



Roj: **STS 2087/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2087**

Id Cendoj: **28079120012021100420**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/2021**

Nº de Recurso: **2931/2019**

Nº de Resolución: **439/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 439/2021

Fecha de sentencia: 20/05/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2931/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2931/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 439/2021

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 20 de mayo de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por las representaciones de los acusados **D. Cesar , D. Cosme Y D. Doroteo** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª de fecha 11 de enero de 2018 en el Rollo de Sala nº 21/2017, que les condenó por un **delito contra la salud pública**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, el recurrente D. Cesar representado por la procuradora Dª María de los Ángeles Sánchez Fernández, bajo la dirección letrada de D. José Alcázar López., D. Cosme , representado por la procuradora Dª Mª del Mar Gómez Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Pedro Bermúdez Belmar, y D. Doroteo , representado por la procuradora Dª Miriam Aceituno Martínez, bajo la dirección letrada de Dª María Mercedes Carreño Arnal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción nº 1 de Ibiza instruyó Procedimiento Abreviado nº 21/2017 contra D. Gines , Tamara , Cesar , Adelaida , Cosme , Nicanor y Doroteo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Mallorca, Sección Segunda, que con fecha 11 de enero de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "Los acusados Gines , mayor de edad, Con antecedentes penales cancelados y privado de libertad a resultas de la presente causa desde el día 27 de septiembre de 2013 al 24 de septiembre de 2015, y Tamara , mayor de edad, sin antecedentes penales y privada de libertad a resultas de la presente causa desde el día 27 de septiembre al 30 de septiembre de 2013, previamente concertados y actuando de común acuerdo, desde junio a septiembre de 2013, se dedicaban a la venta de sustancias estupefacientes (señaladamente cocaína, MDMA y ketamina) en Ibiza a terceras personas, ocupando en el dormitorio de su domicilio situado en la CALLE000 , número NUM000 de la localidad de Playa D'En Bossa de la localidad de Sant Joseph, en el registro efectuado el día 27 de septiembre de 2013, un envoltorio de Papel. con 0,231 gramos de ketamina, un envoltorio de plástico con 0,549 gramos de cocaína, una riqueza del 13%, un envoltorio de plástico con 0,363 gramos de MDMA con una riqueza del 76.5%, con un valor total en el mercado de 52 euros, siendo intención de los acusados destinar dichas sustancias estupefacientes a la venta a terceras personas, así como un set de cuerda de alambre verde, con dos rollos en su interior y faltando otros dos, dos rollos de alambre recubierto de plástico verde, dos recortes de bolsa de plástico de forma circular, una bolsa de plástico de Spar en la que se aprecia varios recortes circulares, así como en el salón, cocina-americana, un set de cuerda de alambre verde con dos rollos en su interior, utensilios destinados al pesaje y distribución en dosis de la **droga** incautada. En la indicada actividad de venta de estupefacientes la acusada Tamara realizaba tareas auxiliares de Gines , con carácter ocasional, tales como recibir a compradores de estupefacientes en el domicilio en caso de ausencia de éste, o llevar muestras de la sustancia a terceros.

Los acusados Cesar , mayor de edad, privado de libertad por esta causa desde el 27 de septiembre de 2013 al 2 de abril de 2014 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Adelaida , mayor de edad, sin antecedentes penales y privada de libertad a resultas de la presente causa desde el día 27 al 30 de septiembre de 2013, previamente concertados y actuando de común acuerdo se dedicaban, desde abril a septiembre de 2013, a la venta de sustancias estupefacientes (señaladamente cocaína, MDMA y cannabis) en Ibiza a terceras personas, siendo abastecidos de tales sustancias, entre otros, por el también acusado, Cosme , ocupando en el salón, cocina-americana de su domicilio situado en la CALLE001 número NUM001 , de la localidad de Playa D'En Bossa de la localidad de Sant Joseph en el registro efectuado el día 27 de septiembre de 2013, varios cogollos secos de cannabis con un peso de 4,5018 gramos, una riqueza del 7,3% y un valor en el mercado de 20 euros, siendo la intención de los acusados destinar dichas sustancias estupefacientes a la venta a terceras personas, una báscula digital y un par de bolsitas de plástico con auto cierre, utensilios destinados al pesaje y distribución en dosis de la **droga** incautada y dos billetes de 50 euros, cuatro billetes de 20 euros, tres billetes de 10 euros y un billete de 5 euros procedentes de la venta de sustancias a terceras personas. En la indicada actividad de venta de estupefacientes la acusada Adelaida realizaba tareas auxiliares de Cesar , con carácter ocasional, tales como, recibir a compradores de estupefacientes en el domicilio en caso de ausencia de éste, o llevar muestras de la sustancia a terceros.

