



Roj: **STS 1999/2025 - ECLI:ES:TS:2025:1999**

Id Cendoj: **28079120012025100425**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/05/2025**

Nº de Recurso: **7485/2022**

Nº de Resolución: **417/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 417/2025**

Fecha de sentencia: 07/05/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7485/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/05/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de Galicia.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 7485/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 417/2025**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Palomo Del Arco

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 7 de mayo de 2025.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 7485/2022, interpuesto por **D. Jenaro**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Luisa Rendo Couto, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Myriam Gómez Andrés y **D. Justiniano** representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Alicia Reynolds Martínez, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Patricia Gómez Santiago contra la sentencia n.º 61/2022 de fecha 13 de junio de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 59/2021 de fecha 22 de noviembre de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección cuarta en el PA 59/2021, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Villagarcía de Arousa.

Es parte el **Ministerio Fiscal**.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Villagarcía de Arousa incoó Diligencias previas procedimiento abreviado núm. 545/2018 por delito contra la salud pública, contra Jenaro y Justiniano; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, cuya Sección 4<sup>a</sup>, (PA. 59/2021) dictó Sentencia en fecha 22 de noviembre de 2021 que contiene los siguientes **hechos probados**:

" El Tribunal declara probados los siguientes HECHOS :

En virtud de las investigaciones llevadas a cabo por funcionarios del Cuerpo de la Policía Nacional adscritos a la Unidad de Drogas y Crimen Organizado (UDYCO Pontevedra) así como los Agentes de la Guardia Civil adscritos al Equipo de Crimen Organizado (ECO Galicia) en el periodo comprendido entre junio de 2018 y febrero de 2019, se tuvo conocimiento de que el acusado Jenaro, nacido el NUM000 /66, con DNI NUM001, estaba participando en actividades relacionadas con el tráfico de sustancias estupefacientes.

Como consecuencia de los dispositivos de vigilancia y seguimiento establecidos sobre el citado investigado se pudo comprobar que tras un encuentro concertado para la entrega de una partida de heroína, Jenaro se reunió, con el también acusado Justiniano, nacido el día NUM002 /63 con DNI NUM003, el día NUM004 /18 en el Centro Comercial Eroski de Rivadeo, Lugo, al que se desplazaron ambos desde sus respectivos domicilios en Vilanova de Arosa y Morcin-Asturias y de nuevo el día a las 13,10 horas en el mismo lugar, en donde Jenaro le hizo entrega de un envoltorio con 144,5 gramos de Heroína con una pureza de 55,65% para su posterior venta a terceras personas y cuyo valor en el mercado ilícito ascendería a 14.923,33 €. A su vez Justiniano hizo entrega a Jenaro de un sobre de color blanco que contenía 1500€ como parte del precio de la droga intervenida

En el momento de la detención a Jenaro se le ocupó, además, la cantidad de 523,25 € provenientes de su ilícita actividad y un teléfono móvil NUM005 empleado en la actividad ilícita.

A Justiniano, en el momento de su detención, le fueron también intervenidos un teléfono móvil Xiaomi asociado al teléfono NUM006 y la cantidad de 315 € en efectivo, provenientes de la actividad ilícita.

Practicado registro en el domicilio de Jenaro en el DIRECCION000 de Vilanova de Arousa como efectos o instrumentos relacionados o derivados de la actividad ilícita fueron hallados un total de 9075 € en efectivo, un teléfono iPhone sin tarjeta, una Tablet Samsung, 45 macetas con plantas de marihuana con un peso de 494,3 gramos de cannabis con un valor en el mercado ilícito al que iban destinadas de 2491,27 €, 245,6 gramos de heroína con una pureza del 55,7 % destinada a la venta a terceras personas y un valor en el mercado ilícito de 25.326,87 € y un vehículo Audi A5 con matrícula provisional con fecha 8/2/19 y núm. de BOR 13. B, adquirido con las ganancias del narcotráfico, cuya realización anticipada y uso provisional ha sido autorizado en el curso de las diligencias."

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"CONDENAMOS a Jenaro como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del art 368, 1 del CP a la pena de CINCO AÑOS DE PRISION con la accesoria de Inhabilitación Especial para el ejercicio del. Derecho de Sufragio Pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 60.000€, con responsabilidad personal en caso de impago de 45 días de privación de libertad y pago de las costas procesales.

CONDENAMOS a Justiniano responsable de un delito contra sustancias que causan grave daño a la CP la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS accesoria de Inhabilitación Especial Derecho de Sufragio Pasivo durante el multa de 29.000 € multa de 29.000 personal en caso de impago de un mes y pago de costas procesales.

Se acuerda el COMISO de todas las sustancias, dinero y efectos procedentes del delito o utilizados para su comisión por ambos acusados. y, en su caso, sus transformaciones o equivalentes, tal como figura en el

fundamento de derecho sexto de esta resolución, acordando que los efectos y el dinero sean adjudicados al Estado a través del Fondo del Plan Nacional contra la Droga

Notifíquese la presente Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de Sala, a las partes y a los ofendidos y perjudicados, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento, instruyéndoles que contra la misma cabe RECURSO DE APELACION ante esta Audiencia para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia dentro de los DIEZ DIAS siguientes al de la última notificación de la sentencia que se tramitará conforme a lo establecido en los arts.790, 791 y 792 de la LECR."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones procesales de Jenaro y Justiniano ; dictándose sentencia núm. 61/2022 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 13 de junio de 2022, en el Rollo de Apelación 34/2022, cuyo Fallo es el siguiente:

" **Desestimamos** el recurso de apelación planteado por la defensa de Jenaro contra la sentencia de fecha 22/11/2021 dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 42, en la causa P.A. 59/2021.

**Desestimamos** el recurso de apelación planteado por la defensa de Justiniano contra la sentencia de fecha 22/11/2021 dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 42, en la causa P.A. 59/2021.

Sin costas de esta instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma."

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones procesales de D. Jenaro y D. Justiniano 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:

#### **Jenaro**

Motivos primero y segundo.- Se funda en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5, 4º de la LOPJ consistente en infracción de precepto constitucional. Vulneración del derecho fundamental a la intimidad del art. 18 de la CE por la validación de la autorización de geolocalización de vehículos en fase de instrucción. Vulneración del artículo 24.2 CE por fundamentar esa validación en unos informes policiales no ratificados en el acto de la vista. Vulneración constante y reiterada del derecho a un proceso con todas las garantías.

Motivo tercero.- Se funda en el artículo 852 en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del artículo 24 de la CE en los que se recogen los derechos fundamentales a la presunción de inocencia: inexistencia de prueba de cargo infracción del principio de presunción de inocencia.

Motivos cuarto y quinto.- Al amparo del artículo 852 LECr por infracción del art. 24.2 de la Constitución Española, derecho a un proceso con todas las garantías, con infracción del artículo 77 del Código Penal.

