed, con un peso neto de 1,62 gramos y una riqueza media de 23,9%, droga que le había proporcionado Pedro, según dice este.

7. A las 23:55 horas del día 10 de marzo de 2015, la Comisión Judicial, integrada por la Letrada de la Administración de Justicia y por la Policía Judicial, registró el domicilio de Pedro, con el consentimiento del detenido, pero sin presencia de su abogado. En el registro, concluido a las 00:05 horas del siguiente día 11 de marzo de 2015 se encontró lo siguiente:

- En el congelador de la cocina:
 - Una bolsa de plástico, con una sustancia pastosa blanca, con un peso bruto de 902,1 gramos y neto de 890,37 gramos – en el pesaje en seco, 552,96 gramos –, anfetamina con una riqueza media de 37,2%.
 - Una balanza de precisión Laica, con restos de anfetamina.

Es importante hacer hincapié en que, al comenzar la diligencia, el detenido Pedro comentó a la Policía Judicial que dentro del congelador guardaba una bolsa de speed.

- En la habitación de Pedro:
 - Cinco billetes de 50 euros, cuatro billetes de 20 euros y un billete de 10 euros.
 - Un teléfono móvil Nokia.
 - Una balanza de precisión Champion Scale, con restos de speed
 - Una bolsa de plástico con recortes circulares.

Estos hechos fueron constitutivos de la incoación de Diligencias Previas ante el Juzgado de Instrucción el 18 de junio de 2014 con el carácter secreto de las actuaciones. Como consecuencia de los mismos Pedro estuvo en prisión provisional sin fianza a raíz del Auto de 12 de marzo de 2015 (dos días después de su detención) hasta el 12 de febrero de 2016, momento en el que se acuerda su libertad provisional previa prestación de fianza de 29.268 euros – cuyos familiares pagan hipotecando un garaje –, por lo que recibe el correspondiente mandamiento de libertad. El 18 de mayo de 2017 ingresa en un Centro de Tratamiento Terapéutico en Málaga por drogodependencia, acudiendo a firmar cada semana a los juzgados de dicha ciudad.

Finalizada la fase de instrucción, el órgano judicial dicta el correspondiente Auto de fecha 9 de marzo de 2017 por el que acuerda la transformación de las Diligencias Previas ordenando que se sigan los trámites del Procedimiento Abreviado (ex. art. 779 LECrim), emplazando a su vez al Ministerio Fiscal para que en el plazo de diez días solicite la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, por último y excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias; siendo esta la última actuación judicial de la que se tiene noticia.

III. CUESTIONES JURÍDICAS QUE SE PLANTEAN

En relación con los antecedentes de hecho expuestos se plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

1. CUESTIONES SUSTANTIVAS

1.1. Determinar las posibles calificaciones jurídicas de los hechos.

1.1.1. Delito de tráfico de drogas básico (art. 368 CP)

- 1.1.2. Delito de tráfico de drogas atenuado (art. 368.2 CP)
- 1.1.3. Delito de tráfico de drogas agravado (art. 369 CP)
- 1.2. Investigar el grado de participación de mi patrocinado en relación a los hechos descritos.

2. CUESTIONES PROCESALES

2.1 Licitud de la diligencia de entrada y registro domiciliario llevada a cabo sin la presencia de letrado defensor

2.1. Posible atenuante de dilación indebida del art. 21.6 CP.

IV. NORMATIVA APLICABLE

En la realización de este Dictamen se han aplicado los preceptos normativos que a continuación se detallan.

- CP
 - 20.2 CP
 - Art. 21.6 CP
 - Art. 80 CP
 - Art. 96.1.2º CP
 - Art. 368 CP
 - Art.369 CP

- LECrim
 - Art. 297 LECrim
 - Art. 321 LECrim
 - Art. 324 LECrim
 - Art. 520 LECrim
 - Art.545 LECrim
 - Art. 551 LECrim
 - Art. 553 LECrim
 - Art. 558 LECrim
 - Art. 650 LECrim
 - Art. 779.1.4º LECrim

- Art. 780.1 LECrim
- Art. 786.2 LECrim

- CE
 - Art. 14 CE
 - Art. 17.3 CE
 - Art. 18.2 CE
 - Art. 24.2 CE

- LOPJ
 - Art. 11.1 LOPJ

- Convenio Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
 - Art. 6.1 Convenio

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. CUESTIONES SUSTANTIVAS

1.1. Determinar las posibles calificaciones jurídicas de los hechos

La conducta de mi mandante sería subsumible en un ilícito penal de los descritos como delitos contra la salud pública. Por lo que es preciso ir desgranando las particularidades de cada uno de los preceptos aplicables hasta conseguir encajar dicha conducta en uno de ellos y, por consiguiente, poder realizar mi estrategia de defensa para con mi patrocinado.

1.1.1. Delito de tráfico de drogas básico (art. 368 CP)

El tipo básico del delito de tráfico de drogas es el previsto en el art. 368 CP y los elementos que deben concurrir en este tipo delictivo son:

A) Penalidad. La **penalidad** de las conductas sancionadas depende de si estamos ante drogas que causan grave daño a la salud y drogas que no causan grave

daño a la salud. El problema radica en que no se ofrece ningún criterio legal para diferenciarlas. Si bien, existe alguna resolución que afirma que estamos ante una sustancia que causa grave daño a la salud cuando concurren los cuatro criterios que los protocolos internacionales emplean y que aparecen claramente expuesto en la STS (Sala de lo Penal) núm. 1224/2004, de 15 de diciembre de 2004⁴:

- a) Ser lesiva para la salud.
- b) Nivel de dependencia que crea en el consumidor.
- c) Número de fallecimientos que provoca su intoxicación.
- d) Grado de tolerancia

La jurisprudencia mayoritaria utiliza criterios casuísticos y establece que las drogas que causan grave daño a la salud son: la cocaína⁵, la heroína, LSD, anfetamina, MDA⁶, las drogas sintéticas y el éxtasis⁷, entre otras.

B) Tipicidad. Como **conductas típicas** se sancionan las de cultivo, elaboración y tráfico, siempre que no vayan referidas al autoconsumo, que no tiene relevancia penal. Entre los elementos que se utilizan en la práctica forense como indiciarios para diferenciar tenencia para autoconsumo o para el tráfico destacan:

⁴ RJ 2004\8250

⁵ La STS (Sala de lo Penal) núm. 366/15, de 16 de junio de 2015 (RJ 2015\2847) en su F.J 3º esgrime que “Se relata la posesión de una inmensa cantidad de droga de la que causa grave daño a la salud transportada por los acusados.

Su existencia era plenamente conocida por aquéllos, como quedó patente en la respuesta dada en el motivo primero (presunción de inocencia). El destino al consumo de terceros queda evidenciado por la cantidad de droga a que se refiere la causa, así como en el alto grado de pureza y su valor de mercado, en la que obviamente debe excluirse por absurda la idea de que se dedicara exclusivamente al autoconsumo”.

⁶Por su parte, la STS (Sala de lo Penal) núm. 748/02, de 23 de abril de 2002, (RJ 2002\2895) establece que: “Debe distinguirse entre el metilnodioximetanfetamina (MDMA) y el MDA, metilodioxianfetamina, que son sustancias distintas aunque pertenezcan ambas a la familia de las anfetaminas. El MDA es distinta en cuanto a sus efectos del MDMA o éxtasis, y este último compuesto ha de considerarse como droga que causa grave daño a la salud a la vista de los efectos que genera”.

⁷ Por último, la STS (Sala de lo Penal) núm.360/04, de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004\1905) dispone sobre esta sustancia que “Es doctrina reiterada de esta Sala, como es exponente la Sentencia 1486/1999, de 25 de octubre, que tanto la cocaína como el MDMA se han estimado sustancias que causan grave daño a la salud por concurrir en ellas los cuatro criterios que los protocolos internacionales emplean para tal calificación: por ser en sí lesiva para la salud, por el nivel de dependencia que crea en el consumidor, por el número de fallecimientos que provoca su intoxicación y por el grado de tolerancia”.

- a) La condición de adicto o consumidor
- b) La cantidad de sustancia (STS (Sala de lo Penal) núm. 366/15, de 16 de junio de 2015)⁸
- c) Pureza de la droga (STS (Sala de lo Penal), núm. 366/15, de 16 de junio de 2015)⁹
- d) Hallazgo de utillaje auxiliar para manipulación: balanzas de precisión (STS (Sala de lo Penal) núm. 933/13, de 12 de diciembre de 2013)¹⁰
- e) Diversidad o variedad de la droga encontrada (SSTS (Sala de lo Penal) núm. 84/15, de 18 de febrero de 2015)¹¹
- f) Hallazgo de dinero metálico no justificado
- g) El valor de mercado de la droga (STS (Sala de lo Penal) núm. 366/15, de 16 de junio de 2015)¹²

En el caso que nos ocupa, mi cliente, el Sr. Martín, es acusado de un delito de tráfico de drogas, esto es, cualquier conducta destinada a introducir en el mercado dichas sustancias mediante compra y venta directa o por intermediario permuta o pago de servicios, intermediación, etc.... El Sr. Martín es adicto y consumidor y así lo revela el informe de consumo de sustancias psicoactivas de este elaborado el 6 de mayo de 2015. En dicho informe se observa que mi patrocinado consumía un gramo de heroína y medio gramo de cocaína al día, requiriendo tratamiento psicoterapéutico para su drogodependencia. Es adicto desde los 15 años, empezando a consumir anfetamina hasta pasar a consumir heroína y cocaína en base. A su vez, el último consumo de ambas sustancias mencionadas anteriormente fue el día de su detención, estando desde entonces en tratamiento farmacológico y teniendo ansiedad y ganas de consumir. Sin

⁸ El pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 19 de octubre de 2001 utiliza una tabla elaborada por el Instituto Nacional de Toxicología para establecer la dosis media de consumo diario de estupefacientes. Un consumidor habitual suele adquirir para sí mismo la cantidad necesaria para 5 días, que en el caso de la anfetamina es: $900 \text{ mg} (0,9 \text{ g}) \times 5 \text{ días} = 4,5 \text{ gramos}$

⁹ En la precitada STS (RJ: 2847\52015) se intervinieron 8,35 gramos con un pureza del 5,4%, lo que supone del principio activo puro 450 mg, que se sitúan muy por encima del expresado umbral toxicológico de 10 mg para que puedan verse afectadas las funciones psíquicas de una persona.

¹⁰ En esta STS (RJ 2013\5906) destaca que en casos de tenencia mínima de droga, ocupándose además un molinillo y una balanza, podrían ser utilizadas para operaciones normales de autoconsumo.

¹¹ En el F.J 2º de dicha STS(RJ 2015\671) se realiza un estudio de las distintas drogas que llevaba el investigado, arribando a la condición de que se está ante drogas que causan grave daño a la salud por tener la condición de anfetaminas, MDA y cocaína.

¹²En esta STS citada se encontraron 554,55 kg de cocaína neta con una riqueza base de 83,33% y un valor de mercado de 24.753.505,65 euros, habiéndose intervenido también dinero en metálico de origen ilícito. Y en su F.J 3º concluye que el destino al consumo de terceros queda evidenciado por la cantidad de droga a que se refiere la causa, así como su valor de mercado, donde debe excluirse la idea de que se dedique al autoconsumo.

embargo, y por el contrario, atendiendo al precitado informe se puede observar que no es consumidor de speed (sustancia hallada en gran cantidad en su casa en el registro domiciliario). No obstante, si observamos el informe de consumo de sustancias psicoactivas de Lucas obrante en autos, refiere que este último consume en dosis variables, en función de la disponibilidad económica, de unos 2 a 5 gramos diarios de speed, y a su vez, consume cocaína, heroína y cannabis esporádicamente.

C) Cantidad de sustancia. Con respecto a la cantidad de sustancia que puede llevar consigo una persona para que sea calificada de autoconsumo, el pleno no jurisdiccional del TS de 19 de octubre de 2001 ha señalado que el consumidor habitual suele adquirir para sí mismo la cantidad necesaria para consumir entre 3 y 5 días. En nuestro caso, dado que Pedro no es consumidor de “speed” pero sí que guardaba dicha sustancia para Lucas (y reconociendo este último un consumo de unos 5 gramos de esta sustancia al día), se puede entender la cantidad que portaba Pedro en el momento de su detención (23,48 gramos de “speed”) podría ser para el consumo propio de Lucas y no para el tráfico ilegal de drogas dado que su dosis habitual de 5 días serían 25 gramos de dicha sustancia, desconociendo mi mandante el uso que iba a hacer de esa sustancia Lucas.