Los acusados Cosme , mayor edad, privado de libertad por esta causa, desde el 27 de septiembre de 2013 al 17 de junio de 2014 sin antecedentes penales y Conrado , mayor de edad, privado de libertad por esta causa desde el 27 de septiembre hasta el 2 de abril de 2014, y sin antecedentes penales, previamente concertados y de común acuerdo, se dedicaban desde julio a septiembre de 2013, en Ibiza, a la venta de sustancias estupefacientes a terceras personas, siendo, el acusado Cosme , abastecido de tales sustancias estupefacientes, entre otros, por el también acusado, Nicanor , y ocupando en el registro efectuado el día 28 de septiembre de 2014, en su domicilio situado en la, CALLE002 , número NUM002 de la localidad de Cala



Llonga, término municipal de Santa Eulalia, partido judicial de Ibiza, las siguientes sustancias estupefacientes: -en el interior de la habitación de Cosme , una caja con 1.160 gramos de cannabis con una riqueza del 12%, una bolsa con 30,071 gramos de cocaína con una riqueza del 76.8%, cinco comprimidos de MDMA con un peso de 1,1137 gramos y una riqueza del 46.0%, una barrita de resina de cannabis con un peso de 2,4339 gramos y una riqueza del 16.2%, cuatro ramitas de cannabis con un peso de 28,97 gramos y una riqueza del 7.1%, un trozo de resina de cannabis con un peso de 0,6777 gramos y una riqueza del 16.5%, cuatro comprimidos de MDMA con un peso de 0,8762 gramos y una riqueza del 44.0%, una bolsita con 1,341 gramos de cocaína y una riqueza del 79.8%, una bolsa con 31,69 gramos de cannabis y una riqueza del 8.6%, un comprimido de MDMA con un peso de 0,286 gramos y una riqueza del 32.0%, una bolsita con treinta y dos comprimidos de 2C-B con un peso de 4,668 gramos, un comprimido de 2C-B con un peso de 0,1427 gramos, dos placas de resina de cannabis con un peso de 84,72 gramos y una riqueza del 14.2%, una bolsa con 3,409 gramos de cannabis y una riqueza del 8.8% y varios cogollos de cannabis con un peso de 13,1 gramos y una riqueza del 9.4%, y un valor total en el mercado. de 9.500 euros, siendo la intención del acusado destinar dichas sustancias estupefacientes a la venta a terceras personas, así como una báscula de precisión, modelo MZ-600, un cuchillo de cocina con restos de hachís en su hoja, una libreta con anotaciones varias, una báscula de precisión modelo SF-400 y una báscula de precisión modelo Henry-50, utensilios destinados al pesaje y distribución en dosis de la **droga** incautada y un total de 4780 euros, en concreto 4375 euros desglosados en un billete de 100 euros, 53 billetes de 50 euros, 59 billetes de 20 euros, 28 billetes de 10 euros y 33 billetes de 5 euros procedentes de la venta de sustancias a terceras personas.