Motivo sexto.- Infracción de Ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 852 y 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto constitucional y legal en la determinación de la pena: ausencia de motivación en la graduación de las penas. Infracción del artículo 66 regla primera del CP y de los artículos 127,1 y 374 del CP en relación al artículo 24 de la CE

Motivo séptimo.- Infracción de Ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por incorrecta aplicación del art. 21.6 del vigente CP, al no haberse apreciado la atenuante muy cualificada (o en su defecto simple) de dilaciones indebidas.

#### **Justiniano**

Motivo primero.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de los art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim: por el que se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24, en relación al 120.3 de la Constitución Española así como infracción del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24 de la Constitución.

Motivo segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECr, al existir aplicación indebida de un precepto penal sustantivo que ha de ser observada en la aplicación de la Ley penal. En concreto, del art. 368.1 del Código Penal.

Motivo tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECr, al existir inaplicación de un precepto penal sustantivo que ha de ser observada en la aplicación de la Ley penal. En concreto, del art. 26.1 del Código Penal en relación a las dilaciones indebidas.

Motivo cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECr, al existir inaplicación de un precepto penal sustantivo que ha de ser observada en la aplicación de la Ley penal. En concreto, del art. 21.2 en relación al art. 20, ambos del Código Penal respecto a

la circunstancia de drogadicción.

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

**SÉPTIMO.-** Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 6 de mayo de 2025.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Jenaro

### **PRIMER Y SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES GARANTIZADOS POR EL ARTÍCULO 18 CE**

1. La denuncia de vulneración de los derechos garantizados en el artículo 18 CE, pese a desdoblarse en dos motivos, se articula sobre un argumento principal: tanto los autos que autorizaron la geolocalización de los vehículos utilizados por el recurrente como la intervención de las dos líneas telefónicas de las que era titular carecían de sustento fáctico indiciario suficiente para justificar las inferencias. Los correspondientes oficios policiales que los precedieron se limitaron a introducir meras sospechas, huérfanas de toda corroboración objetiva. Se afirma que el recurrente se dedicaba a actividades relacionadas con el tráfico de drogas sin precisar concretas conductas, deformando la realidad patrimonial, ocultando, incluso, la realidad de la actividad de venta de vehículos de segunda mano que desarrollaba, sin acreditar, tan siquiera, mínimamente, los datos que se afirman provenían de la policía francesa como los relativos a la tenencia de una furgoneta IVECO preparada con un dispositivo u osquedad conocida en el argot policial como *caleta* para transportar droga. Además, se acreditó que dicho vehículo se vendió a un tercero antes del viaje a Francia y que la persona investigada en dicho País no era el hoy recurrente. Incluso, se utiliza el dato relativo a viajes a Holanda cuando lo cierto es que el recurrente residió en aquel país donde, además, tiene familia -mujer e hijos-. Lo que explica, "sin que quepan suspicacias de ningún tipo" (sic), los viajes a aquel país, donde, además adquiere vehículos para su posterior venta en España. Se le vincula, también, con personas relacionadas con el narcotráfico sin precisar que todos ellos son vecinos del municipio -Vilagarcía de Arosa- donde vive. Todo ello patentiza la naturaleza prospectiva de las inferencias ordenadas.

Además, no comparecieron al acto del juicio oral los agentes que suscribieron los respectivos oficios por lo que no se pudo someter a contradicción las informaciones que contenían.

La manifiesta ausencia de fundamento indiciario convierte a los autos injerentes originarios en nulos. Nulidad que arrastra la de los autos posteriores que dispusieron la prórroga de las intervenciones previamente ordenadas al darse una evidente conexión de antijuricidad. Prórrogas que, además, se ordenaron sin que antes se aportaran los soportes con las grabaciones de las conversaciones intervenidas.

La inutilizabilidad de las informaciones obtenidas mediante las geolocalizaciones e intervenciones telefónicas nulas priva de todo sustento probatorio a la condena por lo que procede, en esta instancia casacional, dictar sentencia absolutoria.

2. Para dar respuesta a la cuestión suscitada por el recurrente debemos partir de un presupuesto insoslayable: los derechos fundamentales 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 grave y no justificada de dichos límites materiales.



Los agentes estatales pueden, por tanto, utilizar mecanismos inherentes 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, en las Convenciones internacionales y en las leyes.

Como presupuestos legitimantes, como reglas básicas para la activación de medidas altamente invasivas, la 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 inherente; 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, especialmente cuando afecte al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, por la autoridad judicial con base a buenas razones justificativas que pateticen 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 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 inherentes 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.

**3.** 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 o el Ministerio Fiscal, 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 que, 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.

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 inferencia, 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; 49/2021, de 3 de febrero; 1026/2024, de 14 de noviembre-.

4. Es desde la perspectiva expuesta desde la que deben ser analizados los respectivos autos injerentes cuya regularidad constitucional combate el recurrente.

Pues bien, del examen de su contenido, consideramos, al igual que lo hizo el tribunal de apelación, que reúnen condiciones de validez constitucional para servir como un instrumento eficaz de las restricciones ordenadas de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones afectados.

Frente a lo que se sostiene en el recurso, las resoluciones patentizan que el juez de instrucción, a partir de la información facilitada por los agentes en los respectivos oficios que sirvieron de base a la solicitudes de geolocalización e intervención telefónica instadas por la Fiscalía de Pontevedra, identificó, racionalmente, la presencia de elementos precursores de que se podría estar cometiendo un delito grave contra la salud pública y valoró, adecuadamente, la proporcionalidad de las medidas injerentes, como presupuesto esencial de su necesidad.

La identificación de la base fáctica de las injerencias ordenadas vino precedida de una labor de investigación cuyos resultados se detallan de forma precisa en los oficios confeccionados que se presentaron a la autoridad judicial. Se indicó que la fuente de la *notitia criminis* -que traficaba con heroína que transportaba desde Holanda utilizando vehículos con compartimentos ocultos- era anónima y se precisaron las gestiones investigativas realizadas para su provisoria confirmación que incluyeron: la ubicación precisa del domicilio del investigado; la identificación de contactos y reuniones mantenidas con personas sospechosas de conductas relacionadas con el tráfico de drogas que se identifican con nombres y apellidos; seguimientos de los desplazamientos por carretera del recurrente, utilizando distintos vehículos, que permitieron constatar cómo activaba estrategias vigilantes y elusivas muy significativas -conducción muy lenta y súbitos *acelerones*, giros inesperados en rotondas, incursión por direcciones prohibidas-; la titularidad de varios vehículos; la ubicación dentro de su finca de una furgoneta IVECO observándose que se había habilitado una suerte de oquedad o *caleta* -en el argot policial- en la carrocería, como las que suelen destinarse al transporte ilícito de drogas, y cuya utilización en actividades de tráfico drogas estaba siendo objeto de investigación en Francia, precisándose que fue objeto de control en dicho País el 26 de junio de 2018, conducida por un ciudadano francés que había pernoctado los días previos en el *Hotel Alpina* de la localidad de Villagarcía de Arousa donde reside el recurrente, aportándose, además, un "pantallazo" de las consultas policiales realizadas; se comprobaron los medios lícitos de vida, que se limitaban a una pensión no contributiva de 430,27 euros mensuales que comenzó a percibir en diciembre de 2017, lo que contrastaba con la también comprobada tenencia y uso de vehículos de alta gama y con la propiedad de la finca de 1196 m2 de parcela en la que se ubica, además, su vivienda con una superficie construida de 143 m2, según los datos catastrales consultados. Las solicitudes también precisaron las razones por las que se consideraban que las medidas injerentes eran idóneas y necesarias pues se habían agotado las posibilidades situacionales de seguir investigando eficazmente atendidas, entre otras razones, la intensas precauciones que el recurrente adoptaba en sus movimientos y contactos.

