



Roj: **STS 4496/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4496**

Id Cendoj: **28079120012022100926**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2022**

Nº de Recurso: **824/2021**

Nº de Resolución: **947/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 238/2021,**
STS 4496/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 947/2022

Fecha de sentencia: 13/12/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 824/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 824/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 947/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 13 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 824/2021 interpuesto por **Plácido**, representado por el procurador D. Vicente Buj Ampudia bajo la dirección letrada de D.ª Libertad GONZÁLEZ BENAVIDES, contra la sentencia 3/2021, de 26 de enero dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Rollo de Apelación 30/2020, por la que se desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia n.º 338/2020, de 19 de octubre dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, en el Rollo de Sala Sumario Ordinario 51/2020, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito contra salud pública, del artículo 368 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Llanes incoó Procedimiento Abreviado 14/2020 por delito de contra la Salud Pública, contra **Plácido**, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Segunda. Incoado el Procedimiento Abreviado 51/2020, dictó sentencia número 338/2020, de 19 de octubre, en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declaran HECHOS PROBADOS, los que a continuación se relacionan:

Sobre las 2,30 horas del día 6 de diciembre de 2019 **Plácido** fue sorprendido, por agentes de la Guardia Civil en la Avenida la Paz de Llanes, en el momento en que hacía entrega, a un tercero, de un pequeño envase de plástico que contenía en su interior cocaína, a cambio de 50 euros.

Al procederse a su detención los agentes ocuparon la sustancia y en su poder 327,45 en metálico, un teléfono móvil Huawei, dos tarjetas MicroSD de 1 y 2 gb. respectivamente, dos tarjetas telefónicas con la serigrafía Cosmot y NUM000 y NUM001 .

Plácido manifestó a los agentes que disponía de más sustancia estupefaciente en su domicilio y accedió a acompañarles al mismo, junto con su abogado, donde hizo entrega voluntaria de la sustancia, ocupándosele también de una balanza de precisión, bolsas de plástico recortadas y 24.305 euros.

Las sustancias aprendidas se encontraban en una bolsa zip transparente con polvo blanco con un peso de 16 gr; una bolsa zip azul con polvo blanco con un peso de 119 gr. ; una bolsa zip blanca con rocas de color blanco con un peso de 54 gr. ; una bolsa zip azul con polvo blanco con un peso de 53 gr. ; una bolsa de plástico con polvo blanco con un peso de 11 gr. y tres envases termosellados con un peso total de 3,3 gr. ; arrojando en su conjunto un peso bruto de 256,03 gr. y dieron positivo a cocaína, una vez aplicado el kit Droga-Test.

El 16 de enero de 2020 en el Área de Sanidad de la Delegación de Gobierno de Cantabria fueron entregados los siguientes envases : 1 de polvo blanco (identificado como cocaína) con un peso neto de 110 gr. ; 2 de polvo blanco con un peso neto de 1,1 gr; 1 de polvo blanco con un peso neto de 1,56 gr.; 1 de polvo blanco con un peso neto de 55,56 gr.; 1 de polvo blanco con un peso neto de 9,23 gr. y 1 de polvo blanco con un peso neto de 46 gr., sustancias que tras ser sometidos correspondiente análisis arrojaron los siguientes resultados: En el de polvo blanco con un peso neto de 110 gr. no fue detectada sustancia alguna sometida a fiscalización; los 2 de polvo blanco con un peso neto de 1,1 gr, cocaína con una riqueza del 36%, , el de polvo blanco con un peso de. 1,56 gr. , cocaína con una riqueza del 38, 5%; el de polvo blanco con un peso de 55,56 gr , cocaína con una riqueza del 64,5 %,polvo blanco con un peso de 9,23 gr. , cocaína, con una riqueza del 43,8 y el de polvo blanco con un peso de 46 gr. , cocaína con una riqueza del 47,3%.

Las sustancias intervenidas conforme a los resultados del referido análisis han sido valoradas en la suma de 8.184 euros.

