

## LA PERTINENCIA Y LA UTILIDAD DE LA PRUEBA. ATENUANTE DE CONFESIÓN TARDÍA

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

---

### EXTRACTO

La pertinencia y la utilidad de la prueba para acreditar el consumo de estupefacientes dependen del tiempo en el que se solicite, lo cual es determinante para demostrar la imputabilidad y saber el grado de afectación psicofísica el día de la comisión de los hechos. De ahí que no quepa anular la sentencia por falta de garantías, tras realizarse un juicio *ex post*.

En los casos en que no sea posible aplicar la atenuante del artículo 21.5.<sup>a</sup> de reparación del daño, podría intentarse la analógica del 21.7.<sup>a</sup> del CP, siempre y cuando las revelaciones o confesiones –aun tardías– fueran determinantes e importantes, y no el fruto de una mera estrategia defensiva sin consistencia, cuando resulta que nada hay que probar al tratarse de un delito flagrante, por lo que la defensa carecería de argumentos sólidos en los cuales fundar su acción procesal.

**Palabras clave:** prueba y su pertinencia; atenuante de confesión.

---

*Fecha de entrada: 13-11-2017 / Fecha de aceptación: 23-11-2017*

## ENUNCIADO

Dos hermanos circulan con el vehículo propiedad de uno de ellos hacia el barrio de La Mina, lugar conocido porque en él se trafica con drogas. Juan conduce el coche y Enrique tiene interés en contactar con suministradores, para comprar droga y distribuirla después por el barrio. Con este plan definido, en la noche del 25 de enero de 2016, una vez en el lugar indicado, mientras Juan espera dentro del coche, Enrique sale y se provee de varias cantidades de drogas repartidas en distintas bolsitas. La Guardia Civil, que se encontraba actuando por la zona efectuando labores de vigilancia y control de tráfico de sustancias estupefacientes, al observar todo el proceso de los hermanos, procedió a su detención, tras la última adquisición.

Ambos fueron condenados como autores del delito de tráfico de drogas, si bien uno de ellos, Enrique, colaboró en el acto de la vista confesando tardíamente el hecho. Con carácter anticipado, Juan solicitó la prueba cromatológica para analítica capilar, con el fin de acreditar su consumo de sustancias estupefacientes. La prueba fue solicitada en el escrito de defensa y reiterada en el acto de la vista. La prueba le fue denegada por el tiempo transcurrido.

### *Cuestiones planteadas:*

1. ¿Es correcta la denegación de la prueba pedida y vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución española? ¿Prosperaría, en su caso, el recurso de casación por este motivo?
2. ¿La confesión tardía de la autoría tiene alguna relevancia penal?

## SOLUCIÓN

1. La denegación de la prueba capilar plantea la vulneración de un proceso con todas las garantías y afectaría, de ser admitido, a la defensa por la vulneración del artículo 24 de la Constitución española y del artículo 6.3 d) de la Convención Europea de los Derechos Humanos. De ser una diligencia esencial, propuesta en tiempo y forma, las garantías procesales se verían afectadas.

Como decimos en el caso, la prueba fue denegada por el tiempo transcurrido y pedida con base en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) (pruebas que se pro-

pongan en el acto de la vista). Es evidente que la denegación de la prueba impide que la defensa pueda alegar alguna circunstancia atenuante de la responsabilidad, fundada en el consumo de sustancias estupefacientes. Por ello, tenemos que analizar los requisitos necesarios para saber si se produjo o no indefensión. Y estos, tras la interpretación de los artículos 659, 746.3, 785 y 786.2 de la LECrim, se concretan, tras el estudio de la doctrina jurisprudencial, en los siguientes:

1. Que la prueba se pida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones, en la fase probatoria, incluso en el acto de la vista.
2. Que la prueba pedida sea pertinente y útil, en el sentido de que esté relacionada con el objeto del proceso, posea virtualidad suficiente por su importancia probatoria.
3. Que se haya denegado, ya en fase probatoria o en el acto de la vista.
4. Que se formule la oportuna protesta.
5. En el ámbito del recurso de amparo es admisible también alegar que la denegación inmotivada de la prueba pedida o la no práctica de la misma, si admitida, por causas imputables al órgano judicial, pueden ser motivos de recurso de amparo ante el Constitucional.

Pues bien, visto lo anterior, e ilustrados convenientemente, lo realmente importante es saber si la prueba denegada pudo alterar el fallo. La pertinencia y la necesidad se concretan en este motivo: el fallo, su incidencia en él. Y lo más relevante es que el juicio de la importancia de la prueba es *ex post*; es decir, no se valorará la pertinencia en el momento de la denegación, cuando se propuso, sino después, porque se trata de saber si incide o no en el fallo su denegación cuando se analiza la sentencia en casación. Por todo ello, no son autónomos el recurso por denegación de prueba y el recurso contra la sentencia. Dada, pues, una sentencia, estudiaremos si la denegación produjo indefensión porque, realizado un juicio *a posteriori*, el fallo pudo ser otro de admitirse la prueba cromatológica. Este matiz es muy importante, porque no se va a anular una sentencia, provocando una dilación innecesaria, cuando materialmente, y de haber sido admitida la prueba, el fallo no habría variado.