5. Es cierto, no obstante, que el análisis desagregado, deconstruido -como propone el recurrente- de cada uno de los datos arroja un inevitable 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 las distintas resoluciones judiciales.

6. Desde el plano *ex ante* que, ontológicamente, marca su análisis, la hipótesis de la participación del recurrente en una actividad de ilícita distribución de sustancias tóxicas se presenta como significativamente plausible. Los oficios policiales no se limitaron a exponer meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Ofrecieron un significativo número de datos, obtenidos de una previa investigación, cuya lógica concomitancia, desde criterios de experiencia común, permitía formular un pronóstico concreto y no prospectivo de plausibilidad.

De nuevo insistir en que la información precursora que presta justificación a la inferencia 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, el Juez de Instrucción, con la información de la que dispuso, regularmente obtenida, justificó razonable y suficientemente la base tanto fáctica como argumentativa de las inferencias de geolocalización e intervención telefónica, identificando los planos de proporcionalidad y la evidente idoneidad y necesidad de la medida investigativa para procurar la eficaz persecución de un delito grave contra la salud pública que se creía, en base a razones precursoras, que podía estar cometándose. Precisando, también, con suficiente detalle, el objeto y los límites de las inferencias ordenadas.

7. Dicha actuación matriz idónea, necesaria y proporcionada plasmada en los autos de 1, 11 y 26 de octubre de 2018 de geolocalización y de 11 y 16 de octubre de 2018 de intervención telefónica permitió el avance de la investigación, así como el mantenimiento de las dos intervenciones telefónicas ordenadas. Cada una de las decisiones inherentes posteriores vino precedida de precisa información policial sobre el avance de las investigaciones y la presencia de sólidos indicios de participación criminal que fue objeto de detallada y razonable valoración judicial, tal como se decanta del examen de los respectivos oficios policiales y autos judiciales.

Existió, por tanto, un verdadero control judicial que no se ve comprometido porque, como se afirma por el recurrente, no conste que se entregaran por la policía al Juez de Instrucción, hasta muy avanzada la investigación, los soportes digitales de grabación de las conversaciones intervenidas.

Sobre esta cuestión, la doctrina constitucional ha insistido en que para el cumplimiento del requisito de control de las intervenciones en curso "es suficiente con que los autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante dé cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación, que debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas, conocimiento que puede obtenerse a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo, sin que sea necesaria la audición de las conversaciones interceptadas y grabadas" -vid. SSTC 49/1999, de 5 de abril; 184/2003, de 23 de octubre; 165/2005, de 20 de junio; 239/2006, de 17 de julio; 219/2009, de 21 de diciembre; 25/2011-. Transcripciones que, a tales efectos, no reclaman que sean íntegras, pudiéndose sustentar las decisiones de prórroga y extensión de las intervenciones en aquellas que hayan sido seleccionadas por los agentes por considerarlas más relevantes. Y ello sin perjuicio de que el juez pueda reclamar la ampliación de la información facilitada y, desde luego, del derecho de las partes a acceder a la totalidad de las conversaciones grabadas y solicitar las correspondientes transcripciones, así como de los mecanismos probatorios que deban activarse para la conversión de las informaciones obtenidas en el curso de las intervenciones en verdaderos datos de prueba utilizables para, en su caso, fundar la condena -vid. STS 301/2024, de 9 de abril-.

8. Por último, tampoco puede prosperar la objeción que formula el recurrente relativa a que los agentes que firmaron los oficios precursores de las inferencias ordenadas en fase previa no comparecieron al acto del juicio por lo que al aprovecharse probatoriamente su contenido se lesionó el principio de contradicción en la formación de la prueba.

Es cierto que la conversión en datos de prueba sobre los que fundar la condena de los indicios o protoindicios tomados en cuenta para ordenar en fase previa las medidas inherentes exige de un medio de prueba que los incorpore al cuadro probatorio plenario.

Pero dicho lo anterior, se hacen obligadas algunas precisiones: primera, que *unos* -los indicios precursores- y *otros* -los datos probatorios- actúan en planos funcionalmente distintos; segunda, en lógica consecuencia, que no todo indicio precursor reclama, o puede, convertirse en dato de prueba sobre el que fundar la condena; y, tercera, que, en todo caso, la conversión de los indicios en datos de prueba no pasa necesariamente porque

testifiquen los agentes que hicieron llegar los primeros al Juez de Instrucción. La información testifical con valor probatorio debe aportarla quien presenció el hecho justiciable relevante u obtuvo la fuente de prueba.

En el caso, como bien se precisa en la sentencia recurrida, declararon en el juicio oral los agentes de la Guardia Civil y del Cuerpo Nacional de Policía que intervinieron directamente en la investigación, vigilancia, seguimiento y, finalmente, en la detención del recurrente. Siendo dichas informaciones genuinamente probatorias las que aportaron los datos de prueba valorados tanto por el tribunal de instancia como por el de apelación para fundar la condena. No ha existido, por tanto, déficit de contradicción en la producción de la prueba de cargo.

Por todas las razones expuestas, ambos motivos deben ser rechazados.

### **TERCER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

9. El motivo denuncia ausencia de toda prueba de participación criminal, partiendo de la inutilizabilidad de la totalidad de la prueba derivada de la geolocalización y la intervención telefónica. Y, subsidiariamente, insuficiencia pues el otro acusado manifestó que la droga que se le intervino no se la entregó el hoy recurrente, precisando, además, que el dinero que sí le dio -1.500 euros- respondía a la relación comercial de compra-venta de vehículos. Explicación que coliga con el hecho de que el valor de la droga ocupada en ese momento al otro acusado sea muy superior -14.500 euros-. Además, es plausible que la droga intervenida en su domicilio pudiera corresponder a otros moradores. Por lo que la inferencia de autoría debe reputarse irracional.

