



Roj: **STS 3568/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3568**

Id Cendoj: **28079120012022100778**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2022**

Nº de Recurso: **5839/2020**

Nº de Resolución: **789/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 20383/2020,**
STS 3568/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 789/2022

Fecha de sentencia: 28/09/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5839/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5839/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 789/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García



D.^a Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 28 de septiembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por **Matilde**, representada por el procurador D. Adolfo Adrián Clavarana Caballero y defendida por el letrado D. Manuel Martínez del Valle Torres, y **Borja** representado por la procuradora D.^a Belén Jiménez Torrecillas y defendida por el letrado D. Jesús Huertas Morales, siendo parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 253/2020 de 1 de octubre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION003 y DIRECCION004, con sede en Granada, en el recurso de apelación n.º 109/2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 6 de Granada, tramitó procedimiento abreviado n.º 84/2018 contra **Matilde y Borja**, por delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas y otras sustancias que causan grave daño a la salud. Remitida la causa a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, visto en juicio oral y público, rollo de Sala número 84/2019, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal como acusación pública, dictó sentencia de fecha 22 de Noviembre de 2019 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Primero.- Que, la pareja sentimental formada por los acusados Matilde y Borja, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, dedicaba la vivienda de su propiedad sita en el n.º NUM000 de la CALLE000, de Granada, a la prestación de servicios de carácter sexual por parte de mujeres que voluntariamente se dedicaban a ello, anunciando esa actividad en Internet, bajo el nombre de " CASA000 ".

En ese lugar, entre otras mujeres, ejercían la protección las Testigos protegidas n.º NUM001 y NUM002, al igual que lo hacía Fermina, original de Nigeria, que tenía en su poder un documento expedido por la DIRECCION000 (Italia), en el que constaba que era de nacionalidad nigeriana y que había nacido el NUM003 de 1998. Las tres habían acordado con la acusada Matilde prestar servicios sexuales en el interior de la vivienda, entregándole a ésta parte de las ganancias que obtenían con ello a cambio de la estancia, manutención y prestación de otros ejercicios propios de la actividad, que habría de desarrollarse a lo largo de las veinticuatro horas del día, según se publicitaba en Internet.

Además del ejercicio de la prostitución, las mujeres que prestaban sus servicios en la vivienda en cuestión ofrecían a los clientes a cambio de dinero sustancias tales como cocaína y MDMA, que son las que causan grave daño a la salud, sustancias que le eran facilitadas por la acusada Matilde, quien a su vez la obtenía del acusado Borja, que era el encargado de llevarla a la vivienda.

Practicado un registro policial en la vivienda de la CALLE000 n.º NUM000 de Granada, se encontraron en el interior de una taquilla existente allí, tres bolsitas termoselladas, que contenían 1,59 gramos de cocaína con una pureza del 22,5% y cuatro que contenían 2,71 gramos de MDMA con una pureza del 47,8%, sustancias destinadas a ser ofrecidas a los clientes por parte de las mujeres, según se dijo.

Además la CALLE001 n.º NUM000 de DIRECCION001, donde los acusados tenían su domicilio, se hallaron una bolsita con 123,82 gramos de cocaína, con una pureza del 10,5%; una bolsa con 66,78 gramos de cocaína con una pureza del 23,5%; otra bolsa con 6,35 gramos de MDMA con una pureza del 65,5% y 3,34 gramos de cannabis, sustancias destinadas al abastecimiento del negocio antes descrito.

En el Pub CASA000 sito en la CALLE002 n.º NUM002 de DIRECCION002, que regentaban ambos acusados, se encontraron siete papelinas que contenían 3,33 gramos de cocaína con una pureza del 20,3% y dos papelinas de 1,69 gramos de MDMA con una pureza del 54,1%, con idéntico destino que las anteriores.

Segundo.- La cantidad total de droga destinada, de manera directa o indirecta a su consumo en la CALLE000, NUM000 de Granada, tenía un precio en el mercado de 11.888,93 euros.

A la acusada se le hallaron en el bolso al ser detenida 2.770 euros y al acusado 175 euros; en la CALLE001, ocultos en un calcetín, se encontraron 6.500 euros distribuidos en billetes de 500, 3 de 100 y 84 de 50 euros, y junto a ello se intervinieron los depósitos bancarios de las siguientes cuentas:

-En la NUM004 : 3.527,97 euros.

-En la n.º NUM005 : 809,84 euros, ambas de la entidad BBVA, y

-En la n.º NUM006, de la entidad Mare Nostrum. 758,48 euros.