Durante el registro domiciliario de mi patrocinado, como ya se ha indicado *ut supra*, fueron incautados los siguientes efectos: a) una bolsa de anfetamina “speed” de 902,1 gramos¹³; b) una balanza de precisión Laica con restos de anfetamina; c) cinco billetes de 50 euros, cuatro billetes de 20 euros y un billete de 10 euros haciendo un total de 340 euros; d) un teléfono Nokia; e) una balanza de precisión Champion con restos de anfetamina y f) una bolsa de plástico con recortes circulares.

La cantidad de droga incautada indica por sí misma la preordenación al tráfico cuando se trata de cantidades elevadas, incompatibles con el autoconsumo. Así, ciertas resoluciones dictadas por el TS concretan, por un lado, que el acopio medio de un consumidor de heroína es de 0,6 gramos diarios y el módulo determinante de autoconsumo sería 3 gramos como máximo¹⁴. Por otro lado, en el caso de la cocaína, la

¹³ En la documental obrante en autos se encuentra el análisis de la pureza de la droga encontrada que, en el caso de los 902,1 gramos, es del 37,2%.

¹⁴ STS (Sala de lo Penal) núm. 724/14, de 13 de noviembre de 2014 (RJ: 2014\4447)

dosis diaria de consumo es de 2 gramos presumiendo la finalidad de tráfico en la tenencia que excede de 15 gramos¹⁵. En particular, en el caso que nos interesa tratar, respecto al “speed”, la dosis mínima psicoactiva total es de 10 mg¹⁶.

A la vista de lo hallado se esgrime que la cantidad de anfetamina encontrada está destinada al tráfico de drogas. No obstante, antes de pasar a dicha aseveración habría que precisar qué valor probatorio se ha de dar a la diligencia de entrada y registro domiciliario efectuada en el domicilio de mi mandante, cuestión procesal que se tratará más adelante.

D) Consumación. En cuanto a la consumación del delito, la jurisprudencia mayoritaria¹⁷ afirma que estamos ante delitos de peligro abstracto, de mera actividad, de consumación anticipada: basta que la droga se encuentre bajo el dominio del sujeto activo para la consumación, aceptándose incluso de la operatividad de la “posesión mediata” y la consumación de los meros tratos preliminares del acuerdo. Los actos posteriores como la venta, la donación, etc. pertenecen al agotamiento delictivo, por lo que, en principio, es difícil concebir la tentativa en este delito.

Estos delitos relativos a drogas tóxicas son delitos de peligro con lo que se pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido, la salud pública, bastando la puesta en peligro de dicho bien jurídico para la comisión del hecho delictivo. No obstante, la mera presencia de una cantidad de droga no puede implicar la existencia de un delito si no se acompaña de un cierto riesgo. Este riesgo debe ser determinado: en primer lugar, de manera objetiva, estableciendo unos parámetros¹⁸; y, en segundo lugar,

¹⁵ STS (Sala de lo Penal) núm. 841/03, de 12 de junio de 2003 (RJ: 2003\4064).

¹⁶ En la STS (Sala de lo Penal) núm. 850/13, de 4 de noviembre de 2013 (RJ: 2013\5455) se establece que “*Tratándose de la sustancia speed que es la que ha sido intervenida al acusado se sitúa la dosis de abuso habitual, de acuerdo con los informes de los organismos oficiales, en una horquilla que se extiende de los 30 a 60 miligramos de dicha sustancia, y asimismo se informa por el Instituto Nacional de Toxicología que la dosis mínima psicoactiva ha de situarse en 10 miligramos de principio activo puro, o lo que es lo mismo, 0,010 gramos, dosis mínimas psicoactivas a partir de las cuales pueden resultar afectadas funciones físicas o psíquicas de una persona*”.

¹⁷ Las STS (Sala de lo Penal) núm. 299/15, de 14 de mayo de 2015 (RJ: 2015\2081), la STS (Sala de lo Penal) núm. 291/14 de 4 de abril de 2014 (RJ: 2014\1446), y la STS (Sala de lo Penal) núm. 696/07, de 9 de julio de 2007 (RJ: 2007\5273) entre otras.

¹⁸ La STS (Sala de lo Penal) núm. 298/2004, de 12 de marzo de 2004 (RJ: 2004\1713) establece que el TS emplea unos parámetros científicos que se basan en el Dictamen emitido por el Instituto Nacional de Toxicología, de fecha 12 de enero de 2004, en el que se determina la dosis psicoactiva a partir de la cual no podemos hablar de algo insignificante, sino de un mínimo que causa daño a la salud: “*Para fundamentar este límite mínimo en criterios científicos, y al mismo tiempo garantizar la seguridad*

personalizándolo según las circunstancias concretas del caso y del autor. Al no estar regulado en el CP, la jurisprudencia ha tenido que ir marcando las pautas de lo que se considera una cantidad insignificante para crear una situación de riesgo¹⁹. Conforme al principio de insignificancia, la conducta es atípica cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno a la salud (STS (Sala de lo Penal) núm. 1889/2000, de 11 de diciembre de 2000)²⁰. Se conoce como dosis inicial psicoactiva aquella cantidad mínima de una sustancia química que tiene efecto en el organismo. La dosis mínima psicoactiva – que no hay que confundir con dosis media diaria – indica, por tanto, la cantidad mínima de una sustancia química que tiene efecto en el organismo (SSTS (Sala de lo Penal) núm. 1762/2003, de 30 de diciembre de 2003)²¹. A este respecto, el Instituto Nacional de Toxicología indicó la dosis mínima que es precisa para que la droga afecte al sistema nervioso central, en concreto²²:

Sustancia	Heroína	Cocaína	Hachís	LSD	MDMA
Dosis mínima psicoactiva	0,66 mg	50 mg	10 mg de THC	20 mg	2 mg

En este caso se trata de cantidades referidas, con excepción del hachís, a principio activo puro. El Acuerdo del TS de 3 de febrero de 2005 resolvió mantener este criterio hasta que no exista reforma legal o exista otro criterio interpretativo alternativo. En este contexto, el análisis de la sustancia y de su calidad y cantidad es un dato

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”.

¹⁹ Así lo expresa el TS en la precitada Sentencia 298/2004 de 12 de marzo de 2004 al concretar que “*el objeto del delito debe de tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal*”.

²⁰ RJ: 2000\9063

²¹ RJ: 2003\8532

²² Poniendo en duda la inicial o aparente inocuidad de las drogas en dosis de escaso porcentaje de principio activo, es necesario disponer de una referencia genérica al objeto de unificar las decisiones de los Tribunales. En tal sentido, y con el simple valor de referencia, son ilustrativas las cuantías mínimas o dosis mínimas psicoactivas, facilitadas por la Agencia Antidroga de la Consejería de Sanidad de Madrid. Las dosis mínimas que aparecen en esta sentencias son las mismas que las expuestas en el cuadro *ut supra*.

importante para la calificación de la conducta (STS (Sala de lo Penal) núm. 221/07, de 23 de marzo de 2007)²³.

E) Dolo. En cuanto al tipo subjetivo, la conducta es dolosa, bastando el dolo eventual²⁴. Para apreciar el dolo es suficiente con conocer el carácter nocivo para la salud de la sustancia y que la conducta realizada contribuye a promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal para terceros, no siendo relevante conocer si estamos ante una droga que cause grave daño a la salud o no.

A la vista de lo expuesto es posible concluir que la conducta de mi mandante no sería constitutiva de un delito de tráfico de drogas del tipo básico dado que es un mero depositario de la droga que ha actuado bajo su “drogadicción”. Es decir, Pedro ha visto motivado a llevar a cabo esta conducta por su ánimo de consumir habida cuenta que el principal investigado, Lucas, le abastecía de droga a cambio de que guardara los estupefacientes presuponiendo que como Pedro no contaba con antecedentes penales, no levantaría sospechas ante la Policía.

1.1.2. Delito de tráfico de drogas atenuado (art. 368.2 CP)

La *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código Penal*, dio una nueva redacción al art. 368 CP, rebajando la penalidad para los casos de delitos contra la salud pública que causan grave perjuicio para la salud e introdujo, además, un segundo párrafo en el que se establece la posibilidad de rebajar las penas atendiendo a ciertos criterios²⁵ que pudiesen rodear a las circunstancias concretas objeto de examen por el juez o tribunal, posibilitando así que la relación conducta-pena fuese la más adecuada y proporcionada posible. De esta manera se faculta a los tribunales a

²³ La jurisprudencia de esta Sala (RJ: 2007\1805) manifiesta que “*parece consolidado un criterio conforme al cual sólo deberá considerarse droga tóxica, en el sentido del art. 368 CP, aquella sustancia que sea apta para generar los efectos que le son propios, y esto, en función de la capacidad del producto para incidir negativamente en la salud de un eventual afectado. Tal clase de determinación sólo puede hacerse mediante una adecuada descripción de las particularidades de la sustancia de que se trate, y cuando ésta no se da en los términos precisos, como se lee en la STS 109/2004, de 31 de enero, podrá hablarse de la presencia de cierto tipo de droga asociada a alguna cantidad de otra u otras sustancias pero nunca podrá presumirse contra el acusado que la droga incautada contenía un porcentaje tóxico relevante*”.

²⁴ “*Actúa con dolo, quien acepta la realización de una conducta claramente ilícita sin mostrar ningún tipo de interés por averiguar sus circunstancias y sus condiciones*” (SSTS (Sala de lo Penal) núm. 609/11, de 15 de junio de 2011) (RJ:2011\4853)

²⁵ Cuando los hechos sean de escasa entidad y cuando concurren circunstancias personales del autor.

imponer la pena inferior en grado en los delitos contra la salud pública cuando los hechos fueran de escasa entidad y concurrieran especiales circunstancias personales del autor.

La jurisprudencia, tal y como recogen las SSTS (Sala de lo Penal) núm. 535/2013, de 18 de junio de 2013²⁶ y núm. 185/2014, de 11 de marzo de 2014²⁷, mantiene dos posiciones en relación a los criterios ofrecidos para rebajar la pena en el caso del subtipo atenuado del art. 368 CP.

“Una primera²⁸ que afirma que estamos ante un subtipo atenuado cuya declaración de concurrencia está sujeta a que el hecho probado refiera unos hechos que permiten esa subsunción en el tipo atenuado. Se entiende, en consecuencia, por tipo atenuado, una especificación de un tipo penal que requiere un elemento nuevo en la tipicidad y que indica una menor culpabilidad en la acción o una menor gravedad en el hecho. (...) El segundo criterio²⁹ considera que este párrafo segundo contiene una regla específica de individualización de la pena sobre la base de dos presupuestos: la menor entidad y las circunstancias personales. Se trataría de la cláusula de individualización para proporcionar la pena al caso concreto, particularmente para atender a supuestos de menor culpabilidad y de escasa entidad del hecho. En el caso del delito de tráfico de drogas se utiliza para atender a los supuestos que, en alguna clasificación³⁰, se aglutinan bajo la rúbrica “delincuencia funcional”, esto es, aquellos en los que el autor del ilícito delictivo actúa movido por su dependencia a sustancias tóxicas y realiza la conducta con la finalidad de atender las necesidades de su adicción”.

²⁶ RJ: 2013\3430

²⁷ RJ: 2014\1000

²⁸ STS (Sala de lo Penal) núm. 674/2015, de 10 de noviembre de 2015 (RJ: 2015\4696), y la STS (Sala de lo Penal) núm.624/2016, de 13 de julio de 2016 (RJ: 2016\3516) entre otras.

²⁹ STS (Sala de lo Penal) núm. 536/2014, de 27 de junio de 2014 (RJ: 2014\2698) y la STS (Sala de lo Penal) núm. 84/2015 de 18 de febrero (RJ 2015\671), entre otras.

³⁰ DE FAZIO, en 1991, clasificó los delitos relacionados con las drogas en tres grandes grupos. Por un lado, diferenció aquéllos relativos a la producción y distribución de las drogas, aclarando que habitualmente no los cometen sujetos adictos. En un segundo grupo se refería a los actos delictivos cometidos por sujetos bajo la influencia y efectos del consumo de sustancias para agrupar y, en tercer lugar, al conjunto de toxicómanos que delinúan con el fin de conseguir dinero para la droga.

En esta línea, la STS (Sala de lo Penal) núm. 1243/2011, de 22 noviembre de 2011³¹, interpreta este precepto como *“la exigencia de que se haga constar los dos elementos de los que depende la aplicación de la menor entidad del hecho y circunstancias personales del culpable. Estos elementos deben conjugarse en su distinta jerarquía valorativa y han de ponderarse, con distinta intensidad y cualificación, cada uno de ellos”*. En otros términos, no es preciso la concurrencia de los dos elementos simultáneamente, sino una valoración total del hecho para proporcionar adecuadamente la pena a la conducta realizada. Por ello, y continuando con lo que dice la citada resolución, *“cuando la gravedad del injusto presenta una entidad nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del párrafo segundo no puede estar condicionada a la existencia de circunstancias personales del culpable, en tanto estas siempre han de operar en el marco de la culpabilidad para la gravedad del hecho cometido”*. Esta afirmación es también de aplicación a los supuestos de personas con una grave adicción y que realicen actos de tráfico en cantidades que no rocen el límite de la tipicidad.