10. El motivo no puede prosperar. 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. El artículo 874.1º LECrim impone la carga de 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.

11. Una simple lectura tanto de la sentencia de instancia como de la recurrida permite comprobar cómo se identificó con rigor todo el cuadro de prueba, se extrajeron los datos probatorios significativos y se precisaron las razones por las que se les atribuyó valor para fundar la condena del recurrente más allá de toda duda razonable.

En este sentido, debe recordarse que cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia el espacio del control casacional se reconfigura significativamente. Cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación se contrae al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia de revisión muy limitada que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial constitucionalmente garantizado de la presunción de inocencia, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior - vid. SSTC 184/2013, 72/2024, 80/2024-.

El control casacional en esta " *tercera instancia debilitada* " es, por ello, más normativo que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a estándares epistémicos basados en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

Programa y alcance del control casacional que debe hacerse, insistimos, de la mano de los argumentos aportados por el recurrente justificando por qué considera que la sentencia recurrida ha lesionado su derecho a la presunción de inocencia.

12. En el caso, el recurrente incumple palmariamente la carga argumentativa que le incumbe, sin que seamos capaces de observar en la sentencia recurrida una falla metodológica en el análisis del cuadro de prueba o la utilización de criterios de valoración intuitivos o alejados de las máximas de la experiencia común que permitan cuestionar la fortaleza racional de la decisión alcanzada.



En efecto, la sentencia, validando la de instancia, identifica el cuadro probatorio integrado por una pluralidad de medios de prueba -las testificales de los agentes encargados de la investigación que permiten acceder a la información proveniente de las vigilancias realizadas; los datos obtenidos mediante dispositivos de geolocalización; las conversaciones y demás comunicaciones telefónicas interceptadas con autorización judicial, volcadas, además, en las correspondientes transcripciones y que, por el lenguaje críptico empleado, sugieren contactos relacionados con actividades ilícitas; el hallazgo en el domicilio del recurrente de 245 gramos de heroína con un 55,5% de pureza y 45 plantas de marihuana con un peso en cannabis de 494,4 gramos y de 9.045 euros distribuidos en sobres, además de la heroína, de igual pureza que la ocupada en el domicilio, intervenida al otro acusado instantes después del encuentro mantenido con el Sr. Jenaro - y cuyos resultados permiten afirmar, más allá de toda duda razonable, la participación directa y material del recurrente en la actividad de tráfico de drogas, objeto de acusación.

**13.** La solidez de la que goza la inferencia final alcanzada -que el recurrente se dedicaba al suministro de droga de las que causan grave daño a la salud- convierte la hipótesis defensiva -que no entregó al otro acusado la droga intervenida en el centro Comercial EROSKI de Ribadeo y que la hallada en su domicilio pertenecía a terceros innominados- en absolutamente marginal en términos probabilísticos.

Debe recordarse, a modo de epítome, que no cualquier duda formulada debilita el alto grado de conclusividad exigible para que la inferencia pueda destruir la presunción de inocencia. Como hemos destacado en reiteradas resoluciones -vid. por todas, SSTS 924/2023, de 14 de diciembre; 830/2024, de 3 de octubre-, la consistencia de la duda razonable no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos que fundan la condena. Como a la inversa, la contundencia de la hipótesis de condena tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para neutralizar la propuesta absolutoria. y, en el caso, esa capacidad ha quedado adecuadamente justificada.

No hay atisbo de lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

#### **CUARTO Y QUINTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS**

**14.** Los dos motivos parten también de un gravamen común: se ha utilizado información pericial no sometida a contradicción plenaria para determinar la cantidad, la naturaleza y el valor de la droga, pese a que los correspondientes dictámenes fueron expresamente impugnados en el escrito de defensa. La ausencia de contradicción incumple lo precisado en el Pleno No Jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 e impide valorar la prueba no practicada ni como pericial ni como documental. Analicemos por separado los distintos subgravámenes.

##### **§ Sobre las condiciones de práctica de la pericial sobre la cantidad y calidad de las sustancias tóxicas intervenidas**

**15.** El derecho a la prueba, constitucionalmente garantizado, se extiende, también, a que se practique conforme a las reglas de producción previstas en la ley procesal destinadas a garantizar los derechos de defensa y de contradicción. Lo que en el caso de las pruebas personales periciales supone, como regla general, que el perito propuesto comparezca al acto del juicio a ratificar sus conclusiones y a responder a todas las aclaraciones que, pertinentes y necesarias, se le puedan formular. Toda conclusión pericial es la consecuencia de la aplicación de un previo modelo de observación y análisis desarrollado por el perito que la formula. En esa medida, el perito adquiere conocimientos propios e intransferibles sobre el objeto pericial que las partes tienen derecho a escrutar y someter al debate contradictorio. La cláusula de producción y confrontación plenaria que garantizan tanto el Convenio de 1950 como la Constitución solo puede ceder en supuestos excepcionales -vid. STEDH, caso George-Laviniu Ghiurau c. Rumanía, de 16 de junio de 2020; STC 12/2004; STS 105/2023, de 16 de febrero-.

**16.** Y, precisamente, como excepción, la ley previene en el artículo 788.2 LECrim -cuyo alcance fue objeto del APNJ de esta Sala de 25 de mayo de 2005- la documentalización, como medio de acceso de la información al cuadro de prueba, de los informes periciales relativos a la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas.

Es cierto, no obstante, que la impugnación de dichos informes por alguna de las partes justifica la llamada al plenario de los peritos que los elaboraron -vid. Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 23 de febrero de 2001-. Pero también lo es que dicha fórmula de contradicción plenaria, como condición de acceso al cuadro de prueba, exige que la parte precise, al menos, el objeto de su impugnación, las objeciones metodológicas o técnico-científicas sobre las que fundan sus dudas - por ejemplo, la no correspondencia ente la sustancia intervenida y la analizada; la no constancia de que el laboratorio goce de las acreditaciones exigidas; o que no se hayan seguido los procesos científicos correspondientes-.



17. En el caso, la parte no apunta ni una sola razón en su recurso que identifique, en la no presencia plenaria del perito firmante del dictamen, un déficit de contradicción causante de indefensión material que pueda afectar, además, a la fiabilidad o atendibilidad de la conclusión pericial.

Como recuerda, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia, caso Murtazaliyeva c. Rusia, de 18 de diciembre de 2018, a la hora de identificar si se ha vulnerado o no el derecho de la defensa a interrogar a los testigos [peritos] propuestos a su instancia que se consagra, implícitamente, en el artículo 6.3 d) CEDH, en aplicación del estándar Perna -vid. STEDH de 6 de mayo de 2003- exige, como precondition esencial, que la parte agraviada cumpla con la carga de precisar la importancia que pueda tener la escucha de los testigos o de los peritos para la "*manifestación de la verdad*" o "*influir sobre el desenlace del proceso*".