-en el interior de la habitación de Conrado , sesenta y ocho comprimidos de MDMA con un peso de 14,663 gramos y una riqueza del 45.3%, una bolsa con 128,85 gramos de cánnabis y una riqueza de 18.1%, una bolsa con 36,0884 gramos de cannabis y una riqueza del 11.4%, tres ramas de cannabis con un peso de 11,81 gramos y una riqueza del 9.6% y un comprimido de 2C-B con un peso de 0,1461 gramos, con un valor total en el mercado de 1400 euros, siendo la intención del acusado destinar dichas sustancias estupefacientes a la venta a terceras personas, así como 240 euros desglosados en dos billetes de 50 euros, 5 billetes de 20 euros y 4 billetes de 10 euros procedentes de la venta de sustancias a terceras personas.

-en el salón.comedor del domicilio una libreta con diversas anotaciones así como una bolsa conteniendo bolsas con cierre hermético, destinadas a la distribución en dosis de la **droga** incautada.

El acusado Nicanor mayor de edad, con DNI número privado de libertad, por esta causa desde el 27 de septiembre hasta el 2 de octubre de 2013 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, desde julio a septiembre de 2013, se dedicaba en Ibiza a la venta de sustancias estupefacientes a terceras personas, siendo abastecido de tales sustancias estupefacientes, entre otros, por el también acusado, Doroteo , y otras personas que permanecen en situación de rebeldía procesal y a quienes no se enjuicia por ahora en el presente procedimiento, ocupando, en el registro efectuado el día 27 de septiembre de 2013, en su domicilio-situado en la AVENIDA000 , nº NUM003 EDIFICIO000 , Apartamento NUM004 , Es Canar, de la localidad de Santa Eulalia del Río, un envoltorio con 0,932 gramos de cocaína con una riqueza del 76.1% y un valor en el mercado de 45 euros, siendo la intención del acusado destinar dicha sustancia estupefaciente a la venta de terceras personas.

El acusado Doroteo mayor edad, privado de libertad por esta causa desde el 27 de septiembre de 2013 al día 27 de agosto de 2015, junto con otras personas que permanecen en situación de rebeldía procesal y a quienes no se enjuicia por ahora en el presente procedimiento, previamente concertados y actuando de común acuerdo, en septiembre de 2013, se dedicaban a la venta de sustancias estupefacientes en Ibiza .a terceras personas, ocupando, en el registro efectuado el día 27 de septiembre de 2013 en el domicilio situado en la AVENIDA001 , nº NUM005 de la localidad de San Joseph, las siguientes sustancias estupefacientes:

-en el salón comedor de la vivienda, una bolsa con cincuenta comprimidos de MDMA con un peso de 17,733 gramos y una riqueza del 5.3%, una bolsa con cincuenta comprimidos de MDMA con un peso de 17,6921 gramos y una riqueza del 4.7%, un bolsa con 40 comprimidos de MDMA con un peso de 14,1721 gramos y una riqueza del 4.8%, una bolsa de plástico con 40,769 gramos de ketamina, una bolsa con cincuenta y dos comprimidos y varios trozos de MDMA con un peso de 9,4789 gramos y una riqueza del 36.5%, un trozo de MDMA con un peso de 0,2023 gramos y una riqueza del 27.8%, un trozo de MDMA con un peso de 0,12 gramos y una riqueza del 52.1%, un trozo de MDMA con un peso de 0,0266 gramos y una riqueza del 35.6%, una bolsa de plástico con 0,216 gramos de MDMA y una riqueza del 65.2%, una bolsa de plástico con 0,194 gramos de cocaína y una riqueza del 67.4%, varios cogollos de cannabis con un peso de 3,723 gramos y una riqueza del 8.3%, una bolsa de plástico con 4,211 gramos de cocaína y una riqueza del 65.7%, ocho comprimidos de MDMA con un peso de 1,9518 gramos y una riqueza del 52.1%, una bolsa de plástico con 10,861 gramos de MDMA y una riqueza del 61.8%, una bolsa de plástico con 0,934 gramos de MDMA y una riqueza del 73.5%, una bolsa de plástico con 0,752 gramos de MDMA y una riqueza del 64.6%, una bolsa de plástico con 0,856 gramos de



