

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ067690

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 1026/2024, de 14 de noviembre de 2024

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4133/2022

**SUMARIO:****Delito contra la salud pública. Trafico de drogas. Atenuantes. Circunstancia analógica de confesión. Circunstancia de grave adicción a drogas. Dilaciones indebidas.**

El recurso de casación de la condena por delitos contra la salud pública. Los acusados formaban parte de una red de tráfico de estupefacientes, involucrados en la venta de anfetaminas, cocaína y otras sustancias ilícitas. Las pruebas incluyeron vigilancias, intervenciones telefónicas, registros domiciliarios y decomisos de drogas. Respecto a la grave adicción, se descartó atenuante por falta de pruebas suficientes que acreditaran una dependencia severa y su influencia en la conducta delictiva, ya que recoge la referencia a su condición de consumidor de drogas de abuso, precisando, al tiempo, que se desconoce cualquier otro dato sobre si al tiempo de los hechos tenía alguna dificultad que, derivada del consumo referido, le alterara su capacidad de comprender la licitud y el alcance de los hechos que se le imputan, no pudiéndose determinar la afectación de las bases de la imputabilidad.

Sobre la confesión tardía, la colaboración no alcanzó el nivel de relevancia necesario para ser considerada como atenuante. Los presupuestos de merecimiento de la atenuación por "confesión tardía" reclaman que la persona acusada compense, en un sentido lato, el mal causado colaborando sin ambages, aunque sea en un momento procesal menos idóneo, con los fines de la Justicia. Y, en el caso, el recurrente no "confesó" ni plena ni significativamente los hechos de la acusación. El acto colaborativo, facilitador, invocado -indicar donde se encontraba una cantidad de droga en su lugar de trabajo- se inserta en el marco de la actuación policial en el curso de la cual se registró previamente la vivienda del recurrente donde se halló la cocaína, y anfetaminas y útiles destinados a su manipulación. Actuación policial, precedida de significativas investigaciones, que hacía inevitable el descubrimiento de la droga que pudiera encontrarse en otras dependencias utilizadas por el recurrente, aun sin el concurso de este. Las posteriores manifestaciones del recurrente, asumiendo matizadamente la posesión de las sustancias, pueden explicarse como manifestaciones de una estrategia cooperativa, a partir de lo inevitable.

Respecto a las dilaciones indebidas, aunque hubo ciertos retrasos, no se consideraron extraordinarios dado el nivel de complejidad de la causa.

**PRECEPTOS:**

LO 10/1995 (CP), arts. 21.2, 4, 6 y 7 y 376.

**SENTENCIA**

Magistrados/as

JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

ANTONIO DEL MORAL GARCIA

CARMEN LAMELA DIAZ

LEOPOLDO PUENTE SEGURA

JAVIER HERNANDEZ GARCIA

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.026/2024

Fecha de sentencia: 14/11/2024



Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4133/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/11/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de la Comunidad Valenciana

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4133/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1026/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar  
D. Antonio del Moral García  
D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz  
D. Leopoldo Puente Segura  
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 4133/2022, interpuesto por D. Nicanor , representado por la procuradora D.<sup>a</sup>. Rosa López Coloma, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup>. Mariana Ivanov Yordanova , D.<sup>a</sup>. Ana María y D. Roberto , ambos representados por la procuradora D.<sup>a</sup>. Natalia Guzmán Montoya, bajo la dirección letrada de D. Jorge Martínez Navas, y D. Santos representado por el procurador D. David Plaza Buquerín, bajo la dirección letrada de D. Francisco Caballero Garrido contra la sentencia n.º 126/2022 de fecha 11 de mayo de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 294/2021 de fecha 17 de septiembre de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima en el PA 35/2020, procedente del Juzgado de Instrucción num. 1 de Benidorm. Interviene el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Benidorm incoó procedimiento abreviado núm. 1045/2017 por delito contra la salud pública, contra Ana María, Roberto, Nicanor, Santos, y otros; una vez concluso lo remitió a la

Audiencia Provincial de Alicante, cuya Sección 10ª, (P.A. núm. 35/2020) dictó Sentencia en fecha 17 de septiembre de 2021 que contiene los siguientes hechos probados:

"Son HECHOS PROBADOS en esta causa y así se declaran los siguientes:

- Ana María, mayor de edad, nacida el NUM000 de 1973, con DM NUM001, con antecedentes penales computables para esta causa a efectos de reincidencia (condenada por Sentencia firme de 6 de mayo de 2015 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 5ª, por un delito contra la salud pública del art.368 CP, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, suspendida por el plazo de 4 años mediante Auto de 17 de septiembre de 2015, notificado el 20 de octubre de 2015, seguido en la ejecutoria nº 48/2015).
- Roberto, mayor de edad, nacido el NUM002 de 1981, con DNI NUM001, sin antecedentes penales.
- Nicanor, alias Pelirrojo, mayor de edad, nacido el NUM003 de 1962, con DNI NUM004, con antecedentes penales no computables para esta causa a efectos de reincidencia.
- Pedro Antonio, mayor de edad, nacido el NUM005 de 1983, con DNI NUM006, sin antecedentes penales a fecha de los hechos, con condenas posteriores.
- Alexis, mayor de edad, nacido el NUM007 de 1976, con DNI . NUM008, con antecedentes penales no computables para esta causa a efectos de reincidencia
- Santos, alias Perico, mayor de edad, nacido el NUM009 de 1977, con DNI NUM010, con antecedentes penales no computables para esta causa a efectos de reincidencia.
- Montserrat, mayor de edad, nacida el NUM011 de 1988, con DNI NUM012, con antecedentes penales cancelados.
- Dimas, mayor de edad, nacido el NUM013 de 1973, con DNI NUM014, con antecedentes penales cancelados.
- Eulalio, mayor de edad, nacido el NUM015 de 1956 con DNI NUM016, sin antecedentes penales.
- Gervasio, mayor de edad, nacional de Rumanía, con NIE NUM017, con antecedentes penales cancelados

Por el Grupo 1º de la Policía Judicial de la Comisaría de la Policía Nacional de DIRECCION000 se inició una investigación respecto de la acusada Ana María, con antecedentes policiales por tráfico de drogas y sin actividad laboral, que, junto con su pareja sentimental, el acusado Roberto, se dedicaba a la venta a terceros de sustancias estupefacientes, anfetamina y MDMA, residiendo ambos acusados en el domicilio sito en DIRECCION001 de DIRECCION000. Así en base a vigilancias se comprobó que el 25 de junio de 2017 Lucio acudió al referido domicilio de los acusados donde adquirió 7 gramos de marihuana; y que el 28 de junio de 2017 el acusado Dimas acudió a dicho domicilio donde adquirió 2,29 gramos de anfetamina con un pureza del 18,2%, con valor de 56,33 euros. Se comprobó además que los a acusados tenían titularizados los números de teléfono móvil que usaban a nombre de terceras personas.

Por Auto de 17 de julio de 2017 se acordó la intervención del nº NUM018, del nº NUM019, amos utilizados por Ana María y del nº NUM020 utilizado por Roberto. Posteriormente la intervención se amplió al nº NUM021 de Ana María (Auto de 25 de agosto de 2017) Las conversaciones intervenidas verificaron la dedicación de ambos acusados a la venta de sustancias estupefacientes, resultando que el 19 de julio de 2017, Roberto vendió a Juan Miguel 0,75 gramos de anfetamina con un pureza del 6,5%; y el 28 de julio de 2017 el acusado Santos acudió junto con Amador al domicilio de Ana María y Roberto donde adquirieron 2,23 gr de anfetamina con una pureza del 25,3%.

Conectado con los anteriores y como proveedor de sustancias estupefaciente, cocaína y anfetamina, se encuentra el acusado Nicanor, alias Pelirrojo, con antecedentes policiales por tráfico de drogas, con nº NUM022 (intervenido por Auto de 9 de agosto de 2017), NUM023 (Auto de 13 de septiembre de 2017) y con el que Ana María se reunió el 3 de agosto de 2017 y el 16 de agosto de 2017, empleando Nicanor la motocicleta Yamaha Xmax con matrícula NUM024. Al domicilio de Nicanor, sito en DIRECCION002, DIRECCION003, acudió el 18 de julio de 2017 Higinio donde adquirió 0,92 gramos de cocaína con una pureza del 57,2%.

Igualmente se identificó como suministrador de sustancias estupefacientes, DMA y anfetamina, al acusado Pedro Antonio, con antecedentes policiales por tráfico de drogas, con nº NUM025 y NUM026 (intervenidos por Auto de 18 de agosto de 2017), NUM027 (Auto de 25 de agosto de 2017), NUM028 (Auto de 8 de septiembre de 2017), NUM029 (Auto de 10 de octubre de 2017), NUM030 (Auto de 17 de octubre de 2017).