Lo que en el caso se incumple de forma manifiesta. La mera impugnación formal, sin contenido material alguno, que no revela interés defensivo a proteger, no puede justificar que se mute la naturaleza documental de la prueba, legalmente determinada con carácter general.

#### § Sobre las condiciones de aprovechamiento probatorio de los informes sobre el valor de la droga intervenida

18. Y con relación a la información relativa al valor de la droga que el recurrente también se limitó a impugnar formalmente, precisar que, en verdad, los agentes que la elaboraron no actúan en el proceso como peritos. Como precisábamos en la STS 52/2017, de 3 de febrero, para dicha labor "no se exige estar en posesión de especiales (...) conocimientos científicos o artísticos", cuya carencia es la que da sentido y justifica la práctica de una prueba pericial (art. 456 LECr). Es cierto que no estamos en presencia de un mercado oficial en el que el valor de sus productos sea objeto de publicación general. Pero también lo es que para el conocimiento de ese valor puede ser suficiente la simple consulta de numerosas páginas de internet, algunas de ellas de carácter oficial, en las que esos parámetros son difundidos (cfr. Informe 2007, Observatorio Español sobre Drogas, Plan Nacional sobre la Droga, Ministerio Sanidad y Consumo, Gobierno de España, en <http://www.pnsd.msc.es/home.htm>)."

La intervención de los agentes que suscriben el informe se limita a una simple operación aritmética en aplicación de los criterios de cálculo contenidos en las tablas publicadas semestralmente por la *Oficina Central Nacional de Estupefacientes*.

19. En esa medida, tampoco se identifica lesión del contradictorio en la producción de la prueba por la no presencia de los agentes que elaboraron el informe en el acto del juicio pues, en puridad, la genuina fuente de conocimiento no es la opinión pericial de estos sobre el hecho justiciable, sino la información general y pública que ofrece un organismo oficial.

La STS 877/2014, de 22 de diciembre, consideró suficiente la propuesta de valoración de la droga formulada por el Ministerio Fiscal con base a informes oficiales, derivando hacia la defensa la carga de aportar datos incompatibles a los de la acusación que contradigan la tesis sostenida por esta.

La *fungibilidad probatoria* de aquellos que elaboran el informe sobre la valoración de la sustancia es tan alta que su labor de cálculo, mediante la aplicación de una *regla de tres*, bien podría ser sustituida por el propio tribunal, siempre que las *tablas* a utilizar estén incorporadas en las actuaciones y sean accesibles para todas las partes.

La utilización de una sencillísima regla aritmética, como fórmula de cuantificación del valor de la droga ya analizada, atendiendo a criterios preexistentes, generales y accesibles no es conocimiento técnico-científico que reclame, para su acceso al cuadro de prueba, la presencia de los policías en el acto del juicio. Y si bien, como indicábamos en la STS 242/2017, de 5 de abril, el valor atribuido a la droga tampoco puede considerarse un *hecho notorio*, es suficiente, para satisfacer las cargas de prueba y el derecho de defensa, que dicho dato se introduzca en el cuadro mediante el correspondiente informe documentado que permita conocer la fuente con la que se ha elaborado.

#### SEXTO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY Y DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM : AUSENCIA DE MOTIVACIÓN DE LA GRADUACIÓN DE LAS PENAS. INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 66.1 , 127.1 Y 374, TODOS ELLOS CP

20. El motivo denuncia distintos gravámenes con discursos argumentales también diferentes que reclaman su análisis por separado.

#### § Desproporcionalidad de las penas impuestas

21. El recurrente considera que las penas impuestas, tanto la privativa de libertad como la pecuniaria, resultan excesivas, situándose cerca de los límites superiores del arco punitivo sin justificación suficiente. Las circunstancias que utiliza la Audiencia para fundar el juicio de individualización no aparecen, además,

precisadas en los hechos probados. Se desconoce de dónde extrae el tribunal de instancia que la actividad de tráfico se desplegó a lo largo del tiempo o que el recurrente tuviera una mayor implicación o compromiso delictivo. La sentencia, en puridad, no contiene ninguna circunstancia individualizadora que haga merecedor al recurrente de la pena impuesta. De ahí, que proceda imponerle la pena en su grado mínimo.

**22.** El motivo, en los términos planteados, no puede prosperar si bien, atendiendo a la voluntad impugnativa que lo nutre, sí identificamos pluspunción, como justificaremos más adelante, en la fijación de la responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago de la multa.

**23.** En cuanto al núcleo del gravamen principal, cabe recordar que cuando el legislador ha previsto un arco punitivo que va desde un límite mínimo a un límite máximo de pena anudada a la infracción es porque parte: primero, de que, si conductas fácticamente diversas pueden resultar 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. Segundo, de que la culpabilidad 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, ciertamente, 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. 1. 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-.

La mayor o menor gravedad de la pena puntual de forma inevitable contempla 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.

De ahí que, a los efectos del artículo 72 CP, para imponer la pena por encima del mínimo 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".

**24.** Pues bien, los hechos declarados probados suministran las razones que, exteriorizadas en la sentencia recurrida, prestan fundamento a la concreta pena impuesta.

En efecto, la cantidad de heroína pura intervenida -216,84 gramos- actúa como un factor destacado para medir el desvalor del hecho típico que lo aleja manifiestamente de los umbrales mínimos de gravedad para los que,

como regla general y a salvo la presencia de atenuantes, debe reservarse la pena mínima. Por su parte, no cabe obviar el alto valor -de alrededor de 40.000 euros- que habría alcanzado la droga en el mercado ilícito. A lo que debe sumarse el cultivo por el recurrente, en su finca, de 45 plantas de marihuana que arrojaron un peso total de cannabis de 494,3 gramos con un valor de venta ilícita de 2491 euros.

**25.** Por otro lado, la sentencia declara probado que el recurrente se aprovechó de dicha actividad para la adquisición de bienes, alguno suntuario, como el vehículo AUDI 5, en proceso de matriculación, que fue intervenido. Lo que patentiza una actividad criminal prolongada en el tiempo. Conclusión que coliga también con el propio curso de las investigaciones desarrolladas durante varios meses.

**26.** Y con relación a la *mayor implicación* que se destaca en la sentencia como factor de individualización de la pena, la misma, y frente a lo sostenido por el recurrente, también se decanta de los hechos probados. El recurrente fue quien entregó al otro acusado la droga intervenida en las inmediaciones del centro comercial. Droga que tenía el mismo porcentaje que la hallada en su domicilio, lo que confirma que el recurrente asumió un rol de suministrador de la sustancia para su ulterior distribución a terceros que siempre implica el empleo de una mayor energía en la ejecución del plan criminal.

La fijación de la pena de prisión por encima de la mitad superior, pero alejada de su límite máximo, resulta del todo proporcional y está suficientemente justificada.