El acusado es consumidor de cocaína y a su ingreso en el Centro Penitenciario de Villabona fue conducido a la Unidad Terapéutica UTE-1 y con fecha 12 de febrero de 2020 a la UTE 2, donde permanece, con ausencia sistemática del consumo de ningún tipo de drogas. En el análisis, realizado por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, del cabello del acusado el día 20 de julio de 2020 no fue detectada ninguna sustancia investigada, lo que les permitió descartar el consumo repetido de drogas analizadas en un periodo de 4-5 meses anteriores al corte del mechón de cabello enviado, aunque no descartar el consumo esporádico de dichas drogas en el mismo periodo de tiempo .



Plácido se encuentra legalmente en España donde reside desde hace unos nueve años y cuenta con vínculos familiares en Salamanca donde residen legalmente su madre y su hermano .".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a Plácido como responsable en concepto de autor de un delito ya circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la penas de TRES AÑOS de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, 50 euros de multa, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad; así como al pago de las costas **judiciales** causadas .

Abónese el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa, manteniendo la medida de prisión provisional acordada y dese el destino legal a la droga y dinero intervenidos .".

TERCERO. - Notificada la sentencia, la representación procesal de **Plácido** , interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, formándose el rollo de apelación 51/2020. El citado tribunal dictó sentencia 3/2021, de 26 de enero, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Vicente Buj Ampudia, actuando en nombre y representación de Don Plácido contra la sentencia 338/2020 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo de 19 de octubre de 2020 que se confirma en todos sus pronunciamientos con imposición de costas al recurrente. "

CUARTO. Contra la anterior sentencia, la representación procesal de **Plácido** , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO. El recurso formalizado por **Plácido** , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 Ley Enjuiciamiento Criminal, por infracción del **derecho** a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la Constitución.
2. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 Ley Enjuiciamiento Criminal, por infracción del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** sin que se produzca indefensión en su vertiente de falta de motivación contenido en el artículo 24.1 de la Constitución.
3. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender indebidamente aplicado el primer párrafo del artículo 368 del Código Penal.
4. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de lo establecido en el artículo 21.6 Código Penal.
5. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de lo dispuesto en el artículo 21.7 en relación con el 21.4 del Código Penal en cuanto a la atenuante analógica de confesión.
6. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender infringido lo dispuesto en el artículo 21.2 del Código Penal.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal interesando la admisión y apoyando el motivo 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 13 de octubre de 2022, se señala el presente recurso para fallo para el día 22 de noviembre del presente año, se retorna la ponencia al Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Motivación de la sentencia*

Por razones de orden sistemático vamos a alterar ligeramente el orden de respuesta de los dos primeros motivos del recurso. Analizaremos en primer lugar el segundo motivo, en el que se alega la falta de motivación del juicio fáctico de la sentencia y, posteriormente, responderemos al motivo primero en el que se afirma la inexistencia de prueba de cargo sobre uno de los elementos del delito por el que se ha condenado al recurrente, la clase de sustancia intervenida.



Como hemos señalado, en el segundo motivo, a través del cauce impugnativo del artículo 852 de la LECrim, se censura la sentencia por falta de motivación al no quedar determinado el elemento determinante que permita concluir que en el presente supuesto la sustancia objeto de tráfico fuera cocaína. A este respecto se alega que ni en la sentencia de instancia ni en la de apelación se motiva de dónde se obtiene esa conclusión.

Esta Sala se ha pronunciado en múltiples resoluciones sobre el deber de motivación que incumbe a jueces y tribunales. Dicho deber se deduce directamente del artículo 120.3 de la Constitución pero es asimismo una exigencia derivada del **derecho** a la **tutela judicial efectiva**, proclamado en el artículo 24.1 CE. La motivación satisface el **derecho** del justiciable a alcanzar la comprensión de la decisión **judicial** y garantiza y facilita el control de esa decisión a través de los recursos (SSTS 1192/2003, de 19 de septiembre).

El **derecho** a la **tutela judicial efectiva** exige que los autos y sentencias, sea cual sea su decisión, contengan una motivación, entendiéndose por tal la inclusión de una argumentación ajustada al objeto de litigio que permita evaluar y comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional de la misma y no fruto de la arbitrariedad. La ausencia de motivación conllevará por regla general la nulidad de la resolución.