El 25 de octubre de 2017 se practicó entrada y registro judicialmente autorizada (Auto de 23 de octubre de 2017) en el domicilio de Nicanor, sito en DIRECCION002 de DIRECCION003, donde se incautó:

- 2.375 euros en efectivo, producto de la ilícita actividad del acusado.
- 26,33 gramos de cocaína con una pureza del 82,6%, con valor de 2.988,65 euros
- 1.434,0 gr de anfetamina con una pureza del 50,5% con valor de 38.278,80 euros
- varias tablets, ordenadores y teléfonos móviles.
- un turismo Saab 90 con matrícula NUM031

- una motocicleta Honda SCV con matrícula NUM032, de sustitución de la motocicleta Yamaha YP400R con matrícula NUM033 del acusado, que se incautó en el taller DYNAMUC MOTOR SL. La motocicleta Honda SCV fue entregada su propietario.

En la misma fecha se practicó un registro voluntario en la oficina comercial sita en DIRECCION004 de DIRECCION000 y en el lugar de trabajo de Nicanor se incautó:

- un tuperware con 244,04 gr de cocaína con una pureza del 81,6%, con valor de 27.365,07 euros
- un arma corta de aire comprimido Gamo PT80 tactical de 4,5 mm de calibre, un visor, cinco bombonas de CO2
- una pistola detonadora marca Ekol major calibre 9 mm PAK, cinco cartuchos detonadores, un silenciador, 8 perdigones, una caja de munición de detonación, quince cartuchos detonadores, un cargador de arma Airsoft.

En la misma fecha se practicó entrada y registro Judicialmente autorizada en el domicilio de Pedro Antonio, sito en DIRECCION005 de DIRECCION003, donde se incautó:

- un turismo Renault Laguna con matrícula NUM034
- 60 euros en efectivo, producto de su ilícita actividad
- 28,04 gr de cannabis con una pureza del 15,2%, con valor de 153,09 euros
- 66,07 gr de resina de cannabis con una pureza del 15,8%, con valor de 387,17 euros
- 0,7 gr de MDMA con una pureza del 48,4%
- 0,39 gr de MDMA con una pureza del 36,1%
- 0,85 gr de MDMA con una pureza del 70,6%. El valor de todo el MDMA es de 8,86 euros
- 968,10 gr de anfetamina con una pureza .del 3,5%, con valor de 25.845,60 euros

Igualmente e practicó entrada y registro judicialmente autorizada en el domicilio de Roberto y Ana María, sito en DIRECCION001 de DIRECCION000, donde se incautó:

- una motocicleta Piaggio Thyphoon con matrícula NUM035; y una motocicleta Daelim TRS 125 con matrícula NUM036
- 3.108,56 euros e efectivo, producto de ilícita actividad de los acusados.
- 56,38 gramos de DMA con una pureza del 31,8% (164 comprimidos)
- 0,37 gr de MDMA con una pureza del 52,1% (1 comprimido)
- 0,25 gr de MDMP1 con una pureza del 45,8% (1 comprimido). El valor de todo el MDMA es de 1.731,38 euros
- 7,98 gr de resina de cannabis con una pureza del 21,2%, con valor de 46,76 euros
- 0,42 gr de cannabis con una pureza del 12,0%, con valor de 2,29 euros
- 35,11 gr de anfetamina con una pureza del 24,7%.
- 0,57 gr de anfetamina con una pureza del 33,3%. El valor de toda la anfetamina es de 952,65 euros.
- dos ordenadores, dos tablets, 4 básculas de precisión, libretas con anotaciones manuscritas de cantidades y nombres (contabilidad de droga).

Al acusado Roberto le fueron intervenidos 15 euros en efectivo en el momento de su detención.

Conectado con Nicanor se identificó, como revendedor de sustancias estupefacientes, cocaína, al acusado Alexis, con n° NUM037 y NUM038 al que el 25 de septiembre de 2017 Nicanor vendió 6,9 gramos de cocaína con una pureza del 76,8%, con valor de 728,20 euros.

El 2 de noviembre de 2017 fue detenido el acusado Alexis al que se le incautaron 40 euros en efectivo producto de su ilícita actividad y 0,98 gr de anfetamina con una pureza del 7,3%, con valor de 26,16 euros, un teléfono móvil Samsung con IMEI acabado en NUM039 y n° de abonado NUM040 y una motocicleta Honda SH300 con matrícula NUM041. Seguidamente se practicó entrada y registro voluntaria en su domicilio sito en DIRECCION006 de DIRECCION000 donde se incautó:

- 120 euros en efectivo producto de su ilícita actividad
- 1,09 gr de cocaína con una pureza del 57,1%, con valor de 82,52 euros
- 4,03 gr de cannabis con una pureza del 13,1%, con valor de 22 euros
- 0,66 gr de MDMA con una pureza del 28,1% (2 comprimidos), con valor de 6,89 euros.
- una báscula de precisión marca Sytech, oras dos básculas de precisión
- un carrete de alambre de color verde, otras dos básculas de precisión, bolsas de auto cierre y bolsitas de plástico con recortes (para preparar dosis)
- una caja de munición 9 mm Browng Court 380 Auto con 19 cartuchos

Conectada con Pedro Antonio se encontraba también, como revendedor de sustancias estupefacientes, anfetamina, el acusado, Gervasio, con ti° NUM042, NUM043, NUM044

El acusado Santos, alias Perico, con n° NUM045 y el acusado Dimas con n° NUM046 actuaban como revendedores de sustancias estupefacientes, anfetamina, de Ana María y de Roberto.

El acusado Eulalio con n° NUM047 actuaba como revendedor de sustancias estupefacientes, cocaína, de Nicanor. Así el 25 de octubre de 2017 Nicanor entregó a Eulalio un total de 5 envoltorios que contenían 4,32 gr de cocaína con una pureza del 84,1%, con valor de 499,25 euros. Ese día se incautó a Eulalio la cantidad de 3500 euros que fueron reintegrados al mismo durante la instrucción del procedimiento al no acreditarse que fueran procedentes de la ilícita actividad.

Las sustancias incautadas a los acusados se encontraban destinadas a la venta y/o distribución a terceros.

La acusada Montserrat, con n° NUM048, acudió el 6 de octubre de 2017 al domicilio de Pedro Antonio sito en DIRECCION005 de DIRECCION003, donde adquirió 2,62 gr de anfetamina con pureza del 10,3%, con valor de 69,95 euros, que no consta fuera destinada a la venta a terceros.

A fecha de los hechos el acusado Alexis era adicto al consumo de sustancias estupefacientes, habiendo acudido a la UCA desde el año 2002 por abuso de dependencia de cocaína, lo que afectaba a su actuación en relación con el tráfico de sustancias estupefacientes.

A fecha de los hechos el acusado Pedro Antonio era adicto al consumo de sustancias estupefacientes, conforme al informe médico forense padece trastorno por abuso/dependencia de tóxicos, acudiendo a la UCA donde está en tratamiento desde 2016-2017, lo que afectaba a su actuación en relación con el tráfico de sustancias estupefacientes"

## **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"1 FALLAMOS: Que debemos condenar y CONDENAMOS a los acusados en esta causa, por los delitos siguientes:

A) Un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del art.368 CP y 374 CP de los que resultan criminalmente responsables en concepto de autores de los artículos 27 y 28 CP, los acusados Ana María, Roberto y Pedro Antonio, concurriendo en fa primera la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8ª CP, y respecto al último la circunstancia atenuante de drogadicción del art. 21.2 en relación con el . art.20.2 CP, por lo que se les imponen las siguientes penas:

1.- A Ana María, 5 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 5.466,16 euros, con 20 días de responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad en caso de impago.

2.- A Roberto, 4 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 5.466,16 euros, con 20 días de responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad en caso de impago.

3.- A Pedro Antonio, 3 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; multa de 26.400. euros, con 3 meses de responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad en caso de impago.

B) Un delito contra la salud pública respecto de sustancias que causan grave daño a la salud del art.368, 369.5 (cantidad de notoria importancia) y 374 CP del que resulta criminalmente responsable en concepto de autor de los artículos 27 y 28 CP, el acusado Nicanor, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 años y 1 día de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 137.265,04 euros; y

C) Un delito contra la salud pública respecto de sustancias que causan grave daño a la salud, del art.368, párrafo 2º, menor entidad, del CP de los que resultan criminalmente responsables los acusados Alexis, Santos, Eulalio, Montserrat, Gervasio, Dimas, concurriendo en el acusado Alexis la circunstancia atenuante de drogadicción del art.21.2 en relación con el art.20.2 CP, por lo que se les imponen las siguientes penas:.

1. A Alexis, la pena de 1 año, y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 70 euros, con 1 día de responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad en caso de impago.

2.- A Santos, fa pena de 2 años y 3 meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.- A Eulalio, la pena de 1 año y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 250 euros, con 2 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

4.- A Dimas, la pena de 2 años y 3 meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 35 euros, con 1 día, de responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad en caso de impago; y

5.- A Gervasio, la pena de 1 año y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente se dispone la ABSOLUCIÓN de Montserrat respecto del delito contra la salud pública que se le imputaba, declarando de oficio una décima parte de las costas

Las costas procesales por partes iguales a todos los demás condenados por décimas partes.