Dinero todo él, procedente de las actividades ilícitas antes mencionadas.



Tercero.- No se ha acreditado debidamente que los acusados tuviese conocimiento de que Fermina , menor de edad, lo que se determinó después de llevarse a cabo una prueba pericial, sosteniendo en todo momento aquella que tenía 19 ó 20 años y exhibiéndoles el documento antes referido con el fin de acreditarlo, y tampoco que la indujesen ambos a ejercer la prostitución o seguir en ella, aprovechándose de esa circunstancia o de las condiciones en las que se encontraba en España, ni que la obligaran a fotografiarse desnuda y en posturas provocativas para subir las fotos a Internet como reclamo.

Cuarto.- No se ha acreditado debidamente que las testigos protegidas n.º NUM001 y NUM002 accediesen a ejercer la prostitución en la vivienda de la CALLE000 por ser desempleadas de larga duración, por no poseer otras fuentes de ingresos económicos y por tener un hijo de corta edad a su cargo, ni que fueran obligadas por los acusados a prestar servicios sexuales de manera continuada durante las 24 horas del día en contra de su voluntad, o que no les permitiesen salir de la vivienda si no era en compañía de alguno de ellos " "

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS Que ABSOLVIENDO a los acusados Matilde y Borja de los DOS DELITOS de PROSTITUCIÓN COACTIVA y del DELITO de PROSTITUCIÓN de MENOR que le venían siendo imputados, los CONDENAMOS como autores de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA en su modalidad de TRAFICO de DROGAS y OTRAS SUSTANCIAS que CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS de PRISIÓN, con inhabilitación durante ese período para el ejercicio del **derecho** de sufragio pasivo, y MULTA de 15.000 EUROS, con 60 DÍAS de responsabilidad personal en caso de impago y al pago, por mitad, de UNA CUARTA PARTE de las costas procesales, sin incluir las devengadas por la Acusación Particular.- Se decreta el COMISO de las cantidades intervenidas y las depositadas en las cuentas corrientes a las que se hace referencia en los hechos probados, y el DECOMISO de las sustancias incautadas, que serán destruidas si no lo hubiesen sido ya.

Declaramos ser de abono el tiempo de privación de libertad sufrido por los condenados en esta causa.-[...]."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la defensa de **Matilde y Borja** , dictándose sentencia n.º 253/2020 de 1 de octubre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION003 y DIRECCION004 , sede en Granada, en el recurso de apelación n.º 109/2020 que contiene la siguiente parte dispositiva: "FALLO Que desestimando el recurso de apelación formulado por las representaciones de Matilde y Borja , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, de fecha 22 de Noviembre de 2019, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, declarándose de oficio las costas de esta segunda instancia. [..]"

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Matilde y Borja** , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Recurso de Matilde

PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo de lo prevenido en el artículo 849.2º de la LECrim., o error en la apreciación de la prueba. Reforzando el motivo anterior, por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo prevenido en el artículo 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por haberse vulnerado el artículo 24.2 de la Constitución Española, concretamente el **derecho** fundamental a la reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución Española.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo de lo prevenido en el artículo 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida de los artículos 1, 28 y 368 del Código Penal, a tenor de la valoración llevada a cabo por el órgano a quo para determinar el juicio de autoría en clara contradicción con la doctrina del Excmo. Tribunal Supremo, dado que el juicio de inferencia sobre la autoría de mi representada se ha llevado a cabo mediante la utilización de medios de prueba ilícitos o no válidos, de ahí que, y reforzando el motivo presente, se haya producido también infracción de precepto constitucional, al amparo de lo prevenido en el artículo 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, por haberse vulnerado el artículo 24.2 de la CE, concretamente el **derecho** fundamental a la presunción de inocencia.

TERCERO.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 851.3º de la LECrim, por quebrantamiento de forma, dado que la sentencia recurrida no ha dado respuesta a un importante número de cuestiones que fueron planteadas por esta defensa, como también a la necesidad de motivación y valoración de las pruebas de descargo.



CUARTO.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por Infracción de Ley, concretamente por vulneración de la doctrina jurisprudencial relativa a la individualización de la pena, del artículo 72 CP en relación con el art. 66 del CP. Existe interés casacional, dado que no se ofrece en la sentencia referencia alguna a las circunstancias personales de la acusada, ni a la mayor o menor gravedad del hecho. La pena se gradúa por referencia solo a la existencia en la vivienda de máquinas expendedoras de bebidas, dato fáctico, por otro lado, que no aparece reflejado en los Hechos Probados, ni tampoco conformó los hechos objeto de acusación, por lo que nos encontramos en puridad ante una asimilación *in mala partem* a la agravante específica o subtipo agravado previsto en el artículo 369 del Código Penal.