MDMA y una riqueza del 56.0%, una bolsa con 1,88 gramos de MDMA y una riqueza del 74.0%, con un valor total en el mercado de 5800 euros, siendo la intención del acusado y del resto de ocupantes de la vivienda que permanecen en situación de rebeldía y a quienes no se enjuicia en el presente procedimiento por el momento, destinar dichas sustancias estupefacientes a la venta a terceras personas, así como una hoja de papel con anotaciones con nombres de personas y cantidades de dinero, una balanza de precisión modelo Item RD-500, un cuenco circular de porcelana teniendo adherido restos de metanfetamina, un mortero de madera teniendo adherido metanfetamina, varios envoltorios de plástico transparente de auto-cierre, utensilios destinados al pesaje y distribución en dosis de la **droga** incautada.

-en la azotea de la vivienda, dos plantas de cannabis con un peso de 251,95 gramos y una riqueza del 7.2%, con un valor en el mercado de 1200 euros, siendo la intención de los acusados destinar dicha sustancias estupefaciente a la venta de terceras personas.

La causa ha sufrido, paralizaciones procesales innecesarias desde mayo de 15 hasta enero de 2017."(sic)

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Mallorca, Sección 2ª, dictó sentencia nº 14/2018 con el tenor literal siguiente: " FALLAMOS: Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS A Luis Alberto , en concepto de autor de un delito contra la Salud Pública relativo a sustancia que causa grave daño a la salud, precedentemente definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN, y MULTA** por importe de 140 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 15 días de privación de libertad, conforme a lo dispuesto en el art. 53 del Código Penal, inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y pago de 1/8 parte de las costas procesales.

Que debemos Condenar y Condenamos a Cesar , en concepto de autor de un delito contra la Salud pública relativo a sustancia que, causa grave daño a la salud, precedentemente definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas a las penas de tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la de multa de 250 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 15 días de privación de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal.

Que debemos Condenar y Condenamos a Cosme , en concepto. de autor de un delito contra la Salud pública relativo a sustancia que causa grave daño a la salud, precedentemente definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas a las penas de tres años y seis meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la de multa de 10.000, euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de .15 días de privación de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal.

Que debemos Condenar y Condenamos a Tamara , Tamara , en concepto de, autor de un delito contra la Salud pública relativo a sustancia que causa grave daño a la salud, precedentemente definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas a las penas dos años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la de multa de 50 euros, con. responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 15 días de privación de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal.

Que debemos Condenar y Condenamos a Adelaida , en concepto de autor de un delito contra la Salud pública relativo a sustancia que causa grave daño a la salud, precedentemente definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas. a las penas dos años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial, para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la de multa de 150 euros, con responsabilidad Personal subsidiaria eh caso de impago de. 15 días de privación' de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal.

Que debemos Condenar y Condenamos a Conrado , en concepto de autor de un delito contra la. Salud pública relativo a sustancia que causa grave daño a la salud, precedentemente definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas a las penas tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la de multa de 1.500 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 15 días de privación de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal.

Que debemos Condenar y Condenamos a Nicanor , en concepto de autor de un delito contra la Salud pública relativo a sustancia que causa grave daño a la salud, precedentemente definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas a las penas tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la de multa de 100 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 15 días de privación de libertad; conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal.



Que debemos Condenar y Condenamos a Doroteo , en concepto de autor de un delito contra la Salud pública relativo a sustancia que causa grave daño a la salud, precedentemente definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas las penas cuatro años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la de multa de 7.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 15 días de privación de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal.

Se decreta el comiso y destrucción de las sustancias intervenidas, y el comiso a favor del estado español de las cantidades económicas intervenidas.