Se dispone igualmente comiso de la droga, ex art. 374 del Código Penal, dándole el destino previsto en el indicado precepto, así como del dinero intervenido, que no haya sido reintegrado (con adjudicación al Fondo creado por Ley 17/2003, de 29 de mayo). No procede el comiso de los vehículos y motocicletas intervenidos, al no haberse practicado prueba sobre su relación con el tráfico en cuanto a producto de la actividad ilícita, medio para facilitar su comisión o representar transformación de beneficios de la actividad de venta de sustancia, por lo que procederá reintegrar los artículos de esta naturaleza que permanezcan intervenidos a sus titulares.

Abonamos a dichos acusados todo el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad.

Requírase a los condenados al abono, en plazo de QUINCE DIAS de la multa impuesta; caso de impago y de ser insolventes, cumplan los mismos la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal.

Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica, del Poder Judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe RECURSO DE APELACIÓN, en el plazo de DIEZ DÍAS ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, según el art. 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De conformidad con la Ley Orgánica 5/2015 de 27 de abril relativa al derecho de interpretación, traducción e información en los procesos penales, se hace saber a las partes el derecho que les asiste a que le sea traducida la presente sentencia.

Conforme al artículo 789-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, notifíquese la presente resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa."

### **Tercero.**

Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones procesales de Ana María, Roberto, Nicanor, y Santos; dictándose sentencia núm. 162/2022 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 11 de mayo de 2022, en el Rollo de Apelación 91/2022, cuyo Fallo es el siguiente:

"1º.- Desestimamos los recursos de apelación respectivamente interpuestos por Santos, por Ana María y de Roberto, y por Nicanor frente a la sentencia núm. 294/2021, de fecha 17 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima. La cual confirmamos en lo que a dichos apelantes concierne.

2º.- Estimamos el recurso de apelación de Dimas, y dejamos sin efecto la sentencia a quo en lo relativo a este apelante, al que absolvemos del delito del que venía siendo acusado.

3º.- Imponemos las 4/5 partes de las costas del rollo a los apelantes Santos, Ana María, Roberto y Nicanor. Declaramos de oficio las costas del rollo correspondientes al apelante Dimas.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de 5 días, a contar desde la última notificación, en los términos del art. 847 y por los tramites de los arts. 855 y ss. de la LECrim.; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/7/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20919/2017, de 23/05/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 20241/2019, de 11/04/2019, Queja 21145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados."

**Cuarto.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones procesales de D<sup>a</sup>. Ana María, D. Roberto, D. Nicanor, y D. Santos que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**Quinto.**

Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

Nicanor

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por entender que dados los hechos probados se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo, que debe ser observado en la aplicación de la Ley penal, por indebida inaplicación del art. 21.4 CP y el artículo 21.2 CP en relación con el artículo 21.7 CP.

Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por entender que dados los hechos probados se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo, que debe ser observado en la aplicación de la Ley penal, por indebida inaplicación del art. 21.6 CP.

Motivo tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 por indebida aplicación del 66 del CP en relación al 120.3 de la Constitución Española.

Ana María y Roberto

Motivo primero.- Infracción de precepto constitucional e Infracción de Ley, a tenor del art. 852 y 849.1 LECrim, y en relación con el art. 5.4 LOPJ. Vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia del art. 24 CE

Motivo segundo.- Infracción de Ley, conforme al art. 849.1 LECrim. Existencia de circunstancia atenuante de actuar por grave adicción a las drogas del art. 21.2<sup>a</sup> CP, no apreciada en Sentencia condenatoria .

Motivo tercero.- Infracción de Ley, conforme al art. 849.1 LECrim. Error en la aplicación de las reglas del art. 66 CP. Desproporcionalidad en la individualización de las penas

Santos

Motivos primero, segundo y tercero.- Al amparo del artículo 849 de la LECrim. al haber incurrido en infracción del Artículo 24 de la Constitución Española por vulneración de la presunción de inocencia.

**Sexto.**

Los recurrentes Ana María y Roberto se adhieren a los otros recursos presentados en cuanto les sea beneficioso.

**Séptimo.**

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los recursos, y subsidiariamente su desestimación. La Sala los admitió quedando los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**Octavo.**

Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 13 de noviembre de 2024.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Santos

ÚNICO MOTIVO " QUE SE PRESENTA DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO NUMERO 849 DE LA LECRIM" (sic)

1. El motivo se presenta y se desarrolla argumentalmente en los siguientes términos: " que, para destruir la presunción de inocencia a que hemos hecho mención, es necesario, inexcusablemente, demostrar la implicación, directa o indirectamente en los hechos que se le imputan a mi defendido. Que, esta defensa entiende que para confirmar la Sentencia que se recurre en casación debe explicarse porque no se han tenido en cuenta las circunstancias que se relatan, toda vez que no se demuestra, siempre a juicio de esta defensa, que mi defendido haya participado activamente en la comisión del delito que se le imputa" -sic-.

2. El motivo, que merecía la inadmisión de conformidad a lo previsto en el artículo 885.1º LECrim, resulta inatendible. En primer término, el recurrente prescinde de entablar diálogo alguno con las razones ofrecidas por la sentencia recurrida para rechazar el concreto motivo de apelación que se pretende hacer valer como motivo de casación. Limitarse a denunciar que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia sin precisar sobre qué concretas razones funda dicha denuncia constituye un gravísimo defecto de formulación.

El recurso de casación reclama no solo identificar el concreto motivo casacional, sino que exige, también, ex artículo 874.1º LECrim, argumentar de manera clara, concisa y técnicamente orientada los fundamentos, las razones por las que considera que la sentencia recurrida ha generado el gravamen cuya reparación se pretende. La función de la casación es, precisamente, la revisión de dicha decisión a la luz de las razones ofrecidas por el tribunal y de las que se haga valer el recurrente para combatirlas. Y, en el caso, como anticipábamos, no se aporta una sola que sugiera, al menos, la equivocación valorativa del tribunal de apelación cuando validó, a la luz de la prueba practicada, las conclusiones fácticas del tribunal de instancia. Ni la más favorecedora interpretación de los presupuestos normativos de formalización del recurso de casación -de los que este Tribunal, por otro lado, hace constante gala- conduce a que debamos imaginarnos por qué el recurrente considera por qué se ha lesionado el derecho invocado.

3. Una simple lectura de la sentencia recurrida permite comprobar cómo el Tribunal Superior identificó con rigor todo el cuadro de prueba, extrajo los datos probatorios significativos y validó las razones fácticas y normativas ofrecidas por el tribunal de instancia para fundar la condena del recurrente. El total silencio argumentativo de la parte sirve, precisamente, para descartar el más mínimo atisbo de irracionalidad valorativa en la sentencia recurrida. Y, también, como consecuencia, para rechazar el motivo.

#### RECURSO FORMULADO POR EL SR. Nicanor

#### PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES ANALÓGICAS DE CONFESIÓN Y DE DROGADICCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 21.4 , 21.2 Y 21.7, TODOS ELLOS, CP

4. El recurrente agrupa dos gravámenes bajo un mismo motivo por infracción de ley. Considera con relación a la denunciada inaplicación de la circunstancia de drogadicción que ni la sala de instancia ni la de apelación han tomado en cuenta su condición de toxicómano de larga duración que ha quedado acreditado por su manifestación no contradicha por prueba alguna y la ausencia tanto de trabajo estable como de bienes a su nombre, lo que sugiere que no se lucraba con la sustancia tóxica que poseía. Y si bien es cierto que no pudo aportar un informe pericial por falta de recursos para pagar al experto, la información aportada por la Unidad de Conductas Adictivas (UCA) acredita que, si bien no se encontraba bajo tratamiento al tiempo de los hechos, si lo estuvo tiempo atrás lo que corrobora su alegada condición de toxicómano.

En cuanto al segundo de los gravámenes normativos, considera que no se han valorado en las instancias previas su significativa colaboración con la justicia, precisando en el acto de la vista su intervención en los hechos por los que era acusado, lo que le hace acreedor de una respuesta atenuatoria, aunque sea por la vía analógica. El diferente alcance los gravámenes que sustentan el motivo reclama su análisis por separado.

#### § Inaplicación de la circunstancia atenuante de drogadicción del artículo 21.2 CP

5. El cauce escogido para introducir este primer gravamen -la infracción de ley penal sustantiva- conduce a su desestimación liminar.

Como es bien sabido, cuando lo que se cuestiona es exclusivamente el juicio normativo debe hacerse desde el respeto a los hechos que se declaran probados. Estos identifican el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitando el campo de juego del análisis casacional. Constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso. Lo que impide que por la vía del motivo por infracción de ley penal sustantiva se pretenda la revisión de lo declarado probado o se formule una suerte de hipótesis alternativa de producción fáctica desde la que cuestionar el juicio normativo -vid. por todas, STS 84/2024, de 25 de enero-.

6. En el caso, es obvio que los hechos declarados probados no permiten en modo alguno identificar infracción de ley. No se describe una situación estructural de dependencia al consumo abusivo de drogas ni, tampoco, proyección influyente del consumo puntual de alcohol o de drogas en la conducta del recurrente que permita apreciar una causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal contraída, aun por la vía analógica del artículo 21.7 CP invocada.