Recurso de Borja

ÚNICO: Infracción de Ley, al amparo de lo preceptuado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 368 párrafo 2º del Código Penal, delito contra la salud pública en su modalidad atenuada.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 10 de junio de 2022 se señala el presente recurso para fallo para el día 27 de septiembre, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Borja

PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente impugnación casacional condena a los recurrentes como autores de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud a la pena de cuatro años de prisión, al tiempo que son absueltos de un delito de determinación coactiva de la prostitución. En síntesis, el relato fáctico refiere que los dos acusados son pareja que se dedicaban en la vivienda de su propiedad a la prestación de servicios de carácter sexual por parte de mujeres que voluntariamente se dedicaban a ello, entregando parte de los ingresos a los acusados a cambio de la estancia, manutención y prestación de servicios propios de la actividad. "Además del ejercicio de la prostitución, las mujeres que prestaban sus servicios en la vivienda ofrecían a los clientes a cambio de dinero sustancias tales como cocaína y MDMA que le eran facilitadas por la acusada quien a su vez la obtenía del acusado.". Se refiere la intervención de sustancias tóxicas en la vivienda donde realizaban la actividad y en el domicilio particular de los dos acusados.

Este recurrente formaliza un único motivo de casación en el que denuncia la inaplicación al hecho probado del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, la atenuación en la penalidad en la atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

La posibilidad de atenuar la responsabilidad penal que el artículo 368.2 del Código Penal prevé responde a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad, permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado. Sobre esta atenuación hemos declarado, por todas Sentencia 465 /2018, de 15 de octubre, que se trata de una cláusula de individualización de la pena y así posibilita señalar la pena proporcionada a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del autor, a las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por este, permitiendo al tribunal que en atención a estas circunstancias puede reducirse la penalidad que el legislador ha considerado proporcionada a los hechos. Por ello, se hace preciso recordar la necesidad de motivar el uso de esta discrecionalidad. En cuanto a la gravedad del hecho, el precepto trata de incluir aquellas circunstancias fácticas que han de valorarse para determinar la pena y que son concomitantes al supuesto concreto que se está juzgando, cantidad, calidad, hecho del tráfico, situación personal del imputado, etc..., pueden ser distintas circunstancias que pongan de manifiesto el reproche a una conducta declarada probada que, de alguna manera, evidencien una menor antijuridicidad. Las circunstancias personales del delincuente se corresponden con aquellos rasgos de la personalidad de éste que configuran unos elementos diferenciales, y permitir una mejor individualización de la pena. No se trata de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, pues en ese supuesto habría de acudir a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y a las reglas penológicas del artículo 66 del Código Penal, sino de otras circunstancias que evidencien unas especiales circunstancias que permitan singularizar su situación, por lo episódico de la acción, etc., o por las circunstancias derivadas del entorno social, o el componente individual de cada sujeto, su edad, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, etc..



El hecho probado no permite atisbar a qué situación se refiere el recurrente. Ningún apartado del hecho probado nos permite afirmar la existencia del error que denuncia, pues el del relato fáctico no se deduce una menor gravedad, ni la droga es escasa, ni los hechos merecen una circunstancia de menor reprochabilidad en la ejecución de la acción, ni concurren en el acusado especiales circunstancias personales que permitan una reducción del merecimiento de pena.

Las alegaciones del recurrente en torno a las dudas que existen sobre la acreditación de los hechos son ajenas a la vía impugnatoria elegida que partiendo del hecho probado dice lo que anteriormente se ha expuesto. Consecuentemente el motivo se desestima.

Recurso de Matilde

SEGUNDO - Al amparo de lo previsto en el artículo 849 .2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y del artículo 5 4 de la Orgánica del Poder **Judicial** denuncia la nulidad del registro domiciliario practicado en la vivienda del acusado, compañero de esta recurrente.

Argumenta la recurrente qué, tal y como se hace constar en el Folio 96 de la causa, su pareja, el coacusado Borja , fue detenido a las 18:30 del día 8 de febrero practicando el registro de la CALLE000 a las 18:42 del mismo día, por lo que estando detenido era el acusado quien debía estar presente en la diligencia de entrada y registro, por lo que su falta de presencia determinaría la nulidad del registro.