Resumiendo, el Tribunal Supremo se ha decantado por sostener que el párrafo segundo del art. 368 CP debe ser concebido como un subtipo atenuado y no como una facultad discrecional, y así, en SSTS (Sala de lo Penal) núm. 545/2014 de 26 de junio de 2014³² y núm. 191/2014, de 10 de marzo de 2014³³, recoge de forma concluyente que:

“El art. 368 .2º del CP como ha reiterado este Tribunal, vincula la atenuación a dos parámetros que no han de exigirse acumulativamente. Basta una de las alternativas -o menor antijuricidad, o menor culpabilidad (SS TS 32/2011, de 25 de enero; 51/2011, de 11 de febrero). 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 ambas esferas (una vinculada a la antijuricidad -escasa entidad-; la otra referida 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

³¹ RJ: 2011\7785

³² RJ: 2014\2949

³³ RJ: 2014\867

atenuación. Sí queda legalmente excluida la atenuación cuando se da alguno de los supuestos de los arts. 369 bis o 370 CP”.

Asimismo, el Alto Tribunal vienen a aclarar lo que debe entenderse por “escasa entidad del hecho” diferenciándolo de la “escasa cantidad”. Y así, la STS núm. 545/2014, mencionada anteriormente, expone que “*‘la escasa entidad del hecho’ es un requisito insoslayable, que no puede eludirse de ninguna forma. Así como respecto de las circunstancias personales del autor el Código se limita a decir que han de ser valoradas por el juzgador, sin exigir que concurra alguna favorable*”. No se está hablando de la cantidad de droga incautada sino de la “escasa entidad del hecho”, pues, hay distintas acciones que pueden tener la consideración de “escasa entidad” (se puede pensar en labores secundarias; facilitación del consumo a través de informaciones sobre puntos de venta; tareas de simple vigilancia realizadas por alguien externo al negocio de comercialización; suministro de droga por unas mal entendidas motivaciones compasivas; actuación esporádica que no supone dedicación y ajena a un móvil lucrativo...).

Por lo tanto, si la conducta de Pedro fuera considerada de complicidad (a tenor de lo que se expondrá después en relación con la autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas) debería aplicarse este subtipo atenuado del párrafo segundo del art. 368 CP, dado que hay que valorar las circunstancias personales³⁴ de mi cliente. En concreto, la grave adicción que padecía y sigue padeciendo al estar internado actualmente en un centro de desintoxicación de Málaga³⁵ y realizar la conducta en una cantidad que no llega a rebasar los límites de notoria importancia del art. 369 CP. Además, tal y como está recalcado, se habla de menor entidad, no de menor cantidad,

³⁴ El Sr. Martín no contaba con antecedentes penales hasta la fecha, por lo que no se puede considerar como una persona peligrosa que exista riesgo de volver a delinquir, circunstancia que debe tenerse también en cuenta a la hora de valorar las circunstancias del mismo.

³⁵ En nuestro caso particular, mi mandante es adicto y consumidor desde los 15 años, tal y como recoge el informe citado anteriormente de sustancias psicoactivas, habiendo sido tratado varias veces acerca de su dependencia. Habría que intentar acreditar que ha realizado el ilícito penal por culpa de su drogadicción, dado que él siempre ha mantenido que tenía un trato con el sr. Pérez para guardar la sustancia a cambio de ser abastecido para su consumo propio. Máxime una vez que el sr. Martín fue puesto en libertad provisional bajo fianza, el 18 de mayo de 2017 ingresó en un Centro de Tratamiento Terapéutico en Málaga debido a su adicción, por lo que puede observarse la voluntad que tiene para salir de su dependencia, recalcando que no sería bueno para su tratamiento el ingresar en prisión, dado que lo frenaría y podría volver a recaer en el mismo problema, debiendo el juez valorar sustituir la pena de prisión del sr. Martín por la continuación en el Centro de Deshabitación.

por lo que las labores secundarias como depósito o custodio de droga por motivaciones de drogadicción podrían ser consideradas de “escasa entidad”.

1.1.3. Delito de tráfico de drogas agravado (art. 369 CP)

Por último, pasamos a analizar el tipo del delito de tráfico de drogas agravado recogido en el art. 369 CP. Este artículo contiene las agravaciones de primer grado en relación con el tipo básico con penas de prisión de 3 años y 1 día a 4 años y 6 meses. La modificación de marco penal del art. 368 CP en casos de droga que cause grave daño a la salud, modifica la extensión penológica de la aplicación de estas agravaciones. Para dar curso a esta circunstancia modificatoria es preciso que haya quedado acreditada la existencia de todos los elementos típicos de alguna conducta del art. 368 de mismo Código. En este caso se trata de agravaciones alternativas, sin perjuicio de que la concurrencia de dos agravantes, que no es el caso concreto, se deba tener en cuenta para la determinación de la pena.

Atendiendo a los criterios descritos, mi mandante, D. Pedro Martín, está en libertad condicional acusado de un delito de tráfico de drogas en su agravante de notoria importancia. Según lo establecido en el Acuerdo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001³⁶, que actualiza la jurisprudencia anterior por consideraciones de “*legalidad, proporcionalidad y eficacia*”, solo se aplicará en casos que se superen las 500 dosis referidas al consumo diario, teniendo únicamente en consideración la sustancia base o tóxica reducida a pureza, lo que obliga a conocer pericialmente la riqueza de la droga.

A continuación, se plasma el cuadro establecido al TS por el Instituto Nacional de Toxicología en el que se determinan las cantidades que resultan de las 500 dosis atendiendo al consumo diario medio estimado y que rozarían el límite de notoria importancia que establece el art. 369 CP.

³⁶ “1. La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se determina a partir de quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001.
2. Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta Sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es, reducida a pureza, con la salvedad del hachís y sus derivados [...]”.

SUSTANCIA	OTRAS DENOMINACIONES	CANTIDAD
Sulfato de Anfetamina	Speed	90 g
Heroína	Caballo	300 g
Clorhidrato de cocaína	Perico	750 g

Cuando se ocupa cantidad de notoria importancia a un sujeto consumidor es preciso detraer la cantidad que razonablemente podría destinarse a autoconsumo pues habría que comprobar para aplicar la agravación que, detraída la cantidad para dicho autoconsumo, el resto de la misma supere las cuantías expuestas arriba en el cuadro. Conectando esto con la anfetamina (que es la sustancia que realmente nos interesa para el caso concreto), el ya mencionado Acuerdo del TS de 19 de octubre del año 2001 elevó la cantidad de 200 dosis a 500, refiriendo el concepto de dosis a la cantidad de consumo diario medio de las personas adictas a la sustancia concreta de que se trate. Con lo cual, la dosis diaria para la anfetamina, a razón de tres tomas al día, es la de 180 mg, cantidad que multiplicada por 500 alcanza la cifra de 90 g.

En relación a los hechos que nos atañen, en la detención de mi cliente se incauta lo siguiente: a) un envoltorio con 0,41 g de heroína, b) un envoltorio con 0,4 g de cocaína y c) en el suelo del asiento de su coche una bolsa con 23,48 g de anfetamina.

Por otra parte, en el registro domiciliario se extrajo una bolsa de anfetamina de 912 gramos, hecho el cual, teniendo en cuenta las cantidades que el TS ha declarado como notoria importancia, superaría con creces la cantidad fijada. Sin embargo, como posteriormente se verá, la licitud probatoria de la diligencia de entrada y registro quedará en entre dicho y, con ella, la validez de lo incautado durante el registro. Es por ello que, el tipo agravado del delito de tráfico de drogas tiene que ser descartado completamente debido a que la cantidad de droga incautada no puede considerarse de notoria importancia al no deber contar aquello que se obtuvo durante la diligencia.

En conclusión, desde mi punto de vista, los hechos de los que se ha traído noticia podrían ser subsumibles en el delito de tráfico de drogas en su tipo atenuado del art. 368.2 CP al ponderar la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales de

mi mandante, sin tener porque hacerlo cumulativamente³⁷. Ello es así, puesto que por un lado, debe tenerse en cuenta que el Sr. Martín ha guardado la droga a cambio de ser abastecido de la misma para su propio consumo, es decir, debido a la grave adicción que padece; y, por otro lado, no debe valorarse la cantidad de droga incautada en el posterior registro domiciliario con base en la ilicitud de dicha diligencia (ello supondría subsumir dicha conducta en el tipo agravado del art. 369 CP). Por lo que, únicamente habría que atender a que la conducta de mi mandante ha sido la de mero depositario o custodio de la droga, sin tener ánimo alguno de lucrarse con su venta.

1.2. Investigar el grado de participación de mi patrocinado en relación con los hechos objeto de debate.

En este momento pasamos a analizar las conductas que pueden subsumirse en la autoría y participación de un delito contra la salud pública. El delito de tráfico de drogas recogido en el art. 368 CP castiga todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto definiendo un concepto extensivo de autor.

A este respecto, el Tribunal Supremo, en concreto la STS (Sala de lo Penal) núm. 1069/2006, de 2 de noviembre de 2006³⁸, ha establecido un criterio, según el cual, se considera que *“toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta, las formas imperfectas de participación por la propia Ley”*. La misma resolución no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el actor genuino.

Frente a esta interpretación extensiva de la forma de participación delictiva de este delito, se encuentran varias sentencias dictadas por el Tribunal Supremo – como la de la Sala de lo Penal núm. 865/2011, de 16 de noviembre de 2016³⁹– en las que se

³⁷ Alternativamente, podría incardinarse dicha conducta en el tipo básico del párrafo primero de dicho artículo

³⁸ RJ:2006\6830

³⁹ RJ: 2016\4971

consolida la doctrina del “favorecimiento del favorecedor”⁴⁰ con el fin de diferenciar ciertas conductas que, por la escasa participación, se escaparían del encuadramiento de la figura del concepto de autor, identificándose como participación en concepto de cómplice, cuestión que será detallada más adelante.

Entrando en materia sobre autoría y participación en los delitos contra la salud pública, comenzaremos realizando una mención a las formas de participación delictiva. En primer lugar, centraremos nuestra atención en la conocida “teoría del dominio funcional del hecho”. En palabras de LÓPEZ PEREGRÍN⁴¹ “*el dominio del hecho es considerado habitualmente como una teoría objetivo-subjetiva porque se refiere tanto a la existencia de una posición objetiva que determine un efectivo dominio, como a la necesidad de que se de una voluntad consciente de realizar el hecho*”. Por su parte, la STS (Sala de lo Penal) núm. 699/2005, de 6 de junio de 2005⁴², arguye que “*el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en el que la aportación se produce. Por esta razón, el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho, pues en la fase ejecutiva, la comisión del delito ya está fuera de sus manos*”. Por lo tanto, y suscribiendo lo dicho en la sentencia de referencia, la conducta de mi mandante debe ser considerada de partícipe y no de coautor, puesto que su actuación se ha remitido a la fase de preparación del delito al ser el custodio de la droga, sin participar en la posterior distribución de la misma.

En segundo lugar, y la más beneficiosa para nuestro caso concreto, está la “teoría de los bienes escasos” de GIMBERNAT⁴³, que establece que lo importante de la aportación es que sea complicado su reemplazo; en efecto, si se contribuye aportando un bien escaso según el contexto y la situación, se entenderá que una conducta es necesaria, mientras que, a *sensu contrario*, si el bien es común se tildará de complicidad. Esta

⁴⁰ La precitada STS (Sala de lo Penal) núm.1069/2006, de 2 de noviembre dispone en relación a esta forma de cooperación que son “*«actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico», los que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliar tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría*”.

⁴¹ LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., La complicidad en el delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 30, 48 y 56.

⁴² RJ:2005\3603

⁴³ GIMBERNAT ORDEIG ENRIQUE, Autor y Cómplice en Derecho Penal, 1966, págs. 51 y ss.

teoría de los bienes escasos ha sido acogida por la STS (Sala de lo Penal) núm. 6869/1994, de 26 de octubre de 1994⁴⁴ que establece en su Fundamento Jurídico 2º:

“Una reiterada doctrina jurisprudencial ha señalado que la distinción entre el cómplice y el cooperador necesario radica en la necesidad o no de la cooperación, conjugando diversos criterios, tales como el de la teoría de la conditio sine qua non, la del dominio del hecho o la del carácter de las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de escasez de medios, es decir, será cooperador necesario aquel que contribuya al hecho con una actividad difícil de conseguir, esto es, escasa. Por el contrario si se trata de una aportación fácilmente reemplazable, la cooperación no será necesaria [...]”.