El motivo, en puridad, introduce argumentos que cuestionan la valoración de los datos de prueba disponible, lo que permite reconducirlo al espacio, interpretado con amplitud, del artículo 852 LECrim. Desde esta perspectiva, lo que nos compete es valorar si, en el caso, la exclusión de todo fundamento fáctico a la atenuante pretendida se ajusta a las exigencias de valoración racional de la prueba producida.

7. Y la respuesta debe ser contundentemente positiva. Sin perjuicio de que el hoy recurrente elude combatir las razones ofrecidas tanto por el tribunal de instancia como el de apelación para descartar la prueba de la base fáctica de la atenuación, estas se presentan particularmente sólidas.

En efecto, la única información probatoria valorable es la contenida en el informe forense de fecha 25 de mayo de 2021 que recoge la referencia a su condición de consumidor de drogas de abuso, precisando, al tiempo, que se desconoce cualquier otro dato sobre si al tiempo de los hechos tenía alguna dificultad que, derivada del consumo referido, le alterara su capacidad de comprender la licitud y el alcance de los hechos que se le imputan, no pudiéndose determinar la afectación de las bases de la imputabilidad.

Con esa información pericial que se limita a apuntar que el recurrente es consumidor de sustancias tóxicas, sin referencia a las circunstancias y características del patrón de consumo, no es posible apreciar la atenuante invocada. Para ello, debe identificarse una situación de grave adicción que incida en la motivación de la actuación criminal. Esto es, una apreciable relación de medio a fin entre el delito cometido y la adquisición de la droga necesaria para mantener el hábito de consumo -difícilmente observable, por otro lado, cuando se trata de conductas consistentes en tenencia preordenada al tráfico de importantes cantidades de droga- y que no exige -y es aquí donde se sitúa el límite de su contorno aplicativo respecto a la exigente o la semiexigente de los artículos 20.1. 2 y 21.1, todos ellos, CP-, ni una directa influencia del tóxico sobre las bases de la imputabilidad en el momento de comisión del hecho delictivo ni una concreta proyección del consumo en la salud psíquica del autor.

En el caso, la no aplicación de la circunstancia típica atenuatoria del artículo 21.2 CP resulta de todo conforme a la doctrina de este Tribunal -vid. SSTS 221/2023, de 23 de marzo; 75/2024, de 25 de enero-.

§ Inaplicación de la circunstancia atenuante analógica de confesión de los artículos 21.4 y 21.7, ambos, CP

8. La denuncia de indebida inaplicación de la atenuante analógica pretendida se asienta, como anticipábamos, en que no se ha valorado adecuadamente ni la cooperación activa del recurrente para la localización de una parte de la droga intervenida que ocultaba en su lugar de trabajo ni la sustancial admisión de los hechos en el acto del juicio.

9. No identificamos gravamen. Es cierto que el artículo 21. 7º CP abre la vía a construcciones analógicas de causas típicas de atenuación basadas no tanto en la concurrencia de condiciones normativas de aplicación próximas o equiparables, sino en la apreciación de datos objetivos de aminoración de la responsabilidad " ex post factum" de la persona autora del delito que adquieran un significado relativamente equivalente al que sustenta aquellas.

Ese umbral mínimo de equivalencia con la atenuante típica de referencia en el supuesto de las llamadas confesiones tardías reclama trazos significativos de efectividad. Es obvio que esta ya no podrá medirse por su aportación al rápido descubrimiento del delito antes de que el proceso se abra, como exige el artículo 21. 4º CP, pero sí deberá comportar por parte de la persona acusada una cualificada aportación para la eficacia de la investigación en curso.

De nuevo, insistir en la necesidad de buscar en la fórmula analógica de atenuación el fin de protección de la norma que contempla la atenuante típica. Aunque sea por la vía analógica, los presupuestos de merecimiento de la atenuación por "confesión tardía" reclaman que la persona acusada compense, en un sentido lato, el mal causado colaborando sin ambages, aunque sea en un momento procesal menos idóneo, con los fines de la Justicia.

10. Y, en el caso, el recurrente no "confesó" ni plena ni significativamente los hechos de la acusación. El acto colaborativo, facilitador, invocado -indicar donde se encontraba una cantidad de droga en su lugar de trabajo- se inserta en el marco de la actuación policial en el curso de la cual se registró previamente la vivienda del recurrente donde se hallaron 26 gramos de cocaína, 1434 gramos de anfetamina y útiles destinados a su manipulación. Actuación policial, precedida de significativas investigaciones, que hacía inevitable el descubrimiento de la droga que pudiera encontrarse en otras dependencias utilizadas por el recurrente, aun sin el concurso de este. Como se previene en el artículo 5 de la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas -traspuesto, en parte, en el artículo 376 CP -, la rebaja de la pena al autor del delito puede reducirse cuando: a) renuncie a sus actividades delictivas en el ámbito del tráfico de drogas y de precursores b) proporcione a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no habrían podido obtener de otra manera, ayudándoles a: i) prevenir o atenuar los efectos del delito ii) descubrir o procesar a los otros autores del delito iii) encontrar pruebas iv) impedir que se cometan otros delitos de los considerados en los artículos 2 y 3.

Ninguna de estas aportaciones se da, con la relevancia necesaria, en el caso. Tanto la indicación facilitada a los agentes, relativa a dónde se encontraba una parte de la sustancia, como las posteriores manifestaciones del recurrente, asumiendo matizadamente la posesión de las sustancias, pueden explicarse como manifestaciones de una estrategia cooperativa, a partir de lo inevitable. Pero dicha cooperación no alcanza el nivel de relevancia para, aun por vía analógica, hacerse merecedora de la atenuación prevista en el artículo 21.4 CP.

**SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS DEL ARTÍCULO 21.6 CP**

11. Para el recurrente el tiempo transcurrido entre el inicio de las actuaciones de investigación -junio de 2017- y la celebración del juicio oral -junio de 2021-, habiéndose clausurado la fase instructora por auto de 13 de junio de 2018, supone un manifiesto incumplimiento del mandato de celeridad en la tramitación de las actuaciones penales. El retraso, en el que no ha incidido ni la conducta ni la estrategia procesal del recurrente, debe ser calificado de dilación indebida y extraordinaria, lo que justifica la aplicación de la atenuante pretendida.

12. Tampoco identificamos gravamen.

No cabe duda de que el transcurso indebido y extraordinario del tiempo en la tramitación del proceso -el abuso del proceso, en terminología anglosajona-, hace que la persona acusada sufra por adelantado las consecuencias de su sometimiento al proceso. La excesiva prolongación del proceso comporta una suerte de pena natural que debe ser compensada, como fórmula que permita mantener el equilibrio retributivo entre la gravedad de la conducta y la pena impuesta.

La redacción actual del artículo 21.6 CP, operada por la L.O. 5/2010, ofrece una valiosa guía de valoración normativa de la proyección del paso del tiempo en la medición de la responsabilidad penal del autor del delito, del todo conforme, por otro lado, con los estándares elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. por todas, SSTEDH, caso Milovanovic c. Serbia, de 8 de octubre de 2019; caso Raspopovic y otros c. Montenegro, de 26 de marzo de 2020- de los que se nutre esencialmente nuestra propia jurisprudencia -vid. STS 4284/2020, de 14 de diciembre-. Como se precisa en la norma, el tiempo de tramitación debe ponerse en relación con la complejidad de la causa y de ahí, medida la correlación funcional entre las actuaciones practicadas, las necesarias, el tiempo empleado para producirlas y la diligencia en su ejecución se puede obtener una suerte de cociente. Lo extraordinario de la dilación que reclama el tipo como fundamento de apreciación obliga a una evaluación integrada de todos los factores señalados. El tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente pues, insistimos, debe "medirse" en términos funcionales. Ha de evaluarse su correlación para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas, a partir del número y necesidad de las diligencias practicadas a la luz del objeto del proceso, la conducta procesal de la parte y, sin duda, la propia regularidad en el impulso y la dirección procesal.

De tal modo, la duración de un proceso podrá calificarse de dilación extraordinaria cuando carezca de toda conexión razonable con las necesidades de producción temporalmente necesaria y diligente de los actos procesales, provocando un exceso manifiesto, ya sea por la injustificada inacción o paralización procesal, por la actividad procesal desordenada o carente de justificación teleológica o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación. Y siempre y cuando, además, ninguno de estos factores pueda ser imputado a la conducta procesal de la parte que sufre el transcurso excesivo del tiempo.

Lo que comporta una cualificada carga descriptiva que pesa sobre quien invoca la atenuación como es la de precisar el "iter" de actuaciones procesales que se consideran no ajustadas al canon de la razonabilidad temporal de producción -vid. STS 126/2014, de 21 de febrero-.

Debiéndose recordar, en todo caso, que para evaluar como indebido el transcurso del tiempo, siempre deben utilizarse elementos relacionales que exigen partir del tiempo estimado en el que, en condiciones objetivas de adecuación funcional, debería haberse desarrollado o producido la actuación o el trámite procesal. Sin que, para ello, puedan tomarse en cuenta, como factores atemperadores, circunstancias estructurales de saturación, sobrecarga o errores de tramitación imputables al propio sistema judicial.