**27.** No obstante, y como anticipábamos, sí identificamos pluspunción en la fijación de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa. En nuestro Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de uno de marzo de 2005, establecimos "que la responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del artículo 53.3 CP". Y ello porque de activarse se superaría el límite que, para su imposición, fija el artículo 53 CP: que la pena privativa de libertad no sea superior a cinco años. 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-.

Procede, por tanto, dejar sin efecto la pena subsidiariamente establecida de cuarenta y cinco días de privación de libertad.

### **§ Injustificado decomiso del dinero, material informático y del vehículo intervenido**

**28.** El recurrente se separa del cauce de la infracción de ley para adentrarse, otra vez, en el de la denuncia de ausencia de prueba de los presupuestos fácticos del decomiso ordenado. A su parecer, no puede sostenerse, en términos probatorios mínimamente sólidos, que el vehículo AUDI A5 fuera utilizado para actividades relacionadas con el tráfico de drogas y que fuera adquirido con dinero procedente de estas. Se acreditó de manera suficiente que el recurrente se dedicaba a la compra y venta de vehículos, habiendo transmitido seis o siete durante el año 2018, además de prestar servicios en una empresa mejillonera, transportando palés de dicho producto a Portugal. El hecho de que no exista soporte documental o fiscal de dichas actividades no permite concluir que son irreales. En este contexto negocial, se insiste por el recurrente, es del todo plausible la explicación ofrecida: que el Audi A5 se compró con fondos lícitos con la exclusiva finalidad de revenderlo. La inferencia sobre la que se funda la decisión de decomiso -que se adquirió con el dinero procedente de la actividad ilícita- no se apoya en pruebas, sino en indicios muy débiles. Por lo que debe, en esta instancia casacional, dejarse sin efecto.

**29.** No identificamos gravamen. La decisión de decomiso se funda, a los efectos que le son propios, en prueba suficiente.

Sobre el estándar probatorio aplicable para este tipo de decisiones debemos partir de la naturaleza no penal de la consecuencia accesorio de decomiso. Como destacábamos en la STS 1030/2003, de 15 de julio, "si bien el comiso se entendió como pena hasta el Código de 1995, pues el antiguo artículo 27 CP 1973 lo incluía como pena accesorio, en el vigente Código ya no puede sostenerse dicha naturaleza puesto que no aparece



incluida en dicho catálogo, y por ello debe caracterizarse como una consecuencia accesoria de determinados delitos, lo cual, teniendo en cuenta la cláusula de proporcionalidad que incorpora el vigente artículo 128, debe suponer que la aplicación del decomiso no debe entenderse preceptiva en todo caso por no tratarse de una pena accesoria".

La naturaleza no penal permite la entrada en juego de modulaciones acreditativas de los presupuestos de activación. Muy en particular, el relativo al origen delictivo de las ganancias originarias o transformadas objeto de la medida.

La STS 16/2009, de 27 de enero, enmarca bien la cuestión al afirmar "(...) que respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia, ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito" -vid. en el mismo sentido, STS 375/2011, de 5 de mayo-.

**30.** Doctrina de la modulación probatoria que, por otro lado, se ajusta plenamente a los pronunciamientos al respecto del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En efecto, en la STC 220/2006, nuestro Alto Tribunal de Garantías precisó que el canon de control respecto de la fundamentación con la que los órganos de la jurisdicción ordinaria justifican el comiso de los bienes en cuestión "no es el del derecho a la presunción de inocencia, puesto que este derecho, como venimos sosteniendo desde la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3, en su vertiente de regla de juicio y en sede constitucional, implica que nadie pueda ser declarado penalmente responsable de un delito sin pruebas de cargo válidas, que han de estar referidas a los elementos esenciales del delito y han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia (...) Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión el derecho a la presunción de inocencia. Por ello, en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos para la imposición de una consecuencia accesoria como el comiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso ( art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), y será -en cada caso, y en atención a cuál sea la queja del recurrente- conforme a uno u otro canon como debamos llevar a cabo nuestro enjuiciamiento (así, SSTC 123/1995, de 18 de julio, FFJJ 2 y 3; 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; 151/2002, de 15 de julio, FFJJ 2 y 3)".

**31.** Doctrina que engarza con la regulación contenida en la Directiva 2014/42, en la que se perfila un específico estándar probatorio utilizable para ordenar el decomiso de aquellos bienes que puedan considerarse ganancias directas o indirectas de la actividad delictiva -vid. considerando 21: "los Estados miembros pueden estipular que sea suficiente, por ejemplo, con que el órgano jurisdiccional considere, habida cuenta de las distintas probabilidades, o pueda presumir razonablemente, que es sustancialmente más probable que el bien en cuestión se haya obtenido merced a actividades delictivas que merced a otras actividades. En este contexto, el órgano jurisdiccional tiene que examinar las circunstancias específicas del caso, incluidos los hechos y pruebas disponibles en los que pueda basarse la decisión de decomiso ampliado. El hecho de que los bienes de la persona no guarden proporción con sus ingresos lícitos puede ser uno de los elementos que induzcan al órgano jurisdiccional a resolver que el bien procede de una actividad delictiva. Los Estados miembros también pueden establecer un determinado plazo durante el cual pueda considerarse que el bien procede de una actividad delictiva"; y STJUE (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2021, en los asuntos acumulados C-845/19 y C-863/19-.

**32.** Estándar de la probabilidad prevalente que también ha sido validado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su STEDH, caso Grayson y Burnham c. Reino Unido, de 23 de septiembre de 2009, afirmando que en procedimientos de confiscación o decomiso de bienes relacionados con la previa actividad delictiva "no se compromete el concepto de juicio justo en materia penal cuando se impone a los demandantes la obligación de dar explicaciones creíbles sobre su situación económica. En particular, cuando el fiscal ha probado la posesión de los bienes no es irrazonable que el poseedor pruebe la licitud del origen de aquellos" -vid. con similar



alcance, Decisión de Inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Aboufadda c. Francia, de 4 de noviembre de 2014, en la que se descarta que el uso de presunciones por parte del tribunal nacional, como fundamento probatorio de la decisión de confiscación, que no fueron enervadas por la prueba de los afectados, lesionara el derecho de estos a la propiedad-.

**33.** Partiendo de lo anterior, en el caso, el tribunal, en términos inferenciales muy razonables, considera suficientemente acreditado que el vehículo AUDI A5 fue adquirido con ganancias provenientes de la droga.

Lejos de lo que se afirma por el recurrente, el tribunal excluye que dispusiera de otros ingresos lícitos más allá de la pensión no contributiva de 423€ mensuales que percibía desde diciembre de 2017. En este punto, la sentencia analiza toda la prueba practicada, también la de descargo, descartando que, más allá de puntuales ventas de vehículos de segunda mano, el recurrente desarrollara una verdadera actividad comercial de compra y venta de vehículos o de transporte para una empresa mejillonera.