Por tanto, en este caso, y siguiendo la “teoría de los bienes escasos” de GIMBERNAT, debería valorarse si la conducta de mi patrocinado se puede considerar como bien escaso o no. Partiendo de la base de que el principal investigado del bloque, Lucas Pérez, eligió a mi cliente como mero depositario de su droga (dado que éste no levantaría ninguna sospecha al no tener antecedentes penales) debe sopesarse si esa conducta necesariamente tuvo que ser llevada a cabo por Pedro o podría haberla realizado cualquier otra persona.

En definitiva, el principal motivo por el que fue elegido mi mandante para guardar la droga fue por ser una persona conocida de Lucas y no tener antecedentes penales, por lo que no le hacía sospechoso ante la Policía. El hecho de que Lucas lo eligiera no fue por tener una cualidad intrínseca sino por no contar con un historial delictivo relacionado con el mundo de la drogadicción, motivo por el cual mi mandante es fácilmente reemplazable. Por ende, considero que la conducta de mi patrocinado no puede ser considerada como un bien escaso puesto que su reemplazo no era complicado: él guardaba la droga de Lucas pero podría haberlo hecho cualquier otra persona en idénticas circunstancias, no siendo necesaria su colaboración y tildando esta conducta de complicidad.

⁴⁴ RJ: 1994\6869

Por ende, teniendo en cuenta que autor es el que realiza el hecho como propio (*animus auctoris*) y que partícipe es quien tiene simplemente ánimo de ayudar, de colaborar en la comisión del delito (*animus socii*). Podemos afirmar que, en el caso de mi cliente, y una vez estudiada de la “teoría de los bienes escasos”, su conducta es de mero cómplice dado que su aportación no puede considerarse necesaria para el resultado. Pues, a pesar de ser mi patrocinado quien custodiaba la droga que Lucas le pedía, podría haber sido cualquier otra persona que se encontrara en su situación, toda vez que Lucas ya venía realizando la conducta delictiva de tráfico de sustancias estupefacientes mucho antes de que Pedro le custodiara la droga. Por lo tanto, no es una aportación necesaria para el resultado del ilícito penal porque este se hubiera realizado en cualquier caso, colaborando mi mandante o no.

En contrapartida, el Ministerio Fiscal podría alegar que la STS (Sala de lo Penal) núm. 623/14, de 30 de septiembre de 2014⁴⁵, considera autoría los casos en los que solo se facilita el vehículo con habitáculo oculto para trasladar la droga en concierto con los demás interviniente. Resaltando en el caso que nos ocupa, la existencia de un informe que trata las transcripciones literales de las escuchas telefónicas realizadas a los investigados de esta causa, recoge una conversación entre mi cliente y el investigado principal en la que Pedro indica a Lucas cómo accionar el botón oculto en el maletero de su coche para poder acceder a un habitáculo y ver si encontraba la droga, siendo esta conducta considerada de autoría para parte de la jurisprudencia, como se ha mencionado anteriormente.

Por último, y en contraposición a lo que pueda aducir el Ministerio Fiscal, esta parte podría centrarse en la STS (Sala de lo Penal) núm. 518/2010, de 17 de mayo de 2010⁴⁶, en la que se establecen las diferencias entre la coautoría y la complicidad que, basándose en las precedentes STS (Sala de lo Penal) núm.1036/2003, de 2 de

⁴⁵ (RJ: 2014\3808) Esta resolución considera autoría esta conducta diferenciándola del caso de mínima colaboración de la siguiente manera: *“Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala no ha encontrado obstáculo conceptual para la admisión excepcional de la figura de la complicidad en relación con el delito de tráfico de drogas descrito en el art. 368 CP. Sin embargo, ha de tratarse de supuestos de colaboración mínima o de conductas auxiliares de escasa relevancia. No es lo que acontece en el presente caso, en el que el juicio histórico describe la decisiva aportación del recurrente a la ofensa al bien jurídico, ya que es el titular del vehículo en el que se verifica el intercambio y en el que se ha practicado un habitáculo ad hoc para la ocultación del estupefaciente, está en el lugar de los hechos participando de forma activa en él”*.

⁴⁶ RJ: 2010\2788

septiembre de 2003⁴⁷ y STS núm.115/2010, de 18 de febrero de 2010⁴⁸, entre otras, recogiendo dicha diferenciación así: *“el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador necesario que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquellos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados”*. Se trata, por tanto, de una participación accidental y de carácter secundaria. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Ello significa que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos:

a) Objetivo: la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo que reúnan los caracteres ya expuestos de mera accesoriedad o periféricos

b) Subjetivo: necesario conocimiento del propósito criminal del autor y la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquel

Continuando con los casos más significativos de complicidad, se han calificado por parte de la jurisprudencia⁴⁹ como complicidad los actos de menor relevancia, los casos de mínima colaboración o de favorecer o facilitar el favorecimiento, o cuando se realiza una aportación de escasa entidad o de carácter ocasional, sin formar parte de quienes realizan la operación de tráfico, estableciendo la siguiente enumeración:

1. La mera indicación y el acompañamiento hasta el lugar donde se vendía la droga, siempre que no haya un acuerdo previo y se trate de actos que facilitan la venta (SSTS (Sala de lo Penal) núm. 312/07, de 20 de abril de 2007, citada anteriormente)⁵⁰.

⁴⁷ RJ: 2003\5410

⁴⁸ RJ: 2010\507

⁴⁹ STS 312/2007, de 20 de abril de 2007 (RJ: 2007\2398), STS 767/2009, de 16 de julio de 2009 (RJ:2009\4704) y la STS 641/2014, de 1 de octubre de 2014 (RJ:2014\4091).

⁵⁰ En ella se concreta que *“Entre el cómplice y el autor debe existir un pacto expreso o implícito (pactum sceleris) en el que uno de ellos acepta el concurso o intervención del otro en una actividad secundaria, colateral o accesoria, no imprescindible para la consumación del delito. Habría que distinguir el alcance*

2. Quien recibe y descifra mensajes en clave en una operación de narcotráfico.
3. Ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía (STS (Sala de lo Penal) núm. 312/07, de 20 de abril de 2007⁵¹ y STS (Sala de lo Penal) núm. 1276/09, de 21 de diciembre de 2009⁵²).
4. Cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas.
5. Facilitación del domicilio de venta y precio de la droga.
6. Realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con terceros el transporte de la droga.
7. Acompañar y trasladar en sus vehículos a un hermano en sus contactos.
8. Realizar los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma.

En particular, para el delito contra la salud pública de tráfico de drogas, la STS (Sala de lo Penal) núm. 332/18, de 4 de julio de 2018⁵³ recoge expresamente que “*se subraya en las sentencias del TS⁵⁴ la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del art. 368 CP, dada la amplitud con la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor; de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el art. 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del “favorecimiento del favorecedor”, con la que se hace referencia a*

y naturaleza del acuerdo, instalándose en el campo de la autoría aquellos conciertos en que asumiendo los intervinientes el hecho delictivo como propio, se asignen cometidos o distribuyan funciones precisas para ejecutar el delito. Si tal afirmación se hace con carácter general, en el caso de autor, el acuerdo sobre la aportación causal al hecho aunque fuere accesoria e innecesaria, también integraría el concepto de autoría, porque nos hallaríamos ante una conducta de facilitamiento, favorecimiento o promoción de las demás actividades descritas en el precepto que integran el injusto típico”.

⁵¹ En esta STS se recoge la misma enumeración *supra* de los casos que la jurisprudencia considera complicidad en el delito de tráfico de drogas y, además, en el propio caso enjuiciado de esta Sentencia, considera que la conducta que realiza el acusado de avisar a su esposa de que venía la policía es una autoría conjunta de los hechos, dado que el recurrente no participa en el hecho de otro sino en el hecho propio y se beneficia directamente del tráfico ilegal, que precisamente se realiza en su domicilio

⁵² En dicha STS (RJ: 2009\7756) se considera complicidad el auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas en “*supuestos de colaboración de poca relevancia como la tenencia de droga que se guarda para otro de forma ocasional y de duración instantánea o casi instantánea”.*

⁵³ RJ: 2018\3095

⁵⁴ La STS (Sala de lo Penal) núm. 115/2010, de 18 de febrero de 2010, precitada anteriormente, la STS (Sala de lo Penal) núm. 473/2010, de 7 de mayo de 2010 (RJ: 2010\2804) y la STS (Sala de lo Penal) núm. 690/2013, de 24 de septiembre de 2013 (RJ: 2013\4763).

conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal auxiliaran a quien ejecutan los verdaderos actos típicos conforme al art. 368 CP”.

En suma, la conducta de mi cliente, D. Pedro Martín, se encuadraría dentro de la doctrina del “favorecimiento del favorecedor” en tanto en cuanto tenía la disponibilidad efectiva de la droga (ya que era el custodio de la misma) pero el transporte de esta era solo para ocultar la sustancia, no para el tráfico ilegal. De hecho, mi patrocinado entregaba la droga a Lucas a cambio de ser abastecido de sustancias para su consumo, sin tener conocimiento sobre cuál era el destino final de la droga.

En conclusión, la conducta de mi patrocinado es constitutiva de un delito de tráfico de drogas del tipo atenuado en concepto de cómplice. Habida cuenta que, como he señalado anteriormente, su actuación no puede ser considerada un bien escaso (ya que podría haberla realizado cualquier persona sin antecedentes penales) y, a la vez, era un mero custodio de la droga (únicamente ocultaba la misma) sin llegar a facilitar el consumo ilegal de la misma, siendo esta una conducta accesoria que solamente puede ser considerada de complicidad.

2. CUESTIONES PROCESALES

2.1. Valor probatorio de la diligencia de entrada y registro domiciliario

El art. 18.2 de nuestra Carta Magna dispone que *“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada y registro podrá hacerse sin el consentimiento del titular o resolución judicial salvo en los casos de flagrante delito”*. Este derecho protegido constitucionalmente encuentra también cobertura en nuestra LECrim, en concreto, en los preceptos reguladores de las entradas y registros domiciliarios, arts. 545 y ss. Por ello, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están facultados, en el ejercicio de sus funciones, a realizar la entrada y registro en determinadas situaciones amparadas por la licitud de su actuación, concretamente:

1. Consentimiento del titular (art. 551 LECrim)⁵⁵
2. Delito flagrante (art. 553 LECrim)⁵⁶
3. Autorización judicial (art. 558 LECrim)⁵⁷

En atención al caso que nos ocupa, nos centraremos en el primero de ellos. Con respecto a este y, en beneficio de mi cliente, es importante resaltar, tal y como dispone la STS (Sala de lo Penal) núm. 1803/2002, de 4 de noviembre de 2002⁵⁸, que el consentimiento autorizante del registro domiciliario debe ser *“Otorgado consciente y libremente, lo cual requiere:*

- a) *Que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase.*
- b) *Que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean*
- c) *Que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial”.*

En este sentido ya se había pronunciado nuestro Alto Tribunal, en STS (Sala de lo Penal) núm. 267/1998, de 2 de diciembre de 1998⁵⁹, concluyendo que *“El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en*

⁵⁵ *“Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que lo permita, ejecuta por su parte los actos necesarios de que él dependen para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el art. 18 de la Constitución del Estado”.*

⁵⁶ *“Los Agentes de Policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas, cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la Autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcionalidad o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el art. 384 bis [...]. Del registro efectuado, se dará cuenta inmediata el Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos”.*

⁵⁷ *“El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar”.*

⁵⁸ RJ: 2002\7291

⁵⁹ RJ 1998\7219

el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza". Por lo tanto, antes de prestar dicho consentimiento debe permitirse que el letrado se entreviste con el sujeto detenido, tal y como se deduce de la redacción del art. 520 LECrim, que prevé que el letrado informe al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación del consentimiento a la práctica de diligencias que le soliciten y que se practiquen.

A este respecto, el *TSJ de Murcia en su Circular 3/2015, de 6 de octubre, sobre buenas prácticas en materia de ejercicio de la fe pública en la investigación penal*, hace mención a que no es obligatoria la presencia de letrado en el momento en que se practique la diligencia de entrada y registro, tal y como aducen también las SSTS (Salas de lo Penal) núm.624/06, de 13 de junio de 2006 y la núm. 707/06, de 23 de junio de 2006⁶⁰, porque la sola presencia del Letrado de la Administración de Justicia con el interesado o persona que lo represente es suficiente para garantizar el derecho de defensa. Caso distinto es el del particular en cuyo domicilio se pretende practicar la diligencia cuando se encuentre detenido, siendo indispensable la asistencia letrada para la práctica de dicha diligencia.