13. En el caso, la sentencia recurrida analiza con detalle los hitos temporales de tramitación de la causa, y si bien identifica un retraso significativo del Ministerio Fiscal en formular escrito de acusación -un año y cuatro meses-, descarta, atendida la duración total del proceso, desmesura o ausencia de toda conexión razonable con las necesidades funcionales de tramitación. Sobre todo, si se toma en cuenta que el proceso se dirigió contra diez personas que resultaron finalmente acusadas.

Coincidimos sustancialmente con el Tribunal Superior. En términos objetivos, el tiempo transcurrido no se debió a la inactividad o grave desidia en la tramitación de la causa imputable a los órganos jurisdiccionales concernidos. Si bien, cabe recordar, que ante incumplimientos excesivos o groseros del plazo de calificación de diez días que la ley otorga al Fiscal, y ante la ausencia de solicitud de prórroga, el juez de instrucción, en los términos previstos en el artículo 781.3 LECrim, asume una específica carga de impulso, consistente en requerir al fiscal superior del fiscal actuante para que se presente el escrito que proceda en el término de diez días, dando razón, además, de los motivos de su falta de presentación en plazo.

14. No obstante, pese a dicha demora del Fiscal en la presentación del escrito de conclusiones provisionales y la no activación de los mecanismos de impulso jurisdiccional para procurar solventarla, el tiempo total de duración del proceso hasta que recayó sentencia en primera instancia -cuatro años- no puede calificarse de excesivo, atendida la complejidad subjetiva del objeto procesal con once partes y la conformación de un cuadro probatorio

extenso a practicar en el plenario. Complejidad que reclamaba una cumplida gestión preparatoria del juicio oral que se prolongó durante cuatro sesiones.

La dilación es un resultado, en ocasiones, multifactorial cuyos efectos atenuatorios exigen una valoración normativa compleja en la que, además de las razones de merecimiento de la persona acusada -en atención, singularmente, a la conducta procesal desarrollada y al grado de afflictividad derivado de la dilación-, deben identificarse las condiciones objetivas de adecuación funcional del tiempo transcurrido en el desarrollo de proceso a la luz de las circunstancias concurrentes. Sin que sea suficiente para apreciar la atenuación la identificación de incumplimientos de plazos procesales de tramitación.

Es la desmesura temporal y la total o significativa ruptura con las necesidades funcionales de desarrollo del proceso las que se erigen en los presupuestos que deben darse para apreciar la circunstancia contemplada en el artículo 21.6 CP.

Y, en el caso, no se dan. -vid. SSTS 896/2022, de 4 de noviembre; 924/2022, de 24 de noviembre-.

### TERCER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 66 CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 120 CE

15. El motivo denuncia indebida motivación del juicio de punibilidad. El recurrente considera que dadas las circunstancias concurrentes -colaboración para el descubrimiento del delito, sometimiento a un programa de deshabituación de tóxicos, abandono de la actividad delictiva, dilación indebida en la tramitación temporal del procedimiento- la pena debería haberse rebajado en un grado.

16. El motivo carece de consistencia y debe ser rechazado. En puridad, su eventual éxito venía condicionando a la estimación de los precedentes mediante los que se pretendía la apreciación de distintas circunstancias atenuatorias. De tal modo, descartados estos no puede existir infracción de la regla del artículo 66.1. 2º CP pues no hay razón normativa alguna que permita degradar la pena prevista en el tipo. Por otro lado, la fijación de la pena en su mínima extensión excluye también lesión del artículo 72 CP. Es obvio que en este caso el gravamen por ausencia de razones justificativas de la pena puntual impuesta solo podría invocarlo la parte que formuló acusación pretendiendo la imposición de una pena más elevada.

### RECURSO INTERPUESTO POR LA SRA. Ana María Y EL SR. Roberto

### PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR VULNERACIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DE LOS DERECHOS AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES, A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

17. El motivo se articula sobre un argumento principal: el auto que ordenó, en el arranque de la investigación judicial, la intervención de cuatro líneas telefónicas carecía de sustento fáctico indiciario suficiente. La información contenida en el oficio policial que lo precede y sobre el que la jueza de instrucción basa su decisión injerente se limita a introducir meras sospechas, huérfanas de toda corroboración objetiva. Se afirma, sin anclajes fácticos y en términos muy genéricos, que ambos recurrentes mantenían un vínculo sentimental y que ambos, sin precisar concretas conductas, distribuían sustancia toxica a terceros bien en su domicilio o citándose por teléfono. Pero lo cierto es que nada se precisa sobre las gestiones realizadas para identificar el domicilio, no aportándose, tampoco, ningún dato fehaciente que constara en algún registro u oficina pública. Se sostiene, igualmente, que carecen de trabajo o de fuentes lícitas de ingresos, pero tampoco se justifica con dato objetivo alguno, habiéndose intentado por los agentes acceder a datos reservados -los obrantes en las bases de la Seguridad Social- para los que era necesario una expresa habilitación judicial, en los términos precisados en el artículo 22 de la entonces vigente L.O 15/1999. De igual modo, se concluye en el oficio policial que ambos recurrentes, después de consultado el Registro de la Propiedad, carecen de bienes inmuebles, pero ni se aporta certificación negativa del mismo ni consta, tampoco, que la consulta policial se ajustara al procedimiento previsto para ello en los artículos 332, 341, 343 y 352 del Reglamento Hipotecario. Con motivo de una de las vigilancias documentadas, se concluye, en el oficio, que el Sr. Alexis accedió al domicilio de los ahora recurrentes para suministrarse de droga, cuando lo único que se encontró en su poder, en el interior del vehículo que conducía, fue una bolsita conteniendo siete cogollos de marihuana por lo que se levantó un acta de sanción por tenencia de sustancia tóxica en la vía pública. De igual modo, se afirma que, a raíz de otra vigilancia, los agentes pudieron constatar que el Sr. Dimas adquirió en el domicilio de los recurrentes la droga que posteriormente se le intervino -3,34 gramos de speed-, si bien en el atestado no se describe tan siquiera cómo accedió al edificio con más de 130 viviendas. En otro apartado del oficio, se describe que el recurrente Sr. Roberto mantuvo una actitud sospechosa en la vía pública, cerca del domicilio, sentándose en la acera donde permaneció unos dos minutos mirando a un lado y otro, pero lo cierto es que lo observado carece de todo significado revelador de una conducta relacionada con el tráfico de drogas.

Para los recurrentes, la manifiesta ausencia de fundamento indiciario convierte al auto injerente de 17 de julio de 2017 en nulo. Nulidad que arrastra la de los autos posteriores que dispusieron la intervención de otros

teléfonos y prorrogaron las intervenciones previamente ordenadas al darse una evidente conexión de antijuricidad. La inutilizabilidad de las informaciones obtenidas mediante las informaciones telefónicas nulas priva de sustento probatorio a la condena por lo que procede, en esta instancia casacional, dictar sentencia absolutoria.

18. Para dar respuesta a la cuestión suscitada por los recurrentes debemos partir de un presupuesto insoslayable: los derechos fundamentales actúan como límites materiales que la dignidad humana impone al poder público y a la colectividad en general. Estos garantizan a toda persona un estatus de libertad y configuran, también, la esfera de lo decidible. Ello supone que el Estado no puede actuar en ninguna de sus manifestaciones negando su eficacia o prescindiendo de los mismos. Dicha idea fundacional se proyecta esencialmente en la búsqueda de la verdad en el proceso penal, en la reconstrucción de los hechos punibles y en la determinación de las personas responsables. No hay espacio de verdad al margen del respeto a los derechos fundamentales y, en lógica consecuencia, no puede declararse u ordenarse la privación de libertad de ninguna persona sobre la convicción de culpabilidad alcanzada utilizando instrumentos probatorios producidos con la infracción no justificada de dichos límites materiales.

Los agentes estatales pueden, por tanto, utilizar mecanismos injerentes altamente comprometedores de los núcleos esenciales de los derechos y las libertades públicas siempre que su activación y uso se ajuste a las estrictas condiciones fijadas en la propia Constitución y en los Convenios de protección de derechos fundamentales, incorporados por nuestro País, con una destacada fuerza normativa.

Como presupuestos legitimantes, como reglas básicas para la activación de medidas altamente invasivas, nuestra Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, reclaman, siempre, de manera inderogable, que la injerencia responda a un complejo y exigente estándar de proporcionalidad que implica: que la medida esté prevista en la ley; que resulte idónea para la consecución de los fines que la justifican y necesaria en cuanto la evidencia no pueda obtenerse por medio de otros mecanismos con menos carga injerente; que entre la lesión del derecho fundamental y la finalidad perseguida se identifique una razón justificativa del sacrificio suficientemente seria; y que, de manera acentuada en nuestro sistema constitucional, la medida se ordene por la autoridad judicial con base a buenas razones justificativas que patencen la concurrencia de los anteriores presupuestos -vid. entre otras, SSTEDH, Bykov c. Rusia, de 10.3.2009; Szuluk c. Reino Unido, de 2.9.2009; Uzun c. Alemania de 2.9.2010; Viozel Burzo c. Rumanía, 30.9.2009; Xavier da Silveira c. Francia, de 21.4.2010; Raducu c. Rumanía, de 21.7.2009. Vid. también, SSTC 87/2001, 184/2003, 136/2006, 66/2009, 128/2011, 145/2014-.