La motivación no debe medirse en parámetros de excelencia o extensión y no es preciso siquiera que sea exhaustiva, dando respuesta a cualesquiera alegaciones que previamente hayan podido formular las partes. Lo que se exige es que ofrezca una explicación clara, precisa, adecuada y congruente con el objeto procesal y en el presente caso de ningún modo puede afirmarse que la sentencia carezca de motivación sobre el concreto extremo a que alude el motivo ni tampoco que esa motivación sea meramente aparente o arbitraria, cuestión diferente es que no se compartan los razonamientos de la sentencia.

El tribunal de instancia, a pesar de no valorar como prueba de cargo el informe pericial sobre cantidad y composición de la droga, por ruptura de la cadena de custodia en el procedimiento seguido para su traslado a las dependencias donde había de realizarse la pericia, entendió que existían otras pruebas que permitían afirmar la actividad ilícita del recurrente. El tribunal acudió a la valoración de un conjunto de indicios que, a su criterio, constituyen prueba de cargo suficiente para la declaración de culpabilidad, tales como: el propio comportamiento, el reconocimiento y la actitud del acusado; la cantidad de sustancia y su distribución; su ocultación en la vivienda; la importante suma de dinero incautada y el hallazgo en el domicilio de una báscula de precisión y de bolsas de plástico para la elaboración de papelinás.

La vulneración del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** en su vertiente de falta de motivación de una sentencia precisa, según hemos argumentado anteriormente, que la resolución carezca absolutamente de motivación o que utilice una motivación meramente aparente o arbitraria y en este caso ninguna de tales circunstancias se produce, según acabamos de detallar.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- Presunción de inocencia

En el primer motivo, también a través del citado artículo 852 de la LECrim, se afirma la ausencia de prueba sobre el tipo de sustancia intervenida lo que, a juicio de la defensa, debe conducir al dictado de una sentencia absolutoria por falta de prueba sobre uno de los elementos del tipo objetivo del delito tipificado en el artículo 368 CP.

Hemos dicho de manera reiterada que la verificación de la existencia de prueba de cargo bastante requiere una triple comprobación. En primer lugar, que el Tribunal de instancia haya apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en el de suficiente contenido incriminatorio. En segundo lugar, que las pruebas sean válidas, es decir, que hayan sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los **derechos** fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y, en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que sean la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparte de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no sea, por tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea (STS 547/2018, de 13 de noviembre, por todas).

En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional.

Pero también es constante la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo



suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente. Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no ha presenciado para, a partir de ellas, confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

Nos enfrentamos a un caso singular en la medida en que no se ha valorado como prueba de cargo el informe pericial aportado a autos sobre naturaleza, peso y grado de pureza de la droga intervenida dado que el informe da cuenta de unos alijos absolutamente diferentes de los incautados por la policía y remitidos al organismo oficial para su análisis pericial. Pese a ello en los hechos probados se declara que los agentes policiales vieron una entrega por parte del acusado de un pequeño envase de plástico a cambio de 50 euros; que se le ocupó dinero en metálico y tarjetas telefónicas y que manifestó a los agentes voluntariamente que tenía cocaína en su domicilio. También se declara que como consecuencia del registro que se llevó a cabo se encontraron en su domicilio cuatro bolsas con polvo blanco con un peso total de 142 gramos y tres envases termosellados con polvo blanco con un peso 3,3 gramos, encontrándose además una balanza de precisión, bolsas de plástico recortadas y 24.305 euros. A partir de estas evidencias el tribunal de instancia considera probada la actividad ilícita por un conjunto de indicios que se detallan en la fundamentación jurídica en los siguientes términos: "Ciertamente existen en actuaciones otras circunstancias, como han sido expuestas por le defensa del acusado con incidencia en la causa en relación con la cadena de custodia, que serán analizadas a continuación, pero que sin duda resultan insuficientes para echar por tierra la convicción alcanzada acerca- ilícita -actividad de - realizada por el acusado, pues es evidente que ello se concluye no solo del propio comportamiento, reconocimiento y actitud del acusado sino de los testimonios anteriormente referidos y de otras circunstancias concurrentes como resultan : la cantidad de sustancia y su distribución, su ocultación en la vivienda, la importante suma de dinero incautada, sin duda injustificada como procedente de una lícita actividad laboral, vista la documentación aportada obrante a los folios 187 y siguientes, los diferentes lugares y forma de su ocultación, el hallazgo de útiles para la elaboración de papelinás, tales como la báscula de precisión y bolsas de plástico con recortes y la condición de consumidor de dicha sustancia".