Para el cumplimiento de la pena impuesta les será de abono a cada acusado el tiempo de privación de libertad preventivamente sufrido por razón de esta causa" (sic)

TERCERO.- Con fecha 29 de enero de 2018, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Mallorca, dictó Auto de Aclaración, cuya parte dispositiva es la siguiente: " **LA SALA ACUERDA: ACLARAR** la resolución y suplir la omisión producida, de la siguiente manera:

En el Fallo de la Sentencia, donde dice: "Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Luis Alberto "

Debe decir: "Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Gines "

Se añade en los Antecedentes de Hecho lo siguiente:

" Conrado , mayor de edad, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde el 30 de septiembre de 2013 hasta el 2 de abril de 2014, representado por el Procurador D. Alberto Vall Cava de Llano y defendido por la Letrada Da. Cristina Molina Costa"

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, e infracción de precepto constitucional por las representaciones de los acusados D. D. Cesar , D. Cosme Y D. Doroteo , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Los recursos interpuestos por las representaciones de los acusados anteriormente citados, los basaron en los siguientes motivos de casación:

Recurso de D. Cesar

- 1.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por inaplicación indebida del párrafo 2º del art. 368 del Código Penal.
- 2.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por aplicación indebida de los artículos 21.7 en relación con el art. 21, 4º del Código Penal.
- 3.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por inaplicación indebida de los artículos 21.1 y 21.2 en relación con el art. 20, 2º del Código Penal.

Recurso de D. Cosme

- 1.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida del art. 368 del C.P
- 2.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por aplicación indebida de los artículos 21.7 en relación con el art. 21, 4º del Código Penal.
- 2.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por inaplicación indebida del artículo 21.2 en relación con el art. 20, 2 y ambos con el 21.7 del Código Penal.
- 3.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim., al haberse conculcado el derecho fundamental de presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Recurso de D. Doroteo

- 1.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por aplicación indebida de los artículos 21.6 y 66. 1. 2º del Código Penal.
- 2.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por aplicación indebida de los artículos 21.7 en relación con el art. 21, 4º del Código Penal.
- 3.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por inaplicación indebida del párrafo 2º del art. 368 del Código Penal.



SEXO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 11 de octubre de 2019, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión de los recursos; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por providencia de esta Sala de fecha 20 de abril de 2021 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 19 de mayo de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª, condenó a los acusados Cesar , Cosme y Doroteo , entre otros acusados, como autores de un delito contra la salud pública por **tráfico** de sustancias que causan grave daño a la salud, a las penas de 3 años de prisión y multa de 250 euros al primero; de 3 años y 6 meses de prisión y multa de 10.000 euros al segundo, y de 4 años de prisión y multa de 7.000 euros al tercero. Contra la sentencia interponen recurso de casación, formalizando varios motivos, algunos de ellos coincidentes. Estos últimos serán examinados conjuntamente.

Alegan los tres recurrentes, en los segundos motivos de sus recursos, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), la infracción por inaplicación indebida, de la atenuante analógica de confesión, artículo 21.4 en relación con el 21.7 del Código Penal (CP).

1. Hemos reiterado que la atenuante de confesión del artículo 21.4º exige que el sujeto confiese la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. No es preciso ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento por el hecho cometido, pues lo que se valora en la configuración de la atenuante es, de un lado, la colaboración del autor a la investigación de los hechos, facilitando que se alcance la Justicia, y, de otro, al mismo tiempo, su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias. Cumpliéndose el elemento temporal, es suficiente con una confesión del hecho que pueda reputarse veraz, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal. En este sentido la STS núm. 1072/2002, de 10 de junio; STS núm. 1526/2002, de 26 de septiembre; y STS núm. 590/2004, de 6 de mayo, entre otras.

La atenuante analógica debe apreciarse en atención a la concurrencia de las mismas o similares razones de atenuación en relación con las atenuantes expresamente contempladas en el artículo 21 del Código Penal, pero no permite construir atenuantes incompletas cuando falten los requisitos que se exigen por la Ley.