Además es importante recordar la conclusión recogida por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 234/2016, de 17 de marzo de 2016⁶¹ donde afirma que *"El consentimiento del detenido a un registro domiciliario, prestado voluntariamente sin la presencia de su abogado, lo convierte en nulo"*. De hecho, se trata de una afirmación que el TS ya había ofrecido con anterioridad, siendo numerosa la jurisprudencia de esta Sala en la que se reconoce la obligatoriedad de la asistencia letrada para prestar el consentimiento a la práctica de una diligencia de entrada y registro cuando un sujeto se halla detenido (SSTS (Salas de lo Penal) núm. 678/2001, de 17 de abril de 2001⁶², la STS núm. 974/2003, de 1 de julio de 2003⁶³ y la STS núm.

⁶⁰ RJ: 2006\3836 y RJ: 2006\4010, respectivamente

⁶¹ RJ: 234\2016

⁶² Por ejemplo, en esta STS (RJ:2001\3130) se señala en el Fundamento Jurídico 1º que *"En el caso enjuiciado el registro domiciliario practicado por la policía en la vivienda del recurrente es nulo de pleno derecho puesto que, al haberse realizado a merced de un consentimiento prestado por el detenido sin asistencia letrada, se han vulnerado su derecho de defensa e inviolabilidad del domicilio del imputado, vulneraciones de derechos fundamentales que determinan la nulidad radical de la diligencia y la invalidez de prueba obtenidas en el curso de la diligencia (art. 11 LOPJ)"*.

⁶³ RJ: 2003\4601

420/2014, de 2 de junio de 2014⁶⁴ entre otras); en particular, la sentencia del Alto Tribunal (Sala de lo Penal) núm. 11/2011, de 1 de febrero de 2011⁶⁵, concluye que la presencia del letrado es preceptiva para que el consentimiento de un detenido al registro domiciliario sea válido, debiendo hacerse constar mediante diligencia policial⁶⁶ y dispone que *“El consentimiento a la realización de la diligencia es uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por lo que requiere que ha ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente a su derecho a la inviolabilidad, y también a su derecho de defensa”*. Máxime, cuando en su Fundamento Jurídico 6º recoge que *“Considera nulo de pleno derecho el registro domiciliario con infracción de derechos fundamentales, no solo al haberse realizado sin letrado, en cuanto no se ha dado información de derechos a los detenidos y privados de identidad, respecto a la posibilidad de designar letrado que asista al acto y defienda sus intereses en la causa penal, impidiendo en la práctica la presencia de letrado en tal acto, que si se permite a otras partes procesales cual Ministerio Fiscal, con infracción de igualdad de las partes procesales”*. Y así, la reciente STS (Sala de lo Penal) núm. 845/2017, de 21 de diciembre de 2017⁶⁷ ratifica esta decisión al afirmar que habrá nulidad del registro domiciliario cuando se haya practicado sin la presencia de letrado aunque el investigado haya consentido que la Policía lo efectúe.

En el presente caso consta en los autos una diligencia policial de entrada y registro al domicilio de mi cliente, D. Pedro Martín (ya entonces detenido), en la que, sin asistencia de letrado alguno, presta su consentimiento para que la Policía registre su domicilio. Esto es, en el momento en que mi cliente autoriza el registro domiciliario no estaba asistido de letrado que le pudiera asesorar, hallándose, por tanto, indefenso. Tal

⁶⁴ RJ: 2014\2204

⁶⁵ RJ: 2011\353

⁶⁶ En dicha STS 11/2011 el registro practicado por la Policía en la vivienda del recurrente es nulo de pleno derecho puesto que, al haberse realizado a merced de un consentimiento del detenido a un registro domiciliario si asistencia de un letrado, se ha vulnerado su derecho de defensa e inviolabilidad del domicilio del imputado, vulneraciones de derechos fundamentales que determinan la nulidad radical de la diligencia y la invalidez de las fuentes de prueba obtenidas en el curso de la diligencia. Por consiguiente, al integrar el núcleo sustancial de la prueba de cargo el hallazgo en el domicilio de la sustancia estupefaciente que incrimina al acusado, una vez declarada la nulidad de la intervención de a misma y de otros efectos ocupados en la vivienda, solo cabe dictar un fallo absolutorio debido a que no se cuenta con otros medios de prueba que permitan enervar la presunción de inocencia.

⁶⁷ RJ: 2017\4664

situación ha menoscabado su derecho fundamental a la información del detenido del art. 17.3 CE, vulnerando su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE y su derecho de defensa ex. art. 24.2 CE. Con lo cual y en conclusión, la entrada y registro domiciliario practicada debe ser declarada nula de pleno derecho conforme al art. 11.1 LOPJ al haber injerido dicha actuación policial en los derechos mencionados anteriormente, debiendo hacer constar esta situación como cuestión previa al inicio del juicio oral, tal como se detallará posteriormente en este Dictamen. Siendo esta la línea de defensa propuesta por esta parte para evitar que se tenga en cuenta la droga incautada en dicha diligencia y conseguir así aminorar, en caso de condena, la pena.

2.1.1. Licitud de las pruebas obtenidas

Llegados a este punto es importante diferenciar entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba. El primero versa sobre cómo los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso con base en los principios y normas previstos en la legislación. Por su parte, el segundo exige que todas las pruebas deban obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales que recoge nuestro ordenamiento jurídico. Sobre la base de estos dos principios, habría que diferenciar dos conceptos: prueba ilícita y prueba irregular habida cuenta que las consecuencias a efectos probatorios difieren.

La prueba ilícita es aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de algún derecho fundamental, mientras que la prueba irregular es la obtenida o practicada con infracción de la normativa procesal pero sin afectación de derechos fundamentales. Esta diferenciación es importante a la hora de practicar la regla de exclusión probatoria⁶⁸ con base en la cual no se reconocen efectos a las pruebas obtenidas con

⁶⁸ La regla de exclusión de las pruebas ilícitas se ha universalizado pero su naturaleza, alcance y efectos depende de cuál sea la explicación que ofrezca su fundamento. Esto puede realizarse mediante dos modelos explicativos diversos: a) el modelo norteamericano, caracterizado por la desconstitucionalización de la regla de exclusión, apareciendo en alguna Sentencia como la de *United States vs. Janis* (428 US 433, 1976) declarando que “*el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas*” y más adelante añade que “*la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada*”.); y b) el modelo europeo-continental, que reconoce en la regla de exclusión un componente no sólo ético sino de origen constitucional. En este segundo modelo, el propio reconocimiento del Estado de derecho – caracterizado por la funcionalización

vulneración de derechos fundamentales⁶⁹. A este respecto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán elaboró la “*teoría de los tres círculos o esferas*”, tal y como describen ROXIN ⁷⁰y JÄGER⁷¹ dependiendo del grado de afectación en el ámbito de protección de los derechos de la personalidad en relación con la dignidad de la persona humana. En atención a esta doctrina, se reconoce un núcleo esencial de protección jurídica a la esfera privada inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*. En la segunda esfera de protección, la admisibilidad de las intervenciones estatales dependerá de una ponderación entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos (que son los intereses de una administración de justicia penal funcional). Por último, en la tercera esfera, las intervenciones estatales se admitirían ilimitadamente al no existir, en realidad, afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Dentro de este modelo justificativo se situó nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 114/1984, de 29 de diciembre de 1984⁷² (dictada previamente al vigente art. 11.1 LOPJ), al configurar la regla de exclusión como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Con base en esta resolución, la interdicción de la admisión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales derivaba directamente de la Constitución por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes (ex. arts. 24.2 y 14 CE), debido a la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en su condición de inviolables.

No obstante, el TC español se ha ido desmarcando de esta línea argumental en resoluciones posteriores introduciendo referencias a las necesidades de disuasión inspiradas en la jurisprudencia norteamericana. De esta manera menciona la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación del derecho fundamental así

de todos los poderes públicos al servicio de garantía de los derechos fundamentales y a la consagración constitucional de estos últimos – sería el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas (Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano núm. 34/1973).

⁶⁹ El Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) en su sentencia de 14 de junio de 1960 establecía que “*no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio*”.

⁷⁰ ROXIN, C: *La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, págs.. 145 y ss.

⁷¹ JÄGER, C: *Problemas fundamentales de Derecho Penal y Proceso Penal*. Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires. 2003, págs. 93 y ss.

⁷² ECLI:ES:TC:1984:114

como la propia entidad objetiva de dicha vulneración, como puede verse recogido en la STC núm. 81/1998, de 2 de abril de 1998⁷³ que instauró la doctrina de la conexión de la antijuricidad ⁷⁴.

Un exponente de esta nueva línea argumental fue la STC núm. 49/1999, de 5 de abril de 1999⁷⁵, que introdujo un matiz novedoso al añadir que “*En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente legítimos*”. Ese término “en ocasiones” hace referencia a que la regla de exclusión, en cuanto a su eficacia directa, deja de tener un carácter absoluto.

Por otro lado, una de las cuestiones más problemáticas que presenta la prueba ilícita es el reconocimiento de efectos reflejos, siendo subsanada con la denominada “*doctrina de los frutos del árbol envenenado*” que tiene su base en el Caso Nardone vs. United States⁷⁶, y aludida en la STS (Sala de lo Penal) núm. 1380/99, de 6 de octubre de 1999⁷⁷ a través del denominado efecto dominó⁷⁸. Esto significa que la exclusión alcanza no solo a la prueba originaria practicada ilícitamente sino también a todas aquellas pruebas (derivadas de esta) que, aunque fuesen obtenidas lícitamente, tiene su origen en datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial.

En España, la regla de exclusión que recoge dicha eficacia refleja se encuentra plasmada en el art. 11. 1 LOPJ⁷⁹. Como señala el TS (Sala de lo Penal) en sentencia núm. 290/1999, de 17 de febrero⁸⁰,-la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo tiene como finalidad otorgar, en el ámbito de procesos jurisdiccionales, el máximo de protección a los derechos fundamentales

⁷³ ECLI:ES:TC:1998:81

⁷⁴ Las circunstancias hubieran llevado al mismo resultado cuando exista un nexo causal, es decir, una conexión de la antijuricidad entre ambas pruebas ilícitas.

⁷⁵ ECLI:ES:TC:1999:49

⁷⁶ (302 US 379,1939)

⁷⁷ RJ: 1999\6131

⁷⁸ El TS alude a este “efecto dominó” en la STS (Sala de lo Penal) núm. 992/99, 19 de junio de 1999 (RJ: 1999\4340), entre otras, esgrimiendo que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional, asegurando de este modo que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso.

⁷⁹ El art. 11.1 LOPJ afirma que “*En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

⁸⁰ RJ:1999\1073

constitucionalmente garantizados; y, al mismo tiempo, en el proceso penal, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación. La prohibición abarca la prueba en cuya obtención se haya vulnerado directamente un derecho fundamental y también aquellas otras que, habiéndose obtenido legalmente, se basan o derivan de la anterior. Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria y, como consecuencia del “efecto dominó”, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ellas (STS citada anteriormente núm. 1380/1999, 6 de octubre de 1999).

En lo que al caso respecta, estamos hablando de una entrada y registro en el domicilio de mi patrocinado con su consentimiento pero sin la presencia de letrado que pudiera asesorarle acerca de dicho consentimiento, que es un elemento indispensable, toda vez que el sujeto está detenido cuando lo presta. En cuyo caso, debe declararse nula, como ya se anticipó *ut supra*. A pesar de ello, cabría la posibilidad de que el Ministerio Fiscal o la acusación popular alegasen la excepción del “descubrimiento inevitable”, siendo esta una teoría norteamericana que establece que no cabe la exclusión de la prueba ilícita si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales, independiente de la inicial ilicitud cometida⁸¹. En todo caso, se requiere que se acredite fehacientemente que la prueba obtenida como resultado de una violación de derechos fundamentales hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original⁸². Sin embargo, esto podría ser rebatido desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, en la que no podría ser admitida esta excepción ya que la misma está sostenida sobre la base de simples conjeturas o hipótesis⁸³. La presunción de inocencia

⁸¹ Caso Nix vs. Williams: (467 US 431,1984 durante un interrogatorio ilegal el acusado confesó ser culpable de un homicidio y llevó a la Policía al lugar donde había enterrado a la víctima. El Tribunal Supremo Federal norteamericano admitió el resultado de la confesión inconstitucional sobre la base de que, aunque ésta nos e hubiera producido, el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado con tan sólo pocas horas de diferencia durante la batida policial que estaba teniendo lugar en la zona.