El motivo se desestima. Examinada la causa se constata cierta irregularidad en la documentación del momento de la detención del acusado, compañero sentimental de esta recurrente. Al Folio 96 vuelto, de las diligencias se hace constar que la información de **derechos** correspondientes a la detención se produce a las 22:22 horas indicando que el momento de detención fue a las 18:30 horas de ese mismo día, espacio temporal que ha de considerarse excesivo, por mucho que la entrada y registro a la que asistió, la de su casa de la CALLE001 se desarrollara a las 19:48 horas. En el atestado levantado para la realización de las entradas y registros se hace constar que el del matrimonio, de la recurrente y Borja , fue practicado al término de la diligencia de entrada y registro, que se realiza a las 19:48 horas, y a la que asisten estando ambos en libertad, pues así lo refiere el acta de la Letrada de la Administración de Justicia y el acta policial, al indicar que el acceso a la vivienda se realiza con las llaves que los moradores de la vivienda, presentes en el acto, proporcionan a la Letrada de la Administración de Justicia. Como se ha dicho, a resultados de lo intervenido es cuando se acuerda la detención y el traslado a comisaría donde se documenta la información de **derechos**.

De esa constancia documental extraemos las siguientes conclusiones. La primera de las viviendas registradas, la de la CALLE000 , era objeto de control por parte de la policía a la espera del mandamiento **judicial** que habilitara la entrada. En esa actitud de vigilancia y espera se detecta a los dos acusados que entran en la casa y vuelven a salir, sin que en ese momento se practicara detención alguna. Se realiza el registro de la vivienda de la CALLE000 en presencia de tres moradoras de esa vivienda, las cuales son detenidas a las 18:30 horas, con intervención de una escasa cantidad de sustancia tóxica. Posteriormente, se registra la segunda de las viviendas, que es la vivienda de los dos acusados y condenados en la CALLE001 , y a la misma ambos concurren en situación de libertad, proporcionando las llaves de la vivienda que es registrada, y en la que se interviene una importante cantidad de sustancia tóxica. A su término se practica la detención.

Consecuentemente, se ha producido un error en la documentación del momento de la detención del condenado Borja , pues la lógica y la documentación lleva a considerar que la hora de la detención es al término de la entrada en su vivienda, a las 19:48 horas, porque ellos proporcionaron la llave con la que la comisión **judicial** accedió a la vivienda.

La realización del primero de los registros, el de la CALLE000 , se practica con presencia de sus moradores. En efecto, en reiterada jurisprudencia de esta Sala hemos señalado que el interesado al que se refiere el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el titular del domicilio registrado, titularidad que se ostenta con independencia de que se tenga o no la condición de propietario o arrendatario, pues lo relevante es el **derecho** personalísimo a la intimidad que corresponde a quien por cualquier título o sin él tiene el del domicilio que ocupa el ámbito material de su privacidad. Pero, al mismo tiempo, en la medida en que la diligencia autorizada judicialmente sea una prueba preconstituida con eficacia demostrativa como prueba de cargo, el interesado es el imputado en la causa, cuya presencia se dirige a satisfacer las exigencias del principio de contradicción en la obtención de la prueba, para que aquélla tenga validez probatoria. (STS 200 /2017, de 27 de marzo). En este sentido, cuando el imputado o el investigado está detenido, nuestra jurisprudencia ha exigido su presencia en la diligencia, pues en estos casos no existe justificación alguna para perjudicar su **derecho** a la contradicción que se garantiza mejor con la presencia **efectiva** en el registro, (STS 716/2010, de 12 de julio).

El concepto de interesado a quien se refiere el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según una doctrina jurisprudencial firmemente consolidada, se refiere a cualquier persona que more o habite en la



vivienda objeto del registro, incluso de forma transitoria, y, por tanto, no se identifica ni con el titular del inmueble ni con el propio investigado. La presencia del investigado será precisa desde la perspectiva del **derecho** de defensa, y es obligatoria cuando el investigado está detenido por los hechos objeto de la investigación. Así en la STS 420 /2014, de 2 de junio, dijimos que el fundamento de la exigencia de la presencia del interesado, o de su representante, en la entrada hay registro domiciliario ordenada por la autoridad **judicial** en un proceso penal, radica en primer lugar en que esta diligencia afecta a un **derecho** personal, de naturaleza constitucional, que es el **derecho** a la intimidad personal, ya que el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, pues lo que se protege no es solo un espacio físico sino también lo que en el aire emanación de una persona física y de su esfera privada. (STC 188/2013, de 4 de noviembre). En segundo lugar, afecta el **derecho** a un proceso con todas las garantías, porque el resultado de dicha diligencia constituirá prueba de cargo en el juicio contra el imputado cuyo domicilio se ha acordado registrar, lo que aconseja que en la práctica del registro se garantice la contradicción para asegurar la validez del registro como prueba preconstituída... Lo que sí resulta exigible es la presencia del imputado en el registro cuando se encuentra detenido o a disposición policial o **judicial**, pues en estos casos no existe justificación alguna para perjudicar su **derecho** a la contradicción que se garantiza mejor con la presencia **efectiva** del imputado en el registro, por lo que la ausencia del imputado en estos casos es causa de nulidad. En el caso, la incipiente investigación en curso, no era suficiente para calificar a los sujetos de la investigación como imputados por lo que la injerencia se realizó con la presencia de los moradores.