En relación con la atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de forma importante contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado. Así, decíamos en la STS núm. 809/2004, de 23 junio que "esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4ª del Código Penal, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito". En el mismo sentido, la STS 1348/2004, de 25 de noviembre.

2. Los tres recurrentes se han limitado a reconocer en el juicio oral los hechos que se les imputaban por la acusación. Pero ese reconocimiento se hace cuando ya tienen completo conocimiento de las abrumadoras pruebas que existían en su contra, suficientes para demostrar su existencia más allá de toda duda razonable. Pues efectivamente, la acusación contaba no solo con la incautación de las sustancias de **tráfico** ilícito y de distintos efectos destinados a preparar las correspondientes dosis para la venta, sino también con abundantes conversaciones telefónicas, que, puestas en relación con las sustancias y efectos intervenidos, resultaban bastantes para acreditar que se dedicaban a la venta de aquellas a terceros. Pruebas cuya valoración conduciría al mismo resultado probatorio aunque los recurrentes hubieran guardado silencio o hubiesen negado los hechos.

Por lo tanto, aunque su actitud de reconocimiento de los hechos pudo ser valorada en el momento de individualizar la pena, justificando la cercanía al mínimo legal, no aportó nada relevante para facilitar la acción de la Justicia, por lo que no tiene entidad para constituir la base fáctica de una atenuante analógica, como se pretende en los motivos.

Por lo tanto, los motivos se desestiman.



SEGUNDO.- Los recurrentes Cesar y Cosme, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, en el motivo tercero de sus recursos, denuncian la inaplicación indebida de la atenuante de drogadicción. El primero alega que es consumidor de las sustancias que vendía con las que se procuraba dinero para su propio consumo y que, dada la escasa cantidad ocupada en su domicilio, podría considerarse que tenía ese destino. Cosme alega que era consumidor de las mismas sustancias.

1. El consumo de **drogas** puede causar efectos atenuatorios por diferentes vías. De un lado, cuando a causa de sus características, especialmente la intensidad, la duración temporal y el tipo de **droga**, puede provocar una alteración relevante de las facultades del sujeto de manera que le impidan, parcial o totalmente, comprender la ilicitud de su conducta o ajustar su comportamiento a esa comprensión. De otro lado, sin que pueda afirmarse una absoluta separación respecto del anterior supuesto, cuando una grave adicción suponga un impulso relevante en la conducta, que aparece así dirigida a obtener los medios para acceder a las sustancias necesarias para el consumo.

2. En el caso, respecto de ambos recurrentes, el informe médico forense recoge que no se observan signos físicos de consumo ni abstinencia. De esta forma, y ante la ausencia de otras pruebas que puedan considerarse significativas, queda excluida no solo la existencia de una alteración en las facultades del sujeto que provoque una disminución relevante de su capacidad de culpabilidad, sino también, aun admitiendo su condición de consumidores, el carácter grave de su adicción a los efectos de la atenuante del artículo 21.2 CP.

No resulta, por lo tanto, de la sentencia impugnada la existencia de las bases fácticas necesarias para estimar la atenuación pretendida por los recurrentes, lo que conduce a la desestimación de ambos motivos.

TERCERO.- El recurrente Cosme en el motivo cuarto de su recurso y el recurrente Doroteo en el motivo primero, denuncian la infracción, por inaplicación indebida, de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada. Este último señala que, tras el último escrito de las defensas en mayo de 2015, no se remitieron los autos a la Audiencia hasta enero de 2017 y no se celebró el juicio oral hasta diciembre de ese mismo año. El segundo, que el tiempo relativo a las paralizaciones que han dado lugar a la atenuante simple apreciada en la sentencia, ha de ampliarse con el transcurrido hasta el emplazamiento para la interposición del recurso de casación, que tuvo lugar en junio de 2019.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. Concepto no exactamente coincidente con el anterior, pero relacionado con él, en tanto que el plazo del proceso dejará de ser razonable cuando se haya incurrido en retrasos no justificados. Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. En particular debe valorarse la duración total del proceso, la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. Por lo tanto, no solo el transcurso del tiempo es un elemento relevante para la apreciación de la atenuante, ya que es preciso examinar aquellos otros a los que se refiere el precepto, entre ellos la complejidad de la causa.