Dicha justificación debe permitir observar, con suficiente claridad, que la decisión se adoptó teniendo en cuenta la existencia de indicios y no de meras suposiciones o conjeturas - SSTC 54/1996, 184/2003-. Dicha exigencia, troncal, en la medida en que de su cumplimiento pende la propia validez del acto investigativo, impone al Juez, como se destaca, entre otras muchas, en la STS de 16 de diciembre de 2011, no un acto de fe respecto a lo que la policía le comunica sino un juicio crítico sobre la calidad de dichos datos, de dichas informaciones.

De tal manera, no pueden bastar meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Las exigencias de protección de los derechos fundamentales en juego impiden que meras conjeturas o pronósticos de eficacia prospectiva puedan servir para fundamentar su lesión. Dicha razón fundacional no puede ceder aun cuando la hipótesis de prospección sobre conjeturas produzca "resultados" en orden a la averiguación de evidencias sobre la existencia del delito. En la fase de justificación de la medida solicitada, el juez/a debe situarse en una perspectiva ex ante. Como se recoge en términos precisos en la STS 3.11.2003, lo contrario, es decir, la justificación " ex post", solo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del artículo 11.1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no de todo, del artículo 24 CE.

Esta necesaria, por insoslayable, perspectiva metodológica "ex ante" en el análisis de los gravámenes de constitucionalidad por lesión de derechos fundamentales sustantivos en la práctica de diligencias injerentes también ha sido destacada por el Tribunal Constitucional en su STC 136/2000 [ " en la revisión de la proporcionalidad de la medida este Tribunal no ha de tomar en consideración ninguna circunstancia habida con posterioridad al momento en que se adoptó la medida restrictiva del derecho fundamental"]. En resumen, puede afirmarse que el juicio "ex ante" constituye, en puridad, una exigencia derivada del propio contenido reaccional del derecho fundamental cuya lesión deba ser valorada.

Retomando el contenido de la motivación exigible resulta claro que la decisión judicial debe incorporar genuinamente, o por remisión, los datos objetivos que proporcionen una base real de la que pueda inferirse, en términos de racionalidad cognitiva, que el delito se ha cometido, se está cometiendo o está a punto de consumarse. Se trata, como precisa el Tribunal Constitucional - STC 299/2000 y 184/2003- de fuertes presunciones, de buenas razones que objetivan el pronóstico concreto que formula, en su caso, la policía, de comisión de hechos delictivos.

Dichas buenas razones no pueden, reiteramos, confundirse con el propio delito del que las primeras serían indicios o protoindicios sugestivos. El hecho en que el presunto delito consista no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa. De ahí, como se afirma en la ya mencionada STS 3.11.2003 por más énfasis que se ponga en ello, no basta para justificar la adopción de una medida invasiva de los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo segundo CE, afirmar que se está cometiendo un hecho punible.

Precisamente por ello, el juicio de necesidad se vincula de manera esencial con la justificación "ex ante". Solo si se identifican elementos objetivos preprocesales o procesales el juez puede justificar, en términos de racionalidad práctica, que la injerencia es la única posibilidad efectiva, por idónea y necesaria, de obtención de las evidencias necesarias para la persecución de la infracción. En puridad, la injerencia en los núcleos duros de los derechos fundamentales solo puede justificarse en un estadio avanzado, en términos cualitativos, no temporales, de la investigación porque es, precisamente, la investigación periférica la que puede servir de fuente facilitadora de los datos objetivos que hagan proporcional, en el sentido antes apuntado, la grave lesión del derecho fundamental.

Los indicios relevantes para el proceso de toma de decisión de la medida injerente deben ser comunicables, verbalizables, con un mínimo de concreción, capaces de fundar un discurso de razones, de buenas razones, que permitan que la afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y de plausibilidad.

19. Dicha exigencia no implica, desde luego, que la Policía o el Ministerio Fiscal, en su caso, deban presentar al juez instructor un cuadro cerrado de indicios o protoindicios o que los datos objetivos se extiendan a aquellos que solo pueden ser asumidos mediante la injerencia, pues ello equivaldría a impedir de manera arbitraria la propia investigación.

Con cierta imprecisión terminológica, incluso conceptual, se ha apuntado que la calidad indiciaria exigible pueda equipararse a la que debe concurrir para formular el auto de procesamiento. Pero sin perjuicio de la discusión terminológica, lo cierto es que las razones precursoras de la intervención no pueden consistir en una mera presentación de una hipótesis equiprobable. La grave infracción de derechos constitucionales sustantivos que puede derivarse de la injerencia ordenada reclama como "prius" cognitivo que, al menos, las razones y los datos en que se apoyan se presenten en una relación de probabilidad prevalente de que el delito investigado se está cometiendo o está en curso de comisión.

Insistimos, el dato precursor de la existencia del delito debe situarse en el espacio previo al territorio de la evidencia y su potencial justificativo no exige que autorrevele definitivamente la realidad del delito, sino que permita formular un pronóstico concreto y no prospectivo de plausibilidad basado en reglas inferenciales que se nutran de la experiencia común -vid. SSTS 15/2021, de 14 de enero y 49/2021, de 3 de febrero-.

20. Es desde la perspectiva expuesta desde la que debe ser analizado el auto injerente matriz de fecha 17 de julio de 2017 cuya regularidad constitucional combaten los recurrentes.

Pues bien, del examen de su contenido consideramos, al igual que lo hizo el Tribunal de Apelación, que reúne condiciones de validez constitucional para servir como un instrumento eficaz de las restricciones ordenadas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones afectado.

Frente a lo que se sostiene en el recurso, la resolución patentiza que la jueza de instrucción, a partir de la información facilitada por los agentes en el oficio de 10 de julio de 2017, identificó, racionalmente, la presencia de elementos precursoros de que se podría estar cometiendo un delito grave contra la salud pública y valoró, adecuadamente, la proporcionalidad de la medida injerente, como presupuesto esencial de su necesidad.

La identificación de la base fáctica de la injerencia ordenada vino precedida de una labor de investigación cuyos resultados se detallan de forma precisa en el oficio policial del 10 de julio de 2017 que se presentó a la autoridad judicial. Se indicó que la fuente de la "notitia criminis" era anónima y se precisaron las gestiones de comprobación realizadas para su provisoria confirmación que incluyeron: la ubicación precisa del domicilio de los investigados; la observación de contactos mantenidos con personas sospechosas de traficar con sustancias tóxicas; vigilancia, seguimientos y ocupación de sustancias tóxicas en poder de alguna de dichas personas, sin solución de continuidad a abandonar el domicilio de los recurrentes; la observación de actitudes vigilantes y elusivas del Sr. Roberto, alguna de ellas previa al contacto fugaz con terceros; la constatación de previas actuaciones policiales en las que figuraban como investigados por tráfico de drogas la Sra. Ana María y su hijo, entonces menor de edad; la identificación de los distintos terminales telefónicos utilizados por los sospechosos y las respectivas titularidades.

21. Es cierto, no obstante, que el análisis desagregado, deconstruido -como propone el recurrente- de cada uno de los datos ofrece un grado de ambigüedad que no permitiría superar el estándar de la probabilidad prevalente exigible para ordenar la limitación del derecho fundamental. Pero el resultado cambia significativamente si el análisis se aborda en términos inferenciales rigurosos, interrelacionando todos los datos protoprobatorios tomados en cuenta.