Consecuentemente y aunque la recurrente tenga razón en la necesidad de que el investigado, respecto al cual se haya declarado una medida cautelar como la detención, debe estar presente en una diligencia de registro, porque es el interesado en el desarrollo de la diligencia, en el caso de esta casación no hay constancia de que el posteriormente acusado estuviera detenido al tiempo del registro de la primera de las viviendas, la que no constituía su morada, habiéndose practicado en presencia de sus moradores. Respecto al segundo registro, se realizó con su presencia siendo detenido al término de la injerencia.

TERCERO.- En el segundo de los motivos denuncia otro error de **derecho** por la aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal, al entender errónea la aplicación de dicho precepto puesto que la actividad probatoria en la que se basa la afirmación de la autoría se apoya en dos testigos protegidos que han identificado a la recurrente como la persona que les facilitaba la droga que debían vender a clientes, prueba que considera ilícita e insuficiente para la declaración fáctica.

El motivo se desestima. La vía impugnatoria elegida debe partir del respeto al hecho declarado probado y éste es claro al referir que era la acusada la que proporcionaba a las mujeres que ejercían la prostitución en la vivienda dispuesta por ella y su marido, sustancias tóxicas que vendían a sus clientes. La actividad probatoria ha sido valorada por el Tribunal que se refiere a las declaraciones personales de las personas que ocupaban la vivienda en el momento de registro, que aparece corroborada con la intervención de dosis en bolsas termoselladas.

Consecuentemente el motivo no respeta el hecho probado y debe ser desestimado.

CUARTO- En el tercero de los motivos denuncia un quebrantamiento de forma del número 3 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que refiere que la sentencia de apelación no ha dado respuesta a la tesis sostenida en los motivos quinto y sexto del recurso de apelación, sobre la imposibilidad de fundar un pronunciamiento de condena por la mera convivencia en el domicilio conyugal de quien aparece como autor del hecho, así como no da respuesta o, mejor dicho, no valora, la prueba de descargo presentada por la defensa.

El motivo se desestima. La incongruencia omisiva del número 3 del artículo 851 de la ley procesal penal, se refiere a la falta de respuesta a pretensiones oportunamente deducidas en el juicio oral. La sentencia en ningún momento basa la condena en una relación de convivencia, sino que el hecho probado declara que era la acusada quien proporcionaba a las personas que posteriormente vendían, la sustancia tóxica que, a su vez, era proporcionada por su marido. En definitiva, un acto propio de tráfico de sustancias tóxicas. En cuanto a la prueba de descargo ha sido oportunamente valorada por el Tribunal que ha declarado probado la participación en los hechos de esta acusada.

QUINTO.- En el cuarto de los motivos alza su queja por la que considera errónea individualización de la pena conforme el artículo 72 del Código Penal. Se queja de que la sentencia hace una especie de asimilación en lo que le perjudica a los supuestos de establecimiento abierto al público por la existencia de una máquina expendedora de bebidas. El motivo carece de contenido casacional. La función de individualizar la pena es una función puramente jurisdiccional, autónoma del órgano de enjuiciamiento, formando parte de su función jurisdiccional, tras valorar la prueba y aplicar la norma, a los hechos declarados probados, la norma punitiva. El Tribunal ha impuesto la penalidad en la extensión mínima de la pena imponible y argumenta la individualización teniendo en cuenta la reiteración de conductas, la gravedad del hecho, las dosis intervenidas. En definitiva,



explicando el fundamento de la individualización de la pena y la referencia a la existencia de una máquina expendedora tiene el sentido de afirmar la explotación industrial del negocio que allí se realizaba.

FALLO

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

1.º) Desestimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **Matilde y Borja** , siendo recurrido el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 253/2020 de 1 de octubre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION003 y DIRECCION004 , sede en Granada, en el recurso de apelación n.º 109/2020.

2.º) Condenar a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