Con los elementos descritos, teniendo en cuenta el caso en concreto (que Juan solicitó la prueba cromatológica para analítica capilar con carácter anticipado, con el fin de acreditar su consumo de sustancias estupefacientes, y que la prueba que fue solicitada en el escrito de defensa y reiterada en el acto de la vista le fue denegada por el tiempo transcurrido), podemos decir: la prueba se refiere al objeto del proceso (la imputabilidad del acusado), y desde esta perspectiva se cumple uno de los requisitos indicados. Pero hemos de analizar su pertinencia y su utilidad *ex post* –como ha quedado expuesto más arriba–. Del caso solo deducimos que ha transcurrido tiempo, entendido como plazo desde que se cometieron los hechos hasta el momento en que se es juzgado. Esto es importante, porque, aun cuando la prueba diera resultado positivo y se acreditara que Juan es consumidor, el tiempo nos impide saber la influencia que tal consumo tuvo en la capacidad, consciencia o voluntad en el momento de cometer el delito. Sabemos que para aplicar la atenuante de drogadicción hemos de conocer el grado de afectación o merma de facultades el día de los hechos. Bien es verdad que, según dice el caso, la prueba se pide en plazo y forma,

pero no parece que sea útil, ni que pueda alterar el sentido del fallo. No hay relevancia porque no sirve para acreditar la imputabilidad del sujeto al realizar los hechos enjuiciados.

En cualquier caso, se trata de ilustrar acerca del conocimiento de los requisitos de la pertinencia y utilidad de la prueba y de la denegación de la misma con trascendencia o no. Nos basta con saber que la pertinencia no es la utilidad de la prueba y que el tiempo es determinante en la demostración de la imputabilidad de Juan, si sucede que no se puede saber su grado de afectación psicofísica el día de la comisión de los hechos. De ahí que no quepa anular la sentencia por falta de garantías o porque se haya visto afectado el derecho de defensa. La prueba cromatológica podría dar un resultado positivo un año después (pongamos como ejemplo), pero eso no sería determinante de su mayor o menor imputabilidad.

2. Dispone el artículo 21.5.<sup>a</sup> del Código Penal como circunstancia atenuante «la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

¿Puede entenderse trascendental, con relevancia penal, esa confesión realizada en el acto de la vista oral? ¿Se ha reforzado la investigación de alguna manera? ¿Se ha colaborado con la Administración de justicia? ¿Deviene imposible la defensa porque el reconocimiento impide cualquier posibilidad de absolución y por ello debe aplicarse esa atenuante?

Resolveremos a continuación estas cuestiones, implícitas en la pregunta general del caso: «Enrique colaboró en el acto de la vista confesando tardíamente el hecho».

Podría decirse que Enrique ha renunciado a su derecho constitucional a no declararse culpable y que eso debe ser compensado con una atenuante. Sin embargo, la temporalidad puede condicionar su aplicación. Aunque también es lícito decir que la confesión, aun tardía, puede ser decisiva para el buen fin del proceso, suponiendo un acto de colaboración con la Administración de justicia que agiliza y simplifica el mismo.

Lo anteriormente expuesto está en la lógica de toda defensa por este motivo, incluso podría invocarse la circunstancia analógica del artículo 21.7.<sup>a</sup> del CP (atenuante analógica), precisamente por tratarse de una confesión tardía. Sin embargo, el acusado ya tiene conocimiento de que se ha incoado una causa contra él, que está en trámite de juicio oral. Confesar, sin decir más, es inane, pues además del tiempo en que se realiza la confesión importan la trascendencia de lo que se dice. El caso, bien es verdad, solo nos sugiere que el acusado Enrique confiesa en el acto de la vista, pero no qué es exactamente lo que confiesa. Pero es lógico pensar en la necesidad de no ser cáustico sino argumentativo y colaborador. Por tanto, necesitamos informaciones determinantes, relevantes, decisivas para la realización material de la justicia eficaz, y, sobre todo, que la colaboración no se produzca solo en el acto de la vista, sino anteriormente, porque sería puramente ventajista e inane pretender buscar la atenuante penal ante el hecho ya inevitable por su descubrimiento.

En conclusión, si bien no parece posible la atenuante del artículo 21.5.<sup>a</sup>, sí podría haberse aplicado la analógica del 21.7.<sup>a</sup> del CP, siempre y cuando las revelaciones o confesiones –aun

tardías– fueran determinantes e importantes, y no el fruto de una mera estrategia defensiva sin consistencia, cuando resulta que nada hay que probar porque el delito flagrante es evidente y la defensa carece de argumentos sólidos en los cuales fundar su acción procesal.

*Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, arts. 21.5, 21.7.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 786.2.
- SSTs: 1661/200, de 27 de noviembre; 869/2004, de 2 de julio; 705/2006, de 28 de junio; 849/2013, de 12 de noviembre; 545/2014, de 16 de junio; 105/2014, de 19 de febrero y 253/2016, de 31 de marzo.