En efecto, la vigilancia policial del domicilio realizada el 25 de junio de 2017 permitió constatar cómo el Sr. Alexis, persona sospechosa de traficar con drogas -en particular, con Speed y marihuana-, acudió al domicilio de los investigados, donde permaneció pocos minutos, saliendo del mismo portando una bolsa blanca de Mercadona asida por su mitad, sin poder identificarse su contenido. Contacto que vino precedido de una vigilancia minutos antes por parte del Sr. Roberto del entorno del edificio y, en concreto, de los vehículos que se encontraban aparcados en las inmediaciones. Pero no solo. Los agentes realizaron un seguimiento del Sr. Alexis, una vez arrancó con su vehículo, observando cómo contactó con un tercero -identificado como Fructuoso- que se subió al asiento del copiloto para, acto seguido, dirigirse a la DIRECCION007 de DIRECCION000, deteniéndose sobre la acera donde les esperaba un tercer individuo que se subió al vehículo, del que descendió al cabo de uno o dos minutos, introduciéndose en un portal aledaño. Reanudada la marcha el vehículo se dirigió a la localidad de DIRECCION008,

donde el Sr. Alexis se apeó del vehículo, se introdujo, portando la bolsa blanca de Mercadona antes referida, en una casa de color amarillo en la zona de la depuradora, donde permaneció unos veinte minutos, saliendo sin la precitada bolsa. Practicado a continuación el registro del vehículo se intervino un pequeño envoltorio con siete cogollos de marihuana. El Sr. Alexis ofreció explicaciones confusas sobre los movimientos realizados esa tarde, insistiendo que se limitó a dar vueltas por los caminos. La ocultación por parte del Sr. Alexis del contacto con los recurrentes, el hecho de que recibiera de estos una bolsa blanca que fue trasladada a una casa ubicada en un paraje alejado de la ciudad y el contacto fugaz mantenido con un tercero en la propia ciudad de DIRECCION000 sugieren un contexto de clandestinidad marcado por finalidades ilícitas. Marco que también pudiera prestar sentido al encuentro habido entre el Sr. Dimas y los recurrentes en el domicilio de estos últimos el día 28 de junio de 2017 y cuya duración no superó los cinco minutos. Al salir del edificio el Sr. Dimas fue interceptado por los agentes encargados de la vigilancia, ocupándosele 3,34 gramos de speed. Lo que permite hipotetizar, en términos de mínima probabilidad prevalente, sobre la existencia de un previo acto de entrega por parte de los recurrentes.

Contexto que también permite prestar sentido y extraer información indiciaria de lo observado por los agentes el día 30 de junio de 2017, cuando el investigado Sr. Roberto bajó a la calle y se sentó en la acera entre dos coches aparcados, recibiendo una llamada al cabo de dos minutos para, sin solución de continuidad, mirar hacia ambos de la calle en actitud vigilante, levantarse y regresar rápidamente al edificio.

Las vigilancias también arrojaron datos relativos a los horarios de salida de los investigados. En concreto, y respecto a la Sra. Ana María los agentes identificaron un patrón muy irregular que no se ajustaba a ningún horario laboral. Con relación al Sr. Roberto constataron que desarrollaba labores de DJ en una discoteca de la localidad.

A ello hemos de sumar que ambos recurrentes utilizaban tres líneas móviles. Una, a nombre de la madre de la Sra. Ana María y otra, de tarjeta prepago expedida a nombre de una persona residente en el municipio asturiano de DIRECCION009. Disociación entre usuario real y titularidad que en el caso de las tarjetas prepago suele responder a una estrategia de ocultación y facilitación de los contactos ilícitos.

22. A partir de dichos datos, y desde el plano "ex ante" que, ontológicamente, marca su análisis, la hipótesis de la participación de los recurrentes en una actividad de ilícita distribución de dichas sustancias se presenta como significativamente plausible. El oficio policial no se limitó a exponer meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Ofreció un significativo número de datos, obtenidos de una previa investigación, cuya lógica concomitancia, desde criterios de experiencia común, permite formular un pronóstico concreto y no prospectivo de plausibilidad. De nuevo insistir en que la información precursora que presta justificación a la injerencia no equivale a la información probatoria necesaria para fundar la condena y que, por tanto, su potencial justificativo no exige que revele definitivamente la realidad del delito que se está investigando.

Como anticipábamos, la Jueza de Instrucción, con la información de la que dispuso, regularmente obtenida, justificó razonable y suficientemente la base tanto fáctica como argumentativa de la injerencia, identificando los planos de proporcionalidad y la evidente idoneidad y necesidad de la medida investigativa para procurar la eficaz persecución del delito contra la salud pública que se creía, en base a razones precursoras, que podía estar cometándose. Precizando, también, con suficiente detalle, el objeto y los límites de la injerencia ordenada.

23. Dicha actuación matriz idónea, necesaria y proporcionada permitió el avance de la investigación que fue progresando en intensidad. Cada una de las decisiones injerentes posteriores vino precedida de precisa información policial sobre el avance de las investigaciones y la presencia de sólidos indicios de participación criminal de los sospechosos que, sucesivamente, estaban siendo investigados que fue objeto de detallada y razonable valoración judicial.

No ha habido infracción del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones por lo que la pretensión de nulidad del auto injerente primario y de los derivados debe ser rechazada.

SEGUNDO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE GRAVE ADICCIÓN A LAS DROGAS DEL ARTÍCULO 21. 2º CP

24. El motivo cuestiona, en términos muy genéricos, la valoración probatoria realizada tanto por el tribunal de instancia como el de apelación de las informaciones probatorias sobre la drogadicción de los recurrentes provenientes de las pruebas pericial, documental -informes de la UCA- y analítica -informe cromatológico- producidas en el plenario. Al parecer de los recurrentes aquellas acreditan su grave adicción al tiempo de los hechos y su proyección en la conducta delictiva. Sobre este punto, se insiste en que no se han identificado signos de riqueza ni de enriquecimiento con la actividad de tráfico de drogas por la que han resultado condenados, lo que patentiza su naturaleza funcional para la obtención de recursos con los que sostener su propio hábito de consumo. Se reprocha, además, que se haya prescindido de valorar el dato relativo a que la pena en su día impuesta a la Sra. Ana María como autora de un delito de tráfico de drogas estaba suspendida por aplicación del artículo 80.5 CP.

25. El motivo carece de consistencia y no puede prosperar.

Presenta las mismas fallas estructurales que el formulado por el recurrente Sr. Nicanor. Se denuncia infracción de ley, cuando, en puridad, lo que se pretende es una nueva valoración de los elementos de prueba de

los que se han servido tanto el tribunal de instancia como el de apelación para descartar el fundamento fáctico de la atenuación pretendida. Pretensión que se formula sin precisar los concretos datos de prueba que se consideran mal valorados, sin distinguir entre los que atañen a cada uno de los recurrentes y prescindiendo, como si no hubiera existido la previa instancia apelativa, de entablar un diálogo crítico con las razones probatorias ofrecidas en la sentencia recurrida para descartar la atenuación. Razones que, por otro lado, se presentan muy sólidas.

26. En efecto, sin perjuicio de que se haya acreditado que ambos recurrentes consumen sustancias tóxicas, la prueba producida no permite, tan siquiera en términos de probabilidad mínimamente prevalente, calificar de grave la adicción y, en esa medida, identificar una proyección motivacional significativa en la conducta criminal ejecutada.

27. Con relación al Sr. Roberto se acredita que acudió a la Unidad de Conductas Adictivas (en adelante, UCA) con posterioridad a los hechos, objeto de este proceso, y durante un periodo de tres meses -entre el 20 de febrero de 2018 y 30 de mayo de 2018-, constando otra consulta el 6 de mayo de 2021, días antes del inicio del juicio oral por esta causa. No hay datos precisos sobre tipo e intensidad de consumo, sustancias consumidas, tiempo de prolongación, trastornos conductuales o mentales asociados o cualquier otra circunstancia que sugiera grave adicción como presupuesto de la atenuación.

28. Y respecto a la Sra. Ana María, si bien se dispone de mayores datos de prueba, sus resultados se presentan también insuficientes para considerar, al menos, significativamente plausible que sufriera al tiempo de los hechos una grave adicción a tóxicos. En el informe psicológico aportado se diagnostica que la Sra. Ana María sufría, al tiempo de los hechos, dependencia a cannabis, cocaína y anfetaminas, pero nada se precisa sobre el patrón de consumo, destacando la ausencia de todo tratamiento. Por su parte, en el informe emitido por la UCA el 18 de febrero de 2021, si bien se hace constar antecedentes asistenciales en el año 2015 por dependencia a cocaína -coincidente con la tramitación de otra causa que concluyó con su condena como autora de un delito de tráfico drogas y se ordenó la suspensión de la pena por la vía del artículo 80.5 CP-, se precisa, al tiempo, que la Sra. Ana María no acudía a dicha Unidad desde hacía años. De igual modo, los datos que arroja el informe cromatológico aportado, si bien identifican la presencia de muestras metabólicas de sustancias tóxicas no permiten, sin embargo, establecer un patrón temporal, cuantitativo y cualitativo de consumo que indique grave adicción.

29. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación coinciden en identificar una común estrategia de "preconstitución" de datos de prueba relacionados con el consumo de sustancias tóxicas que se activa con motivo de los procedimientos incoados por tráfico de drogas en los que los ahora recurrentes se han visto implicados.

En todo caso, los resultados que arrojan se presentan insuficientes para hacer surgir, al menos, una duda razonable de que ambos sufrieran, al tiempo de los hechos, una grave adicción que se proyectara como factor motivacional en su conducta. Hasta el punto de que esta pudiera ser considerada, principalmente, como un medio para mantener el consumo de sustancias tóxicas.

La conclusión alcanzada, a la luz de los datos de prueba disponibles, es razonable. Lo que conduce a la ya anunciada desestimación del motivo.