⁸² Nuestro TS ha aplicado esta excepción en su sentencia de 4 de julio de 1997 “*Inevitablemente y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega de alijo, realizada en un lugar público y sujeto a vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada. [...] La limitación del “descubrimiento inevitable” debe ceñirse a supuestos de actuaciones policiales realizadas de “buena fe”, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a acelerar por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardamente*”.

⁸³ Dichas hipótesis sería que toda vez que estaban investigando tanto a mi patrocinado como a Lucas Pérez, finalmente hubieran descubierto lo mismo, puesto que tarde o temprano hubiera surgido una

únicamente puede ser desvirtuada sobre datos que estén acreditados y obtenidos lícitamente.

Por ende y en conclusión, la falta de asistencia letrada en la práctica de esta diligencia supone una vulneración del art. 17.3 CE, con los efectos del art. 11.1 LOPJ, esto es, ineficacia total del consentimiento, imposibilidad de conferir validez al resultado de la entrada y registro efectuado siendo declarada radicalmente nula y, en consecuencia, declarar la invalidez de las fuentes de prueba obtenidas en el curso de la diligencia, considerándose dicha diligencia una prueba ilícita y practicando la correspondiente regla de exclusión de dicha entrada y registro del acervo probatorio, con las consecuencias que ello conlleva.

2.1.2. Momento procesal

Si bien es cierto que dichas transgresiones pudieron hacerse valer durante la fase de instrucción, es importante destacar que con carácter previo a asumir la representación de mi patrocinado, este contaba otro letrado de oficio que nada alegó acerca de las irregularidades producidas en el momento de practicarse la diligencia, debiendo haber proclamando la indefensión.

En la actualidad, el momento procesal oportuno para hacer valer nuestro derecho y alegar la nulidad de la diligencia de entrada y registro⁸⁴ será como cuestión previa en el acto de juicio de conformidad con el art. 786.2 LECrim⁸⁵, dejando constancia al mismo tiempo en nuestro escrito de defensa que se impugna la misma, mediante otrosí, con base en que el consentimiento prestado por mi mandante detenido para practicar la diligencia fue efectuado sin la correspondiente asistencia letrada que pudiera asesorarle sobre tal consentimiento, vulnerado sus derechos fundamentales de información del detenido del art. 17.3 CE, inviolabilidad del domicilio del art.18.2 CE y su derecho de defensa del art. 24.CE, deviniendo dicha prueba nula conforme al art. 11.1 LOPJ.

detención y el posterior registro domiciliario sin que vulnere garantías constitucionales de indefensión ni de inviolabilidad del domicilio de los arts. 17.3 y 18 de nuestra Carta Magna.

⁸⁴ Acta de entrada y registro domiciliario de mi patrocinado de 10 de marzo de 2015, en el que se hace constar la presencia de todos los intervinientes, denotando la falta de letrado defensor del detenido.

⁸⁵ Este precepto dispone que el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones, también llamada audiencia sanadora, para que las partes aleguen lo que estimen oportuno con base en la vulneración de algún derecho fundamental, nulidad de actuaciones o sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas, etc....

En este sentido, la STS (Sala de lo Penal) núm. 106/2017, de 21 de febrero de 2017⁸⁶, declaró la nulidad de intervenciones telefónicas mediante el auto resolutorio de las cuestiones previas planteadas por la defensa en la primera sesión del juicio; así como nulidad directa refleja de las fuentes de prueba que trajeran causa o relación con el citado auto. Máxime, el F.J 4º de dicha resolución recoge lo siguiente en relación a la pretensión de nulidad de la prueba como cuestión previa antes de iniciarse el plenario:

“La decisión anticipada del cuestionamiento de la licitud de un medio probatorio no solo es algo ajustado a la legalidad, sino que incluso con carácter general y en abstracto (aunque hay que apresurarse a apostillar que cada caso es cada caso) cuando se trata de nulidades probatorias comporta muchas ventajas (aunque también algún inconveniente) [...].

Hay que sopesar igualmente que en la declaración de nulidad de un medio probatorio están implicadas con frecuencia cuestiones fácticas que pueden estar precisadas de prueba específica. Muchas veces solo tras el desarrollo de la actividad probatoria existirán elementos de juicio suficientes para concluir si un medio de prueba era lícito o no y declarar su ilegalidad. En el debate preliminar del procedimiento abreviado no hay posibilidad de práctica de prueba, sino tan solo de efectuar alegaciones: por eso cuando la decisión ante la impugnación por ilegal de un medio de prueba no dependa exclusivamente de consideraciones jurídicas, tan solo se podrá contestar difiriendo la solución a la sentencia. [...]

Precisamente por ello se ha propuesto desde la doctrina importar del derecho anglosajón el llamado “voire dire” o “trial into the trial” (juicio dentro del juicio). Cuando se suscita una cuestión de validez probatoria el órgano judicial la resuelve con la práctica de la prueba que sea necesaria y con carácter previo al inicio del juicio propiamente dicho”.

⁸⁶ RJ:2017\11445

Concluyendo – además de dejar claro en el escrito de defensa la impugnación de la diligencia de entrada y registro domiciliario al haber vulnerado derechos fundamentales y, por tanto, devenir inconstitucional – esta parte deberá hacer constar la nulidad de la misma como cuestión previa y por los trámites del art. 786.2 LECrim, en el turno de alegaciones que deje el tribunal para hacer referencia a este tipo de actuaciones. Puesto que la ilicitud de dicha prueba es esencial para mi patrocinado, al pasar de un tipo delictivo atenuado (art.368.2 CP) si el juez denota la nulidad de la misma al estar viciado dicho consentimiento por la falta de presencia de letrado, a un tipo agravado (art. 369 CP) por tener en cuenta las cantidades incautadas en dicha prueba, con la consiguiente diferencia de pena que eso conlleva.

2.2. Posible atenuante de dilación indebida del art. 21.6 CP

En este momento se trata de dilucidar si el hecho de que la causa objeto del presente dictamen se haya prolongado tanto en el tiempo supone una circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida del procedimiento o simplemente se debe a la complejidad de la misma.

La dilación indebida en un procedimiento penal es una circunstancia atenuante que se encuentra recogida en el art. 21.6 CP. La afirmación de tal circunstancia en nuestro ordenamiento jurídico pasó por tres hitos con base en tres plenos no Jurisdiccionales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:

- a) El Pleno de 2 de octubre de 1992 acordó que, frente a la tesis de darles el valor de una atenuante analógica como así se había efectuado en varias ocasiones (STS núm. 12829/1991, de 14 diciembre 1991⁸⁷), debían quedar sus efectos extramuros del proceso, pudiendo servir para solicitar la concesión de un indulto y la indemnización correspondiente por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.
- b) El Pleno de 29 abril 1997, en el que se acordó que no existía base legal para aplicar una atenuante al acusado con apoyo en la vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones.

⁸⁷ RJ: 1991\12829

- c) El Pleno de 21 mayo 1999, en el que se efectuó un cambio jurisprudencial en el sentido de compensar la concurrencia de las dilaciones con la penalidad correspondiente al delito mediante la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 CP, con la posibilidad de darle, según la importancia, el valor de simple atenuante o de muy cualificada.

Finalmente, la atenuante de dilación indebida fue introducida por la *LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, constituyendo una importante novedad dado que se trataba de una circunstancia que no estaba prevista ni en el Anteproyecto de 2009 ni tampoco en el Proyecto de reforma del Código Penal aprobado por el Congreso de los Diputados; máxime fue introducida en el debate parlamentario *in extremis*, en el Senado. El legislador pretendía con ello cerrar el paso a otras posibles vías de reparación de la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas propuestas por la doctrina como, por ejemplo, la declaración de nulidad de actuaciones en casos de dilaciones graves (STS (Sala de lo Penal) núm. 94/07, de 14 de febrero de 2007⁸⁸).

El concepto de dilaciones indebidas se refiere tanto a la duración del procedimiento judicial hasta su finalización por encima de lo razonable, como a la paralización del proceso a partir de determinado momento por causas atribuibles al órgano judicial o al sistema STS (Sala de lo Penal) 556/06, de 31 de mayo de 2006⁸⁹). Cuando ello ocurre se produce una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas recogido en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna. Si bien, debe entenderse como proceso aquel que se desarrolla “*en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción*” (STC 43/1985, de 22 de marzo de 1985⁹⁰). No basta con aducir una larga duración del procedimiento, sino que han de concretarse los hechos concretos que suponen esa dilatación en el tiempo (STS (Sala de lo Penal) 1373/02, de 23 de julio de 2002)⁹¹.

⁸⁸ RJ: 2007\904

⁸⁹ RJ: 2006\7464

⁹⁰ ECLI:ES:TC:1985:43

⁹¹ La Sala (RJ: 2002\5650) esgrime que “*sin perjuicio de una excesiva prolongación del procedimiento, se reconozca o no la existencia de la dilación indebida, puede valorarse en la individualización de la pena conforme a las reglas generales, hay que señalar que aquélla no opera abstractamente, es decir, no basta con señalar que la duración del procedimiento no ha sido razonable con independencia de aducir*

El art. 6.1 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* se refiere al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. Por lo tanto, estamos hablando de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los tribunales. Para ello, y suscribiendo lo que establece la STS (Sala de lo Penal) núm. 1053/2007, de 18 de diciembre de 2007⁹² “*es preciso el examen de actuaciones concretas a fin de comprobar si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones y que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes. En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España)*”.

A este respecto, la STS (Sala de lo Penal) núm. 360/2014, de 21 de abril de 2014⁹³, nos recuerda que la Sala tiene establecido en resoluciones precedentes que la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse, unas veces, en la condición de simple y, otras, en la de especialmente cualificada, atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años (plazo que de por sí, se considera irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del art. 21.6º CP).

Como ejemplo, dado que hay atender siempre al caso concreto y a las circunstancias que lo envuelven, se han considerado como plazos irrazonables de duración de un proceso por parte de la jurisprudencia: a) nueve años de duración de proceso penal (STS (Sala de lo Penal) núm. 655/2003, de 8 de mayo de 2003⁹⁴); b) ocho

las situaciones procesales concretas que deben tenerse en cuenta para alcanzar la conclusión de la vulneración del derecho”.

⁹² RJ: 2007\8297

⁹³ RJ: 2014\1759

⁹⁴ RJ: 2003\3138)

años (STS (Sala de lo Penal) núm. 291/2003, de 3 de marzo de 2003⁹⁵); y, c) Inclusive se ha llegado a considerar como plazo irrazonable 5 años de duración de la causa, con la consiguiente aplicación de la atenuante simple (STS (Sala de lo Penal) núm. 271/2010, de 30 de marzo⁹⁶).

Para ponderar la aplicación de atenuante de dilaciones indebidas en la modalidad de muy cualificada, tiene establecido la STS (Sala de lo Penal) núm. 771/2014, de 30 de abril de 2014⁹⁷, que ha de partirse de la premisa de que no es suficiente con que las circunstancias particulares del caso permitan hablar de una dilación del proceso extraordinaria, sino que ha de tratarse de una dilación especialmente extraordinaria o superextraordinaria, a tenor de la redacción del art. 21.6 CP. Se requieren supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente. Y así, según la sentencia (Sala de lo Penal) núm. 526/2013, de 25 de junio de 2013⁹⁸, los elementos que deben ser tenidos en consideración para apreciar la atenuante de dilación indebida son los siguientes:

- a) Grado de complejidad de la causa.
- b) Márgenes de duración de procedimientos de similares características.
- c) Interés que arraiga quien invoca la dilación indebida.
- d) Comportamiento procesal de la parte que demanda el reconocimiento de dilaciones indebidas.
- e) Actuación del órgano judicial.

Lo que se pretende es plasmar legalmente una práctica jurisprudencial consolidada que venía aplicando de forma unánime una circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas que tuvo su origen en el precitado Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999. Los cuatro componentes de la atenuante son:

- a) Dilación extraordinaria.
- b) Dilación indebida en la tramitación del procedimiento.

⁹⁵ RJ: 2003\1439

⁹⁶ RJ 2010\1877

⁹⁷ RJ:2014\4382

⁹⁸ RJ: 2013\3393

- c) No atribuible al propio inculpado.
- d) Falta de proporción con la complejidad de la causa.

Se produce una dilación extraordinaria cuando se supere sobradamente la duración habitual de un procedimiento de similar naturaleza. En nada obsta que se trate de dilaciones motivadas por razones estructurales (deficiencias organizativas de los juzgados, inasumible volumen de trabajo, etc.). Quedan excluidas del concepto de dilaciones extraordinarias las consistentes en el mero incumplimiento de plazos procesales previstos para el dictado de resoluciones o actos de tramitación (STC núm. 100/96, de 11 de junio de 1996⁹⁹).