El problema que se nos plantea en este recurso, que no es nuevo y ya ha sido abordado por esta Sala en otras ocasiones, es determinar si es posible la condena por un delito de tráfico de drogas sin haberse determinado la naturaleza, peso y composición de las sustancias incautadas durante la investigación.

De un lado, la irregularidad en la cadena de custodia en la prueba pericial no impide que los hechos que se pretendían acreditar con dicha prueba pueden ser acreditados por otras pruebas y, de otro lado, en nuestro sistema penal no rige el sistema de prueba tasada, por lo que no hay una clase de prueba para acreditar un determinado hecho. El sistema de libertad probatoria permite acudir a cualquier prueba lícita para acreditar un hecho, siempre que tal prueba, atendidas las circunstancias, pueda ser considerada suficiente. En la STS 322/2008, de 30 de mayo, con cita de otros precedentes (STS 832/2007, de 5 de octubre), dijimos que "la droga, es cierto, constituye uno de los elementos del tipo objetivo previsto en el art. 368 del CP. Sin embargo, su existencia no siempre tiene que estar acreditada mediante un acto específico de intervención. No existe un catálogo cerrado de medios probatorios con idoneidad para acreditar la existencia del objeto del delito. Es indudable que en aquellas ocasiones en que la sustancia estupefaciente no haya podido ser incautada, la prudencia a la hora de valorar la concurrencia de la acción típica, habrá de ser extremada por el órgano jurisdiccional...En palabras de la STS 1242/2000, 5 de julio , la imposibilidad real de comprobar científicamente la naturaleza del producto no excluye la existencia de otros elementos probatorios que permiten establecer el dato impugnado. Su determinación a través de pruebas personales ha sido admitida, entre otras, en las SSTS 585/2003, 16 de abril y 587/2003, 16 de abril.

En este caso la sentencia destaca un conjunto de indicios que son suficientes para acreditar la dedicación del recurrente a la venta de cocaína, sin que apreciemos en el razonamiento deductivo del tribunal atisbo alguno de irracionalidad.

Esta Sala, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, viene admitiendo reiteradamente la eficacia y validez de la prueba de carácter indiciario para desvirtuar la presunción de inocencia, y ha elaborado un consistente cuerpo de doctrina en relación con esta materia (SSTS 435/1999; 1654/1999, de 1 de febrero; 83/2000, de 9 de febrero; 141/2000, de 14 de febrero; 171/2000, de 1 de marzo; 363/2000, de 24 de abril; 728/2000, de 12 de diciembre y 193/2013, de 4 de marzo, entre otras muchas).

Hemos señalado los requisitos formales y materiales de esta modalidad probatoria son:

Desde el punto de vista formal:



- (i) Que la sentencia exprese cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia.
- (ii) Que la sentencia de cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que - aun cuando pueda ser sucinta o escueta- es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

Y desde el punto de vista material los requisitos se refieren en primer lugar a los indicios, en sí mismos, y en segundo a la deducción o inferencia.

En cuanto a los indicios es necesario:

- (iii) Que estén plenamente acreditados;
- (iv) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa;
- (v) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar;
- (vi) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.
- (vii) Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (art. 1253 del Código Civil). Responder plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia implica que la inferencia no resulte excesivamente abierta, en el sentido de que el análisis racional de los indicios permita alcanzar alguna conclusión alternativa perfectamente razonable que explique los hechos sin determinar la participación del acusado, en cuyo caso la calificación acusatoria no puede darse por probada.