Tanto para el tribunal de instancia como para el de apelación, la limitadísima fuente de ingresos lícitos hace que solo la actividad delictiva desarrollada y plenamente acreditada pueda explicar, desde máximas de racionalidad común, que el recurrente fuera titular de un inmueble de las características que se describen, dispusiera de más de diez mil euros en metálico al momento de su detención y hubiera adquirido, precisamente, durante el periodo investigado, un coche de alta gama como el AUDI A5 intervenido.

La inferencia alcanzada sobre el origen delictivo de las ganancias y bienes decomisados goza de un nivel de conclusividad altamente prevalente que dota a la decisión combatida del fundamento fáctico exigido por la norma.

**SÉPTIMO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DE LA ATENUANTE MUY CUALIFICADA (O EN SU DEFECTO SIMPLE) DE DILACIONES INDEBIDAS**

**34.** El motivo denuncia inaplicación de la atenuación con efecto privilegiado de dilaciones indebidas. La sentencia recurrida no toma en cuenta que el instructor, a instancia del Ministerio Fiscal, acordó declarar la complejidad de la causa por auto de 31 de julio de 2019 cuando desde mayo la instrucción ya estaba completa. Y si bien es cierto que las defensas solicitaron algunas diligencias de naturaleza pericial, lo cierto es que también podrían haberse solicitado como prueba para el acto del juicio y, además, no fueron relevantes. A lo que debe añadirse que el fiscal no solicitó diligencia alguna. Los catorce meses transcurridos hasta que por auto 8 de julio de 2020 se ordenó la transformación de las Diligencias Previas en procedimiento abreviado, tomando en cuenta que el plazo general de instrucción vigente en dicho momento era de seis meses, constituye una evidente dilación indebida.

La tardanza de tres años en la celebración del juicio desde el inicio de la instrucción y de dos años y medio desde que el recurrente fue detenido, atendiendo al plazo total de tramitación que la ley preveía, lesiona el derecho fundamental a un proceso en un tiempo razonable y justifica sobradamente la atenuación pretendida.

**35.** El motivo no puede prosperar. La reforma del Código Penal operada por la L.O. 5/2010 ofrece una valiosa guía normativa para determinar cuándo el paso del tiempo debe proyectarse en la medición de la responsabilidad penal del autor, del todo conforme a 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-.

La regla del artículo 21.1. 6º CP exige analizar la correlación entre el tiempo de duración de la causa y su necesidad para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas. Para lo que deberán tomarse en cuenta el número de las diligencias practicadas a la luz del objeto del proceso, su idoneidad y necesidad, la regularidad en el impulso y la dirección procesal y, desde luego, también, la conducta procesal de la parte.

Lo anterior supone que si bien el tiempo total de duración del proceso es un dato significativo no es suficiente para identificar dilación indebida pues, insistimos, debe "medirse" en términos funcionales.

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 que pese sobre quien invoca la atenuación la carga de describir el íter de actuaciones procesales que se consideran no ajustadas al canon de la razonabilidad temporal de producción y las consecuencias aflictivas que se derivan de la lenta tramitación -vid. STS 126/2014, de 21 de febrero, 192/2023,



de 16 de marzo-. Debiéndose recordar que para evaluar como indebido el transcurso del tiempo siempre han de utilizarse elementos relacionales partiendo del tiempo estimado en el que, en condiciones objetivas de adecuación funcional, debería haberse desarrollado o producido la actuación o el trámite procesal -vid. STS 1046/2024, de 20 de noviembre-.

**36.** En el caso, el tribunal de instancia identifica con rigor todo el curso tempo-procesal de la causa, descartando, con razón, dilaciones extraordinarias e indebidas. Incluso en el periodo prorrogado de la fase previa, que el recurrente califica de injustificado e inócuo a los fines instructores, se practicaron distintas diligencias periciales -análisis toxicológicos y exploraciones psiquiátricas- a instancias de las defensas con la finalidad de recabar datos sobre los que sostener pretensiones atenuatorias.

El tiempo transcurrido entre la incoación de la causa y el enjuiciamiento en primera instancia -tres años- se presenta como razonable sin que se identifiquen disfunciones temporales de tramitación significativas.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Justiniano

**PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

**37.** El motivo denuncia lesión del derecho a la presunción de inocencia y lo hace en términos muy genéricos que, por tramos, resultan no fácilmente inteligibles. Parece que se cuestiona que la inferencia alcanzada en la sentencia recurrida -que los 144 gramos de heroína con una pureza base del 55.6% que el recurrente escondía entre su ropa cuando fue detenido iban destinados a su ilícita distribución a terceros- no está justificada "desde un punto de vista lógico y racional" (sic).

**38.** El motivo 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 tachar la argumentación probatoria de la sentencia recurrida de irracional sin ofrecer una sola razón justificativa, sin, tan siquiera, identificar qué concretas valoraciones merecen dicha calificación, constituye un gravísimo defecto de formulación.

El recurso de casación reclama no solo identificar el concreto motivo casacional. 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 que la valoración del tribunal carece de racionalidad en términos de lógica, como de forma apodíctica se sostiene por el recurrente.

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 precisó las razones por las que validó la conclusión fáctica y normativa a la que llegó el tribunal de instancia.

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.

**SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 368.1º CP**

**39.** El desarrollo argumental del motivo se presenta desconcertante hasta el punto de generar dudas sobre si tiene alguna relación con la infracción de ley que lo enmarca. El recurrente arranca invocando genéricamente las reglas de la individualización de la pena para, sin solución de continuidad, afirmar "que presenta una anomalía y/o alteración psíquica de su personalidad que afecta a su capacidad de culpa o imputabilidad. Nadie asume el riesgo que el recurrente acepta si no es en razón de su dependencia a la heroína" (sic). Para seguir, en cinco páginas, con referencias más o menos inconexas, trufadas de reproducciones de párrafos de sentencias, sobre cómo y cuándo operan las circunstancias eximente y semieximente de drogadicción.



40. El motivo carece de toda consistencia casacional. Su fundamento justificativo se desvía del sentido y finalidad que le es propio. Como, reiteradamente, hemos sostenido, "la infracción de ley penal sustantiva, como específico motivo casacional, obliga a partir de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. Estos son el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitan el campo de juego en el que puede operar el motivo. Constituyen, a la postre, el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso. El discurso que funda el motivo debe hacerse a partir de una realidad fáctica inamovible. No puede utilizarse, por tanto, para reelaborarla o ajustarla a las exigencias que se identifican al hilo del motivo casacional por infracción de ley" -vid. entre otras SSTs 289/2024, de 21 de marzo; 163/2023, de 8 de marzo-.

41. En el caso, el hecho probado no contempla hechos que puedan sostener la aplicación de una exención o atenuación por drogadicción.