Su apreciación como muy cualificada requerirá de una paralización que pueda ser considerada superior a la extraordinaria, o bien que ésta, dadas las concretas circunstancias del penado y de la causa, pueda acreditarse que ha ocasionado un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple. En este sentido, en la STS 692/2012 se hace referencia a una dilación manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. Y añade que también, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para



hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales.".

En algunos precedentes, esta Sala ha aplicado la atenuante como muy cualificada en procesos por causas no complejas de duración entre ocho y doce años entre la incoación y la sentencia de instancia (STS 1224/2009; STS 1356/2009; STS 66/2010; STS 238/2010; y STS 275/2010) reduciendo la pena en uno o dos grados según las circunstancias de cada caso. Así se recogía en la STS nº 72/2017, de 8 de febrero.

2. Los retrasos en la tramitación, teniendo en cuenta la complejidad de la tramitación de la causa derivada del número de imputados, ya que la acción se dirigió contra ocho personas por hechos no siempre coincidentes, ya ha dado lugar a que la Audiencia Provincial haya apreciado la atenuante de dilaciones indebidas. No se aprecian elementos que permitan sostener que la duración global de la causa o los periodos de paralización superen el carácter de extraordinarios e indebidos que ya se exigen por la ley para la apreciación de la atenuante simple. Tampoco resulta así del tiempo transcurrido hasta el emplazamiento de los recurrentes para ante esta Sala, pues nada se dice acerca de las causas del mismo, de manera que no es posible sostener que pueda considerarse como indebido. En cualquier caso, consta en las actuaciones diligencia según la cual en el mes de abril de 2019 no se había podido notificar la sentencia personalmente a los acusados, ahora recurrentes, al encontrarse en ignorado paradero.

En cualquier caso, unido el periodo de paralización ya valorado, comprendido entre mayo de 2015 y enero de 2017 y el periodo empleado para el emplazamiento, tampoco justificarían considerar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

En consecuencia, los motivos se desestiman.

CUARTO.- En el desarrollo del motivo anterior, el recurrente Cosme alegó también que se le había impuesto una pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal, que, como consta en los mismos antecedentes de la sentencia, fue concretada en las conclusiones definitivas en la extensión de 3 años de prisión.

1. La cuestión en nada se relaciona con el motivo, que se formaliza solicitando la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el principio acusatorio, en el marco de un sistema que exige la separación absoluta entre las funciones de acusar y juzgar, con el objetivo de preservar estructuralmente la posición imparcial del Tribunal, supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él. Dicho de otra forma, la condena presupone una acusación sostenida por alguien distinto del Tribunal que juzga. A ello se añade, aunque mas bien en relación al derecho de defensa, que la acusación ha de formularse en condiciones tales que el acusado pueda defenderse de la misma, *lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo.* (STS nº 1590/1997, de 30 de diciembre).

La cuestión de la vinculación a la pena interesada por las acusaciones ha sido recogida en numerosas sentencias después de haber sido tratada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, en el que acordó que " *el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa*". Lo cual ha sido aplicado en numerosas resoluciones posteriores.

2. El Ministerio Fiscal alega que no ha podido comprobar si en sus conclusiones definitivas en la instancia se solicitó la pena de 3 años, como ahora se alega, al no disponer del acta del juicio oral. No obstante, en la misma sentencia, se recoge en los antecedentes que la pena solicitada para este recurrente fue de 3 años de prisión, sin que en el Rollo de la Audiencia conste ningún documento u otro dato que demuestre lo contrario.

A esa constancia hemos de atenernos al no constar fehacientemente una solicitud de pena en extensión superior.

En consecuencia, el motivo se estima.