En el presente caso, el razonamiento deductivo exteriorizado por los jueces de instancia no contiene atisbo alguno de irracionalidad. Declararon los agentes de policía que vieron la transacción inicial, sugestiva de una venta de papelina de cocaína y el propio recurrente indicó a los agentes que tenía droga de en su domicilio, encontrándose dentro del mismo un buen número de papelinas y envases que contenían un polvo blanco que dio positivo a cocaína en la prueba de narco- tex realizada in situ por los agentes. Además, encontraron también en el domicilio los útiles que habitualmente se utilizan para la distribución y venta de drogas (balanza de presión y bolsitas de plástico). En estas circunstancias, el hecho de que se haya producido una ruptura de la cadena de custodia y que el informe pericial aportado a autos haya sido excluido del acervo probatorio por falta de coincidencia manifiesta entre las sustancias enviadas al laboratorio y las sustancias analizadas no impide declarar probado que el recurrente se dedicaba al tráfico de drogas, en concreto, de cocaína. La inferencia del tribunal se asienta en plurales indicios y en un razonamiento que destaca por su lógica y racionalidad.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

TERCERO.- Subtipo atenuado del artículo 368 CP

En el tercer motivo del recurso, por infracción de ley y con cita del artículo 849.1 de la LECrim, se reprocha la inaplicación del subtipo atenuado de tráfico de drogas, previsto en el segundo párrafo del artículo 368 CP. En relación con la "entidad el hecho", que es el primero de los parámetros que señala el precepto para apreciar la atenuación, y al no haberse determinado el grado de pureza o el peso de la sustancia intervenida se desconoce si hubo mucha o poca sustancia estupefaciente y si ésta se acercaba a lo que la doctrina jurisprudencial viene calificando como sustancia mínima psicoactiva. En relación con el segundo marcador que tiene en cuenta el precepto, las "circunstancias personales del culpable", se destaca que el recurrente carece de antecedentes penales; no era conocido como traficante de droga; era consumidor de cocaína y colaboró con las fuerzas del orden permitiendo la entrada y registro en su domicilio, a pesar de las dudas que existen sobre la proporcionalidad de esa injerencia, dada las escasas evidencias que existían cuando se llevó a cabo.

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.

CUARTO. - *Atenuante de dilaciones indebidas*

En el cuarto motivo, por infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, se denuncia la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, prevista en el artículo 21.6 del Código Penal.

En el desarrollo argumental del motivo se señalan como dato que justifica su apreciación que se produjo una dilación en la práctica de una diligencia de investigación tóxico-capilar, interesada por la defensa mediante escrito de 23 de enero de 2020 y cuya práctica se dilató, porque fue denegada y hubo de recurrirse la resolución denegatoria, lo que motivó que la resolución estimatoria llegara al Juzgado de Instrucción el día 17 de abril de 2020 y que la práctica de la diligencia se llevara a cabo después de dictado el auto de conclusión de las diligencias. Se entiende que esa dilación fue extraordinaria y no fue debida a la actuación procesal del inculcado.

El artículo 24.2 CE reconoce como fundamental el **derecho** a un proceso sin dilaciones indebidas. El sometimiento a un proceso penal es de por sí un gravamen, una carga que no debe durar más de lo imprescindible, de ahí que su prolongación indebida comporte una suerte de pena natural y por tal razón, primero la doctrina de esta Sala, y luego el propio Código Penal, han establecido que la excesiva duración del proceso sea compensada con el reconocimiento de una atenuante. Y así, el artículo 21.6 CP prevé como causa de atenuación "la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del proceso, siempre que no sea atribuible al propio inculcado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa".

El concepto de "dilación extraordinaria e indebida" no se corresponde con el incumplimiento de los plazos procesales ni tampoco es aplicable a cualquier lapso de tiempo que se precise o se emplee para la práctica de las diligencias de investigación. Se precisa algo más. Se requiere de un retraso prolongado e injustificado que sea contrario a la normativa procesal, que no aparezca suficientemente justificado por la propia complejidad del proceso o por otras razones, y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado.

Desde esta perspectiva la tardanza en varios meses para la práctica de una diligencia de investigación no es en ningún caso una dilación extraordinaria que justifique la aplicación de la atenuante del artículo 21.6 CP, máxime cuando en ese plazo se han llevado a cabo otras actuaciones como la tramitación de un recurso. El hecho de que la petición inicial fuera denegada y hubiera de recurrirse para su estimación y práctica no puede considerarse como una actuación irregular ni tampoco que esas actuaciones no sean computables a los efectos de determinar los periodos de paralización.

Los periodos de paralización que venimos contemplando para la apreciación de la atenuante son mucho más prolongados y deben vincularse, además, con la duración total del proceso y con su complejidad, datos sobre los que el recurso guarda silencio, y en este caso los hechos se enjuiciaron diez meses después de ocurridos por lo que, como se señala en la sentencia de instancia, la actuación **judicial** fue diligente y la sentencia penal se produjo en un tiempo razonable.