La STS (Sala de lo penal) núm. 526/2013, de 25 de junio mencionada anteriormente, recoge el criterio seguido en numerosas sentencias (STS (Sala de lo Penal) núm. 1497/2010, de 22 de julio de 2010, y la STS (Sala de lo Penal) núm. 505/2009, de 14 de mayo de 2009¹⁰⁰, entre otras) por el que no es necesario que el acusado previamente advierta al órgano judicial de los retrasos que se estaban produciendo en el proceso. Máxime, la propia STS (Sala de lo Penal) núm. 505/2009 esgrime lo siguiente en relación con esta cuestión:

“En el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE, sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza. La obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (art 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso

⁹⁹ ECLI:ES:TC:1996:100

¹⁰⁰ RJ: 2010\11554 y RJ:2009\3316, respectivamente

contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables".

Otro de los requisitos expuestos es que la dilación no sea atribuible al propio inculpado. Según la jurisprudencia mayoritaria, para que lo sea, es necesario que haya sido provocada por él, no bastando, por tanto, el simple hecho de no haber denunciado ante el órgano judicial las provocadas por un tercero (STS (Sala de lo Penal) núm. 480/09, de 22 de mayo de 2009¹⁰¹).

En adición, la STS (Sala de lo Penal) núm. 1336/05, de 2 de febrero de 2005¹⁰² dice que la redacción del numeral 6º del art. 21 CP, no impone que la dilación haya sido provocada por el órgano judicial. Se incluyen, por tanto, los casos de retraso extraordinario del procedimiento por la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad o por la actuación de otra parte procesal. Por ende, la dilación no guardará “proporción con la complejidad de la causa” cuando, atendiendo a la mayor o menor dificultad de los actos procesales pendientes de dictarse, exista alguna paralización del procedimiento sin justificación procesal (STC núm. 100/96, de 11 de junio citada anteriormente). Ejemplos de ello podemos encontrar en la STS (Sala de lo Penal) núm. 40/09, de 28 de enero de 2009¹⁰³, que establece que la causa ha tenido complejidad cuando ello resulta con claridad tanto de la gravedad de los hechos como de la complicación de las investigaciones y del número elevado de partes en la causa, dado que había quince procesados y, por lo tanto, hubo una duplicación de los trámites a realizar por tal razón, tanto en la fase de instrucción (con dilatadas intervenciones telefónicas) como especialmente en la intermedia (con el traslado para la instrucción y luego para calificación de tan numerosas partes, de juicio oral y de confección de la sentencia de instancia)¹⁰⁴.

¹⁰¹ RJ:2009\3057

¹⁰² RJ: 2005\560

¹⁰³ RJ:2009\227

¹⁰⁴ Por su parte, la STS 960/08 señala que *“el procedimiento ha presentado una especial complejidad como lo evidencia los numerosos volúmenes y miles de folios que integran a causa, atendida la pluralidad de procesados, los complicados dictámenes periciales y las comisiones rogatorias al extranjero, lo que ha determinado que se prolongase más tiempo de que es usual en otras causas más sencillas”*.

En el caso que estamos analizando, tenemos dos opciones para alegar la atenuante de dilaciones indebidas, por dos motivos diferentes. En primer lugar, han pasado más de cuatro años desde el auto en el que se incoaban Diligencias Previas, concretamente, el 17 de marzo de 2015, siendo cuestionable la duración de estas. En segundo lugar, han pasado casi tres años desde el Auto de 9 de marzo de 2017, por el que se dio por finalizada la fase de instrucción con el auto de continuación¹⁰⁵ de la tramitación por los cauces de procedimiento abreviado¹⁰⁶, emplazando al Ministerio Público para que en el plazo de 10 días solicitase la apertura del juicio oral (formulando escrito de acusación), el sobreseimiento de la causa o, por último y excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias; siendo dicho auto la última actuación de la que se tiene noticia¹⁰⁷.

En cuanto al tiempo que transcurre para dar por concluida la instrucción (*a los efectos de considerar si la causa debiera haber concluido ya*), se ha de observar, por un lado, si se ha producido una paralización injustificada, dado que, en muchos casos, la complejidad del asunto y las numerosas diligencias que se practican (con los correspondientes resultados) pueden prolongar en el tiempo dicha fase sin que exista mala fe ni intención de demorar la causa. Y Ahora bien, pese a encontrar justificación de la dilatación por estas causas, es importante resaltar la necesidad de solicitar la correspondiente prórroga (novedad introducida en 2015¹⁰⁸) alegando que se trata de una causa compleja (art. 324.1.II LECrim). De lo contrario, podría dar lugar a dilaciones indebidas o, en el caso de que el fiscal solicitase diligencias complementarias, inadmitirse por transcurso del plazo legal previsto¹⁰⁹, de conformidad con el art. 324

¹⁰⁵ Este auto se conoce como “auto de transformación” porque, a través de él, las diligencias previas se transforman en procedimiento abreviado.

¹⁰⁶ Art. 779.1.4º LECrim: “1.Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: [...]”

Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775”.

¹⁰⁷¹⁰⁷ Y así lo dispone el art. 780.1 LECrim por el que “*Si el Juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en este capítulo, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, en el caso del apartado siguiente”.*

¹⁰⁸ Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

¹⁰⁹ Art. 324.5 LECrim: “*Cuando el Ministerio Fiscal o las partes, en su caso, no hubieran hecho uso de la facultad que les confiere el apartado anterior, no podrán interesar las diligencias de investigación*

LECrim. Incluso hacer valer este precepto para invalidar aquellas que se realizaron pasado el tiempo legal previsto al no haberse solicitado la prórroga.

En lo que atañe a la primera de las situaciones y haciendo alusión a nuestra causa, las circunstancias concretas que reviste – en particular el hecho de que sean ocho investigados en cada bloque y existan cuatro bloques de investigación – podría ocasionar problemas para plantear esta atenuante analógica dado que la STS (Sala de lo Penal) núm. 80/08, de 30 de enero de 2008¹¹⁰ (en la que hubo un retraso de cuatro años desde la instrucción de la causa en 2003 hasta la publicación de la sentencia en 2007) concreta que *“la pluralidad de imputados y los recursos planteados ha dificultado una mayor rapidez en el enjuiciamiento, sin que ese retraso pueda ser calificado de indebido”*. Por su parte, la STS (Sala de lo Penal) núm. 908/2011, de 29 de junio de 2011¹¹¹, al resolver un recurso de casación en el que se solicitaba la aplicación de la atenuante de dilación indebida como muy calificada cuando en la sentencia ya se apreció la atenuante simple¹¹², recuerda que *“la Jurisprudencia ha admitido que la atenuante de dilaciones indebidas pueda ser reputada como muy cualificada pero que para ello es necesario que aparezca un plus en la excesiva duración del proceso o en la existencia de demoras injustificadas, lo que en el presente caso no consta, más allá de la fundamentación que ha llevado a considerar la atenuante como simple”*. Por ejemplo, en la STS (Sala de lo Penal) núm. 533/03, de 11 de abril de 2003¹¹³, había 17 procesados, lo que hizo algo compleja la tramitación de la causa, dilatándose el trámite más de lo debido, y esto ha de tener repercusión mediante la aplicación de esta atenuante analógica¹¹⁴.

complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de esta Ley”.

¹¹⁰ RJ:2008\1788

¹¹¹ RJ:2011\5650

¹¹² En esta sentencia se dispone que el orden cronológico de los hechos fue el siguiente: *“1. Las diligencias policiales que dieron lugar a la incoación del procedimiento se iniciaron el 25/8/2005. [...] 7. El 25/9/2007 se dictó auto de continuación de las Diligencias por los tramites del Procedimiento Abreviado. 8. El 10/1/2008, al darse traslado al Fiscal para que formulara escrito de acusación, aquél interesó la declaración de tres testigos e interesó que con tal fin se suspendiera el plazo para evacuar el escrito de acusación. [...] 10. El 7/4/2010, el Fiscal formuló el escrito de acusación [...]”*.

¹¹³ RJ:2003\2592

¹¹⁴ Hay que añadir que en la STS (Sala de lo Penal) núm. 322/04 la complejidad de la causa por lo voluminoso de la misma, las múltiples diligencias practicadas, los numerosos inculcados en la misma, la derivación sobre blanqueo de capitales que finalmente no mereció la acusación del Ministerio Fiscal, y el hecho de ser revocó la conclusión del sumario con nuevo emplazamiento, así como el cambio de uno de los abogados, determinan que la atenuante sea ordinaria y no muy cualificada.

Como ejemplo para tratar el retraso del Ministerio Fiscal en formular su escrito de calificación, la STS (Sala de lo Penal) núm. 521/2012, de 21 de junio de 2012¹¹⁵ confirma que *“Sobre las dilaciones indebidas consideramos que la duración del proceso, ocho años, y de los periodos de demora en la fase intermedia hasta la celebración del juicio (un año para instrucción de las partes, dos años para el señalamiento y la celebración del juicio) son acreedores de una atenuante simple de dilaciones indebidas, ya que, aunque no existiera paralización, no se pueden considerar plazos normales. De esa manera los acusados habrían sufrido una lesión a su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que se encuentra recogido en el art.24.2 de la Constitución y en el 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que ha de repararse en este mismo proceso mediante la apreciación de esa atenuante analógica (art. 21.6° CP). La jurisprudencia ha elaborado esa construcción jurídica a partir del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 21.5.1999 que determinó la posibilidad de reparar, en el propio proceso penal en el que había tenido lugar, la dilación indebida, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, mediante su compensación a través de una reducción de la pena, y su criterio fue expuesto y razonado por la conocida sentencia de fecha 8 junio 1999, primera de una serie que la confirman. En ella se decía que "la lesión de un derecho personal del acusado tiene que ser abonada por el Tribunal en la determinación de la pena, pues, como se dice en la doctrina moderna, mediante los perjuicios anormales del procedimiento, que el autor ha tenido que soportar, ya ha sido (en parte) penado...."*

Además, la STS (Sala de lo Penal) núm. 521/2011, de 9 de junio de 2011¹¹⁶ concluye que *“Entre el auto de transformación y el escrito de calificación del Fiscal transcurren 9 meses, y entre su escrito de calificación y el juicio, un año. [...] Allí se describen los periodos de paralización que señala el recurrente y que ha sufrido este procedimiento, que ha tardado en tramitarse cuatro años, entre ellos, los derivados de dos revocaciones de la resolución de conclusión del Sumario, la última de ellas evitable, pues ya constaba el informe analítico de la droga, pero también las características de la causa, con intervenciones telefónicas que ha sido necesario transcribir, y con informes periciales que ha sido preciso realizar, señalando asimismo el retraso derivado de la presentación de uno de los escritos de defensa, circunstancias*

¹¹⁵ RJ:2012\4735

¹¹⁶ RJ:2011\3517

unas y otras que le conducen aplicar la atenuante pretendida como simple y no como muy cualificada”.

En suma, aunque la causa se haya dilatado cuatro años en el tiempo desde la incoación de las diligencias previas, es difícil apreciar la atenuante de dilación indebida como muy cualificada con base en la jurisprudencia citada *ut supra* (y que se inclina en contra de aplicar dicho atenuante en dicho grado para causas tan complejas y con gran cantidad de investigados) ya que puede hacer que se retrase la calificación provisional sin ser considerado como un retraso indebido e injustificado. Sin embargo, a pesar de que la causa pudiera haber sido tildada de compleja, no se solicitó la correspondiente prórroga, por lo que el Ministerio Fiscal y las demás partes no podrán solicitar la práctica de diligencias complementarias de acuerdo al art. 324.5 LECrim.

En conclusión, esta parte (en el momento en que sea emplazada) invocaría en su escrito de defensa como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal (ex. art. 650 LECrim), la aplicación de la atenuante simple de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP. Pues, por una parte, y suscribiendo lo dicho en la STS (Sala de lo Penal) núm. 521/2011, de 9 de junio de 2011, los plazos en los que se ha instruido la causa no son normales y, por otra, el hecho de estar casi tres años sin que el Ministerio Fiscal haya presentado su correspondiente escrito de acusación y, por lo tanto, sin haber sido emplazada esta parte para realizar su consiguiente escrito de defensa, creando una merma en el derecho de mi representado a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE. En conclusión, será procedente, y así se solicitará por esta parte, la aplicación de dicha atenuante debiendo reducir la pena en uno o dos grados.

VI. CONCLUSIONES

1. En primer lugar, en lo que respecta al tipo delictivo en el que son subsumibles los hechos objeto del presente dictamen y una vez analizados los ilícitos penales previstos en los arts. 368 y 369 CP, podemos concluir que la conducta de mi patrocinado, D. Pedro Martín, debería incardinarse en el supuesto del tipo atenuado del art. 368 ordinal segundo CP, atendiendo a la “menor entidad del hecho” y a las “circunstancias personales”.