QUINTO.- En el motivo primero del recurso formalizado por Cesar y en el motivo tercero del recurso formalizado por Doroteo , alegan la indebida inaplicación del párrafo segundo del artículo 368 CP. El primero alega que no hay ninguna prueba de que traficara con sustancias distintas de las que fueron encontradas en su domicilio, es decir, marihuana y en escasa cantidad.

1. La STS 873/2012, de 5 de noviembre, citada por la STS nº 501/2020, de 9 de octubre, resumió la doctrina jurisprudencial sobre este tipo atenuado en los siguientes términos:



1º) El nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

2º) Concorre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico".

3º) La regulación del artículo 368.2 no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

4º) Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5º) Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6º) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

2. En el caso, no concurren en ninguno de los acusados los elementos necesarios para cumplir con las exigencias establecidas para la aplicación del subtipo atenuado, pues en ambos casos se aprecia una dedicación al tráfico constante y mantenida en el tiempo, de forma que puede apreciarse una cierta profesionalización de la actividad de tráfico que ha llevado en ocasiones a esta Sala a rechazar la posibilidad de atenuación (STS nº 177/2012, de 1 de marzo).

Así, respecto de Cesar, no se recoge solamente una conducta puntual o esporádica de venta de drogas, sino que se declara probado, y son hechos reconocidos por el recurrente, que, desde abril a setiembre de 2013, en Ibiza, venía dedicándose a la venta de sustancias estupefacientes, señaladamente, cocaína, MDMA y cannabis. Lo cual viene corroborado por el contenido de las conversaciones telefónicas que se recogen en la sentencia, en las que se hacen menciones a operaciones que claramente no se refieren a la compraventa de marihuana, sino a las otras sustancias antes mencionadas. Por lo tanto, no solo existe prueba de que no solo vendía marihuana, sino también de su dedicación constante a la venta de aquellas sustancias.

En cuanto al otro recurrente Doroteo, se declara probado que operaba como suministrador de otros vendedores, como Nicanor, y que se dedicaba a la venta de estupefacientes, ocupándose en su domicilio, entre otros objetos, más de 192 comprimidos de MDMA, 40,79 grs. de ketamina, 4,402 gramos de cocaína, y distintos objetos para la preparación de dosis, como un mortero con restos de metanfetamina, una balanza, envoltorios de plástico transparente y, además, una hoja con distintas anotaciones de nombre de personas y cantidades de dinero, todo lo cual, es incompatible con una actividad puntual o esporádica, poniendo de relieve una dedicación a la venta de distintas sustancias, que resulta incompatible con la valoración de los hechos como de escasa entidad.

En consecuencia, los motivos se desestiman.

FALLO

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

1º. **Estimamos parcialmente** el recurso de casación interpuesto por **D. Cosme** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª de fecha 11 de enero de 2018 en el Rollo de Sala nº 21/2017.

2º. **Declaramos** de oficio las costas de su recurso.



3º. Desestimamos los recursos de casación interpuestos por **D. Cesar y D. Doroteo** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª de fecha 11 de enero de 2018 en el Rollo de Sala nº 21/2017.

4º. Condenar a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Pablo Llarena Conde D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura D. Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 2931/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 20 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2931/2019, contra sentencia de fecha 11 de enero de 2018, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el Rollo de Sala nº 21/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 1791/2013 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Ibiza. Dicha resolución ha sido casada y anulada por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, proceden a dictar segunda Sentencia con arreglo a los siguientes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con nuestra sentencia de casación, procede imponer al acusado D. Cosme la pena de 3 años de prisión y multa de 10.000 euros.

FALLO

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

1º. Condenamos al acusado **D. Cosme**, como autor de un delito contra la salud pública por **tráfico de drogas** que causan grave daño a la salud, a la pena de 3 años de prisión y multa de 10.000 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con la responsabilidad personal subsidiaria establecida en la sentencia de instancia.

2º. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.



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

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Pablo Llarena Conde D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura D. Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