**TERCER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 21.1. 6º CP**

42. Sin ningún tipo de desarrollo argumental ajustado a las circunstancias del caso, se denuncia inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

43. El motivo no puede prosperar. Nos remitimos para justificar su rechazo a las razones que expusimos al hilo del formulado con igual gravamen por el otro recurrente.

**CUARTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 21.1. 2º CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 20, AMBOS, CP**

44. El motivo, también de alcance incierto, se centra en destacar la existencia de prueba que acredita la grave adicción a las drogas del recurrente y la consiguiente afectación de sus facultades intelectivas y volitivas. Obra en los autos, y como la propia sentencia reconoce, un amplio historial de consumo en la Unidad de Drogodependencias de Oviedo e informes médicos del recurrente que acreditan una grave adicción a las drogas, de larga duración y desde temprana edad, con graves secuelas e historial autolítico que presta base suficiente para la apreciación de la atenuante alegada. La sentencia recurrida ofrece, se afirma, una motivación aparente para denegar la atenuación. "No entra a valorar la drogadicción y la funcionalidad del delito cometido, ni las circunstancias no controvertidas que integran la descripción objetiva del hecho delictivo, ni el grado de consumo, ni la condición de politoxicómano de larga duración, ni su capacidad o incapacidad de comprensión de la ilicitud del hecho y de sus frenos inhibitorios que afectan a la aplicación normativa derivada de los artículos 20.2 y 21.2 del Código penal" (sic). Además, los hechos, objeto de enjuiciamiento, demuestran que son producto de la improvisación, compulsión e irreflexión. En este caso, incluso, "la relación entre adicción y delito, por las circunstancias objetivas de la descripción del hecho, puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica" (sic).

45. El motivo, que vuelve a desviarse del cauce invocado de la infracción de ley, no puede prosperar. Ha de recordarse que para apreciar la atenuante pretendida del artículo 21.2 CP debe identificarse que la persona acusada ha actuado en la comisión del delito "a causa" de su grave adicción, condicionado o acuciado por ella para obtener la sustancia que necesita imperativamente. Para que se pueda apreciar la atenuante, la drogadicción debe incidir como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión, como sucede en delitos menores contra el patrimonio, o bien trafique con drogas a pequeña escala con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan mantener su patrón de consumo. Relación de medio a fin entre el delito cometido y el hábito tóxico que no exige -y es aquí donde se sitúa el límite de su contorno aplicativo respecto a la eximente o la semieximente de los artículos 20.1. 2 y 21.1, todos ellos, CP-, ni una directa influencia de la sustancia 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.

Efecto compulsión, como fundamento a la atenuación, que resulta irreconocible cuando detrás del acto de tráfico hay un proyecto criminal mediante el que el traficante que, además, consume drogas, busca obtener significativas cantidades de dinero.

46. En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida, validando la de instancia, descarta dicha proyección motivacional a la luz de los resultados que arrojó la prueba practicada. Ni los informes toxicológicos, ni los antecedentes asistenciales ni la propia declaración plenaria del recurrente reconociendo que no consumió drogas durante 2018 permitieron fijar con la necesaria claridad las circunstancias y características del hábito de consumo al tiempo de los hechos - tipo y cantidad de sustancias consumidas, intensidad del consumo, tiempo en el que se prolonga, existencia de tratamientos sustitutivos, intentos de deshabituación,

antecedentes penales o policiales por delitos contra la propiedad o de tráfico de sustancias tóxicas a pequeña escala...- y, con ello, el umbral de gravedad de la adicción normativamente exigido.

Lo que llevó al tribunal de instancia, primero, y al tribunal de apelación, después, a la no aplicación de la circunstancia típica atenuatoria del artículo 21.2 CP.

Solución que resulta de todo conforme a la doctrina de este Tribunal -vid. SSTs 221/2023, de 23 de marzo; 75/2024, de 25 de enero; 75/2024, de 25 de enero-. En especial, cuando, como anticipábamos, el delito contra la salud pública cometido, por su gravedad y dimensión cuantitativa, se desconecta funcionalmente, como es el caso -atendida la cantidad y el valor de la droga intervenida- de la estricta finalidad de mantener el hábito de consumo.

**47.** Ni tampoco, de dicha actividad probatoria, cabe identificar los presupuestos fácticos y normativos que se reclaman para la aplicación de la semiexención prevista en el artículo 21.1, en relación con el artículo 20.1, ambos, CP.

Como hemos afirmado reiteradamente -vid. entre muchas SSTs 133/2017, de 4 de marzo; 293/2019, de 3 de junio; 855/2021, de 10 de noviembre- el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una exención o atenuación por la vía de los artículos 20.1 y 21.1, ambos, CP. La exclusión total o parcial de la responsabilidad ha de resolverse en función de la imputabilidad. De la evidencia de la repercusión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. De ahí que la aplicación con base en una toxicomanía de la eximente incompleta del artículo 20.1 CP solo resulte posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le dificulta muy significativamente comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a esa comprensión.

Lo que reconduce su aplicación a supuestos muy excepcionales en los que quede constatado que el consumo prolongado y muy intenso de sustancias ha producido graves efectos en la salud mental del agente o cuando estos interaccionan con otras enfermedades o patologías psíquicas agravando sus efectos.

**48.** Situación que, en el caso, no se identifica, aun aplicando el estándar probatorio de prevalencia significativa que perfilamos en la STS 291/2024, de 21 de marzo. En efecto, la mera mención que se contiene en el informe emitido por el Hospital Universitario Central de Asturias a que el recurrente tiene diagnosticado, sin mayor precisión, "un trastorno mental debido a consumo de opiáceos", impide evaluar el menoscabo de culpabilidad que reclama la semiexención.

#### CLÁUSULA DE COSTAS

**49.** Tal como se previene en el artículo 901 LECrim, procede la condena del Sr. Justiniano al pago de las costas causadas por su recurso, declarando de oficio las relativas al recurso formulado por el Sr. Jenaro.

#### FALLO

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

**Haber lugar, parcialmente,** al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Jenaro y no haber lugar al recurso interpuesto por la representación del Sr. Justiniano contra la sentencia de 13 de junio de 2022, de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que casamos y anulamos y que será sustituida por la que a continuación se dicte.

Condenamos al Sr. Justiniano al pago de las costas de su recurso y declaramos de oficio las causadas por el del Sr. Jenaro.

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.: 7485/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

#### TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Penal**



## Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Palomo Del Arco

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 7 de mayo de 2025.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 7485/2022, interpuesto por Jenaro y Justiniano contra la sentencia n.º 61/2022 de fecha 13 de junio de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 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.-** La estimación parcial del sexto motivo del recurso del Sr. Jenaro obliga a dejar sin efecto el pronunciamiento sobre responsabilidad penal subsidiaria 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 pena subsidiaria que por impago de multa se impuso al Sr. Jenaro .

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.