### TERCERO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 66 CP EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS

30. El motivo cuestiona las penas impuestas -cinco años de prisión a la Sra. Ana María y cuatro años de prisión al Sr. Roberto - pues al parecer de los recurrentes resultan desproporcionadas. Si se atiende a la cantidad de droga intervenida deberá convenirse en que esta no es excesiva, constituyendo el elemento central para valorar la gravedad de la conducta. A lo que debe sumarse la ausencia de la necesaria motivación para exacerbar las penas de la que hacen gala tanto la sentencia de instancia como la de apelación. Concluyen los recurrentes que concurriendo una circunstancia atenuante y otra agravante en el caso de la Sra. Ana María procede, ex artículo 66.1. 7º CP, su compensación y la fijación de una pena de tres años y seis meses de prisión. Y en el caso del Sr. Roberto, concurriendo una circunstancia atenuante y ninguna agravante, procede imponer la pena mínima de tres años de prisión.

31. El motivo tampoco puede prosperar.

Como esta Sala tiene establecido, la individualización realizada por el Tribunal de instancia es revisable en casación cuando se infrinjan las reglas legales previstas en el artículo 66 CP o cuando, de la mano del artículo 72 CP, los factores de valoración utilizados arrojen un resultado punitivo manifiestamente arbitrario o desproporcionado o se prescinda de toda justificación de la concreta opción punitiva -vid. por todas, SSTS 605/2017, de 5 de septiembre, 892/2022, de 11 de noviembre-.

32. En el caso, es obvio que ninguna regla para la aplicación de las penas de las contempladas en el artículo 66 CP se ha infringido. La denuncia de indebida inaplicación del artículo 66.1. 7º CP solo tendría sentido si se hubiera estimado el motivo anterior. Pero descartada la apreciación de la atenuante, y por lo que respecta a la Sra. Ana María, el marco de pena imponible corresponde, ex artículo 66.1. 3º CP, al de la mitad superior de la pena prevista en el tipo por la concurrencia de una circunstancia agravante.

33. Descartada la indebida aplicación de las reglas legales de individualización, tampoco apreciamos desproporcionalidad en las penas impuestas.

En efecto, el establecimiento por el legislador de un arco punitivo que va desde un límite mínimo a un límite máximo se explica por dos razones: primera, porque si hay conductas fácticamente diversas subsumibles en el mismo tipo, deben establecerse marcos de punición que permitan dar cuenta -a través de la fijación de penas diferenciadas- de la diversidad de injusto concurrente; segunda, porque la culpabilidad, como juicio individual, en la medición de la pena no es idéntica a la culpabilidad como fundamento de la pena.

Ambos presupuestos de la individualización dialogan e interaccionan pues en efecto la racionalidad de la opción punitiva viene, en buena medida, determinada por el grado, la tasa, de gravedad que se atribuya a la conducta juzgada. Juicio de gravedad que debe someterse a fórmulas y modulaciones normativizadas y, además, apoyarse en un discurso de razones explícitas que, en los términos exigidos por el artículo 72 CP, permitan su control.

Los módulos normativos de medición atienden a los planos de desvalor del resultado -de intensidad de la lesión del bien jurídico protegido- y de acción -de antijuricidad, del grado de colisión cualitativa y cuantitativa de la conducta con la norma de prohibición-. Y, desde luego, de culpabilidad del autor.

El margen de discrecionalidad de la pena puntual del que legalmente goza el tribunal no disculpa de justificar de forma suficiente la decisión finalmente adoptada. Muy al contrario. La atribución de dicho margen parte de la presunción de que los tribunales emplearán, de forma racional y motivada, las facultades discrecionales que se les conceden, tomando en cuenta todos los factores concurrentes. Lo que se traduce en que el ejercicio de dicha facultad viene fuertemente condicionado por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues solo así puede ser controlada en evitación de toda arbitrariedad.

Para la determinación de lo que la dogmática clásica ha denominado "pena puntual" el tribunal está obligado a graduar la respuesta punitiva en atención a buenas razones individualizadoras que se nutren de los elementos de gravedad del hecho que no son los mismos, insistimos, que los que determinan la calificación de los delitos. La medida de la concreta pena impuesta debe corresponderse con esa medida de la gravedad del hecho delictivo individualmente considerado.

De ahí que el concepto normativo de gravedad que se menciona en el artículo 66. 6º CP reclame enriquecer el "ámbito de juego" de la individualización acudiendo a nuevas perspectivas de análisis que contemplen factores tales como la energía criminal empleada, la intensidad del daño producido en los bienes jurídicos protegidos, el nivel exteriorizado de desprecio a la norma de prohibición, etc. Elementos, todos ellos, que, desde una perspectiva socio-normativa, sirven para evaluar la mayor o menor gravedad de los hechos, cumpliendo, a la postre, con el mandato de proporcionalidad tanto ordinal como cardinal que se contiene en los artículos 49 CDFUE y 9 y 25 CE.

Mandato de proporcionalidad ordinal que supone una relación de adecuación entre cada delito y su pena, por lo que a hechos de mayor gravedad corresponde aplicar penas de mayor severidad y, de forma correlativa, a hechos de menor gravedad, penas menos severas -vid. STS 350/2022, de 6 de abril-.

De ahí que, para determinar la mayor o menor gravedad de la pena puntual, deba estarse, de forma inevitable, a elementos relacionales, escalas comparativas no solo con otros delitos dentro del sistema, sino con relación a las diversas configuraciones posibles del mismo delito. Lo que obliga, precisamente por ello, a justificar por qué se considera que la pena mínima no satisface el reproche por el total desvalor. Deberán precisarse aquellos elementos o factores de mayor desvalor o de mayor culpabilidad que concurren en el supuesto. Como afirmábamos en la STS 719/2007, de 31 de octubre, "en la medida en que [la pena] se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone".

34. Pues bien, los hechos declarados probados suministran las razones que, suficientemente exteriorizadas en la sentencia recurrida, prestan fundamento a la concreta pena impuesta. En particular, la existencia de un marco estable y continuado de distribución por parte de los recurrentes de sustancias tóxicas, como las intervenidas en su domicilio, a terceros y a otros traficantes, también condenados en esta causa, para que, a su vez, las distribuyeran en cantidades más pequeñas. Este elemento de actividad continuada en el tiempo dota de mayor desvalor a la conducta básica, justificando racional y suficientemente la no imposición de las penas en los respectivos límites mínimos. Si bien ambas penas se fijan en las correspondientes mitades inferiores lo que nutre de evidente proporcionalidad a la decisión individualizadora.

35. No obstante, aprovechando la voluntad impugnativa mediante la que se cuestiona la adecuación normativa del juicio de punibilidad, sí identificamos exceso sancionatorio respecto a la Sra. Ana María. En efecto, fijada una pena de cinco años de prisión no cabe imponer, en los términos contemplados en nuestro Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 1 de marzo de 2005, responsabilidad personal subsidiaria en caso del impago de la multa proporcional fijada. Y ello por una razón esencial: si bien la pena no supera los cinco años que como límite se establece en el artículo 53.3 CP, el impago de la multa sí podría suponer que este se desbordara, por lo que finalmente se estaría produciendo el efecto aumentativo de la prisión que el legislador quiso expresamente evitar. Como afirmábamos en la STS 425/2014, de 28 de mayo, "si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionalidad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesorio como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años [límite aumentado a cinco años en la L.O 1/2015], y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una

pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta. En consecuencia, el art. 53.3º del Código Penal debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados en la medida en que, junto con la pena de prisión impuesta, resulte una pena privativa de libertad superior a cuatro años [cinco en la redacción actual], límite que no se podrá rebasar nunca como consecuencia de dicha responsabilidad personal" -vid. en el mismo sentido, SSTS 358/2003, de 22 de marzo; 147/2021, de 18 de febrero-.

#### CLÁUSULA DE COSTAS

36. Tal como previene el artículo 901 LECrim, procede la condena en costas de los recurrentes Sres. Nicanor y Santos y se declaran de oficio las causadas por el recurso interpuesto por la Sra. Ana María y el Sr. Roberto.

#### FALLO

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

No haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las representaciones respectivas de los Sres. Nicanor y Santos y haber lugar, parcialmente, al recurso de casación interpuesto por la Sra. Ana María y el Sr. Roberto contra la sentencia de 11 de mayo de 2022 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, cuya resolución anulamos en la medida de la estimación parcial, dictándose la segunda sentencia que a continuación proceda.

Condenamos al Sr. Nicanor y al Sr. Santos al pago de las costas causadas por sus respectivos recursos y declaramos de oficio las causadas por el recurso interpuesto por el Sr. Roberto y la Sra. Ana María.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 4133/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar  
D. Antonio del Moral García  
D.ª Carmen Lamela Díaz  
D. Leopoldo Puente Segura  
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 4133/2022, interpuesto por Ana María, Roberto, Nicanor, y Santos contra la sentencia núm. la sentencia n.º 126/2022 de fecha 11 de mayo de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Único.**

Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.**

De conformidad a lo expuesto en la primera sentencia, al hilo del tercero de los motivos formulado por la representación del Sr. Roberto y la Sra. Ana María, procede, por contravenir la cláusula del artículo 53.3 CP, dejar sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria fijada con relación a la Sra. Ana María en caso de impago de la multa impuesta.

**FALLO**

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

Dejamos sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la pena de multa impuesta a la Sra. Ana María.

En los demás extremos, confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.