Ello es así debido a que el Sr. Martín no se dedica al tráfico de sustancias estupefacientes siendo un mero depositario o custodio de una cantidad de anfetamina que el principal investigado de la causa, D. Lucas Pérez, le solicitaba que guardase a cambio de abastecerle de otras sustancias para su consumo; habiendo actuado mi mandante movido por su drogadicción y sin ánimo de traficar con esas sustancias, tal y como acredita el Informe de sustancias psicoactivas donde se demuestra que ha sido adicto a estas sustancias desde los 15 años. De hecho, mi cliente todavía no ha podido recuperarse de su problema y se encuentra actualmente en un Centro de Desintoxicación en Málaga.

2. En cuanto al grado de participación de mi patrocinado se trata de una participación como cómplice habida cuenta que puede encuadrarse dentro de los actos que menciona la doctrina del “favorecimiento del favorecedor”: tenía la disponibilidad efectiva de la droga por ser el depositario de la misma pero con el único fin de ocultarla, sin tener por qué saber el destino que el Sr. Lucas Pérez (investigado principal) le iba a dar a la misma. En resumen, su conducta se reducía a los actos de preparación del delito, por lo que su aportación al mismo debe de ser considerada de partícipe en función de la “teoría del dominio del hecho”.

La conducta se tilda de complicidad por el hecho de no constituir un bien escaso para la realización de delito dado que su conducta la podría haber realizado cualquier persona que estuviera en su situación, es decir, no contara con antecedentes penales, hecho que no le hacía sospechoso ante la Policía, sin ser su actuación necesaria para la perpetración del delito.

3. En cuanto a la licitud de la diligencia de entrada y registro, esta debe considerarse nula (ex. art. 11.1 LOPJ) y, por lo tanto, debe excluirse para enjuiciar el caso todo lo hallado durante el registro efectuado. La ilicitud radica en el hecho de que, a pesar de que mi cliente otorgó libre y conscientemente su consentimiento para que se practicara la diligencia, lo hizo sin estar presente su letrado, requisito necesario porque estaba detenido cuando lo prestó. Ello dejó a mi patrocinado indefenso.

Esta irregularidad se hará valer como cuestión previa en el acto del juicio (art. 786.2 LECrim), incorporando también en nuestro escrito de defensa la impugnación de la diligencia alegando la vulneración del derecho fundamental de información del detenido (art. 17.3 CE,) de inviolabilidad del domicilio (art.18.2 CE)y su derecho de defensa (art. 24.CE), debiendo declarara el órgano jurisdiccional la nulidad de pleno derecho de dicha prueba y la consiguiente exclusión de la misma del acervo probatorio.

4. En el supuesto de que la parte acusadora, con el fin de desvirtuar la nulidad de la diligencia (prueba esencial para poder acusar a mi mandante de delito de tráfico de drogas en su modalidad agravada), alegase la “teoría del descubrimiento inevitable”, aduciendo que tarde o temprano hubieran incautado esa cantidad de sustancia mediante un registro que se hubiera realizado sin deficiencias porque ya se les estaba siguiendo la pista hace mucho tiempo mediante las intervenciones telefónicas. Sin embargo, no puede basarse en simples hipótesis de lo que podría haber sido y no fue, para poder desvirtuar la nulidad probatoria. La diligencia de entrada y registro domiciliario debe declararse nula con la consiguiente exclusión de todas las fuentes de prueba que pudieran desprenderse de dicha diligencia, constando únicamente las intervenciones telefónicas y lo incautado en la detención de sr. Martín.

En lo que atañe a la demora provocada por el Ministerio Fiscal (emplazado mediante auto de 9 de marzo de 2017 para que en el plazo de 10 días solicitase la apertura del juicio oral (formulando escrito de acusación), el sobreseimiento de la causa o la práctica de diligencias complementarias, sin que en la actualidad se haya producido), nos permite invocar en nuestro escrito de defensa (ex. art. 650 LECrim), la atenuante de dilaciones indebidas en su modalidad simple del art. 21.6 CP con el fin de conseguir rebajar en uno o dos grados la pena de mi patrocinado; toda vez que se ha producido una merma de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE, que conlleva la aplicación de dicha atenuante con la reducción de la pena.

5. En cuanto al tiempo que transcurre para dar por concluida la instrucción a los efectos de poder invalidar las diligencias desarrolladas fuera de plazo (ex. art. 324 LECrim); debemos hacer uso de este instrumento puesto que no se ha solicitado la correspondiente prórroga alegando que se trata de una causa compleja (art. 324.1.II LECrim).

6. Por otro lado, y atendiendo a la posible futura sentencia condenatoria, esta parte solicitaría medidas de seguridad consistente en internamiento en centro de deshabitación del art. 96.1.2º CP, que debería ser aplicada por el órgano jurisdiccional a la vista del informe de sustancias psicoactivas de mi cliente, el Sr. Martín, en el que, como se ha reiterado sucesivamente, alega su grave problema de drogadicción desde los 15 años, siendo conveniente que continuara su internamiento en el centro de Málaga en el que se encuentra actualmente.

7. Una vez haya finalizado el juicio, si resulta condenado mi patrocinado, se intentaría conseguir la suspensión de la pena de conformidad con el art. 80 CP. En cuyo caso, el juez deberá decidir sobre dicha suspensión con base en diversos aspectos tales como ser la peligrosidad criminal, es decir, la posibilidad de que vuelva a delinquir. De hecho, el art. 80.5 CP contiene una regla especial para quienes hubieran cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias de art. 20.2 CP, siempre que se certifique por centro debidamente acreditado que el condenado está recuperado o sometido a tratamiento, no debiendo abandonar el tratamiento hasta su finalización.

Esta es la opinión que se emite como dictamen y que sometemos a otra mejor fundada en derecho. Formulada en fecha 12 de Diciembre de 2019.

VII.BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 30, 48 y 56.
- GIMBERNAT ORDEIG E, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, 1966, págs. 51 y ss.
- ROXIN,C: *La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, págs.. 145 y ss.
- JÄGER, C: *Problemas fundamentales de Derecho Penal y Proceso Penal*. Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires. 2003, págs. 93 y ss.
- *Esquemas de derecho procesal penal*, Tomo III, 4º ED, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Constitución Española de 1978
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963, y 20 de enero de 1966, respectivamente.
- Circular TSJ Murcia 3/2015, de 6 de octubre, sobre buenas prácticas en materia de ejercicio de la Fe Pública en la investigación penal. Tribunal Superior de Justicia (Región de Murcia). 2015.
- Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001
- Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999
- Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005
- Cuadros cantidades de notoria importancia y dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas, actualmente vigente. Instituto Nacional de Toxicología, 1 de diciembre de 2009.

VIII. JURISPRUDENCIA

- Tribunal Supremo:
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 366/15, de 16 de junio de 2015 (RJ:2015\2847)
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 841/2003, de 12 de junio de 2003 (RJ: 2003\4064)
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 748/2002, de 23 de abril de 2002 (RJ: 2002\28959).
 - STS (Sala de lo Penal) núm.360/04, de 18 de marzo de 2004 (RJ:2004\1905)
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 724/14, de 13 de noviembre de 2014 (RJ:2014\4447).
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 933/2013, de 12 de diciembre de 2013 (RJ:2013\5906).
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 84/2015, de 18 de febrero de 2015 (RJ: 2015\671)
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 850/2013, de 4 de noviembre de 2013 (RJ:2013\5455).
 - STS (Sala de lo Penal) 1889/2000, de 11 de diciembre de 2000 (RJ: 2000\9063).
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 1762/2003, de 30 de diciembre de 2003 (RJ:2003\8532).
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 299/15, de 14 de mayo de 2015 (RJ:2015\2081).
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 291/2014, de 4 de abril de 2014 (RJ:2014\1446).
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 696/2007, de 9 de julio de 2007 (RJ:2007\5273).
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 298/2004, de 12 de marzo de 2004 (RJ:2004\1713).
 - STS (Sala de lo Penal) núm. 674/2015, de 10 de noviembre de 2015 (RJ:2015\4696).

- STS (Sala de lo Penal núm. 624/2016, de 13 de julio de 2016 (RJ: 2016\3516).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 865/2011, de 16 de noviembre de 2016 (RJ: 2016\4971)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 535/2013, de 18 de junio de 2015 (RJ: 2013\3430).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 185/2014, de 11 de marzo de 2014; (RJ: 2014\1000).
- STS (Sala de lo Penal) 536/2014, de 27 de junio de 2014 (RJ: 2014\2698).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1243/2011, de 22 de noviembre de 2011 (RJ:2011\7785).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 191/2014, de 10 de marzo de 2014 (RJ:2014\867).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1069/2006, de 2 de noviembre de 2006 (RJ:2006\6830).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 609/2011, de 15 de junio de 2011 (RJ: 2011\4853)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 518/2010, de 17 de mayo de 2010 (RJ:2010\2788)
- STS (Sala de lo Penal núm. 1036/2003, de 2 de septiembre (RJ:2003\5410).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 115/2020, de 18 de febrero de 2010 (RJ:2010\507).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 312/2007, de 20 de abril de 2007 (RJ:2007\2398).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1276/2009, de 21 de diciembre de 2009 (RJ:2009\7756).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 473/2010, de 7 de mayo de 2010 (RJ:2010\2804)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 690/2013, de 24 de septiembre de 2013 (RJ:2013\4763)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1803/2002, de 4 de noviembre de 2002 (RJ:2002\7291)

- STS (Sala de lo Penal) núm. 267/1998, de 2 de diciembre de 1998 (RJ:1998\7219)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 974/2003, de 1 de julio de 2003 (RJ:2003\4601).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 420/2014, de 2 de junio de 2014 (RJ:2014\2204).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 678/2001, de 17 de abril de 2001 (RJ:2001\3130).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 11/2011, de 1 de febrero de 2011 (RJ:2011\353).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 845/2017, de 21 de diciembre de 2017 (RJ:2017\4664).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 992/1999, de 19 de junio de 1999 (RJ:1999\4340).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1378/1999, de 6 de octubre de 1999 (RJ:1999\6140).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 290/1999, de 17 de febrero de 1999 (RJ:1999\1073).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 12829/1991, de 14 de diciembre de 1991 (RJ:1991\12829).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 94/2007, de 14 de febrero de 2007 (RJ:2007\904).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 6869/1994, de 26 de octubre de 1994 (RJ:1994\6869).
- STS (Sala de lo Penal) núm.1053/2007, de 18 de diciembre de 2007 (RJ:2007\8297).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 360/2014, de 21 de abril de 2014 (RJ:2014\1759).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 655/2003, de 8 de mayo de 2003 (RJ:2003\3138).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 291/2003, de 3 de marzo de 2003 (RJ:2003\1439).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 271/2010, de 30 de marzo de 2010 (RJ:2010\1877).

- STS (Sala de lo Penal) núm. 526/2013, de 25 de junio de 2013 (RJ:2013\3393).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1497/2010, de 22 de julio de 2010 (RJ:2010\11554).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 505/2009, de 14 de mayo de 2009 (RJ:2009\3316).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 480/2009, de 22 de mayo de 2009 (RJ:2009\3057).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1336/2005, de 2 de febrero de 2005 (RJ:2005\560).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 40/2009, de 28 de enero de 2009 (2009\227).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 80/2008, de 30 de enero de 2008 (RJ:2008\1788).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 531/2011, de 9 de junio de 2011 (RJ:2011\3517).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 533/2003, de 11 de abril de 2003 (RJ:2003\2592).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 322/2004, de 12 de marzo de 2004 (RJ: 2004\1727)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 908/2011, de 29 de junio de 2011 (RJ:2011\5650).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 521/2012, de 21 de junio de 2012 (2012/4735).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 767/2009, de 16 de julio de 2009 (RJ:2009\4704).
- STS (Sala de lo Penal) 641/2014, de 1 de octubre de 2014 (RJ:2014\4091).
- STS (Sala de lo Penal) núm. 312/2007, de 20 de abril de 2007 (RJ:2007\2398).

- Tribunal Constitucional:
 - STC núm. 100/1996, de 11 de junio de 1996 (ECLI:ES:TC:1996:10)
 - STC núm. 43/1985, de 22 de marzo de 1985 (ECLI:ES:TC:1985:43)
 - STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:114)
 - STC núm. 81/1998, de 2 de abril de 1998 (ECLI:ES:TC:1998:81)
 - STC núm. 49/1999, de 5 de abril de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:49).

- Tribunales Extranjeros:
 - Caso Nix vs. Williams (467 US 431, 1984).
 - Caso United States vs. Janis (428 US 433, 1976)
 - Caso Nardone vs. United States (302 US 379, 1939).
 - Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano núm. 34/1973