El motivo se desestima.

QUINTO.- *Atenuante analógica de confesión*



Por el mismo cauce casacional que el anterior, en el motivo quinto se censura la sentencia por la inaplicación de la atenuante analógica de confesión, conforme a los artículos 21.7 y 21.4 del Código Penal.

En síntesis, el recurrente confesó ante los agentes la posesión en su domicilio de sustancias y colaboró con ellos permitiendo su registro, sin embargo, durante el juicio modificó su línea de defensa al advertirse la ruptura de la cadena de custodia de la sustancia intervenida. Se alega que, conforme al criterio de esta Sala la citada atenuante es independiente de que el autor, luego de confesar la realización del hecho, pretenda ejercer su **derecho** de defensa.

El artículo 21.4 del Código Penal prevé como causa de, atenuación de la pena "el haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento **judicial** se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades".

La atenuante de confesión se justifica por la utilidad que efectivamente reporte a la Justicia, ahorrando esfuerzos de investigación y facilitando la instrucción y enjuiciamiento y no en razones subjetivas de premio a una conducta moral de arrepentimiento del sujeto, perspectiva que estaba presente en el Código Penal de 1973 y que fue criticada por la doctrina y abandonada por la jurisprudencia de esta Sala.

En la STS de 25 de enero de 2000, se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serían los siguientes: 1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3) la confesión habrá de ser veraz en lo sustancial; 4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento **judicial**, a los efectos de la atenuante. Por "procedimiento **judicial**" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento **judicial** (SSTS 23.11.2005, 19.10.2005, 13.7.1998, 27.9.1996 y 31.1.1995). En relación al momento en que se debe confesar para la apreciación de la atenuante, el precepto comentado dispone que ha de hacerse antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él. Sin embargo, se dan supuestos de confesión tardía y se ha planteado si en tales casos se puede apreciar la atenuante.

Por otra parte, el Código Penal en su artículo 21.7 reconoce la posibilidad de apreciar circunstancias atenuantes por analogía cuando el hecho a tomar en consideración guarde semejanza con la estructura y características con cualquiera de las cinco circunstancias atenuantes reconocidas en el artículo 21 del Código Penal, si bien también ha precisado esta Sala, de un lado, que la atenuante de análoga significación no puede ser aplicada cuando falten los requisitos básicos de la atenuante-tipo, porque en tal caso se establecería un criterio contrario al mandato legal, y, de otro, que tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28 de enero de 1980, (SSTS 27 de marzo 1983, 11 de mayo de 1992, 159/95 de 3 de febrero, lo mismo en SSTS 5 de enero de 1999, 7 de enero de 1999, 27 de enero de 2003, 2 de abril de 2004)".

En desarrollo de estos criterios se ha acogido por esta Sala (STS 10 de marzo de 2004), como circunstancia atenuante analógica a la de confesión, la realización de actos de colaboración con la Justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos (SSTS. 20.10.97, 30.11.96, 17.9.99). Tal y como se señalaba en la STS 1430/2002, de 24 de julio, siendo cierto que no es posible aplicar atenuantes que no cumplan con las exigencias legales, burlando la voluntad del Legislador (SSTS 3 de febrero de 1995 ó 29 de abril de 1999), cabe "[...] que la atenuación por analogía de la responsabilidad criminal se fundamente en una cooperación del acusado con la autoridad **judicial** tras la detención de aquél en orden al más completo esclarecimiento de los hechos investigados, reveladora de una voluntad de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarresten la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer la infracción (STS de 6 de marzo de 1993)... En estos supuestos de la realización por quien ya está detenido y sometido a un procedimiento **judicial** de actos colaboración con los fines de la justicia, la integración de dicha conducta en una relación de analogía con la atenuante del art. 21.4, requiere una cooperación eficaz, seria y relevante [...]".

El recurrente, ciertamente, dio consentimiento al registro de la vivienda, interviniéndose sustancias que no han sido objeto de valoración y el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta esa conducta para la graduación de la pena y considera que descubierto el hecho delictivo, el intercambio de sustancia por dinero, la intervención y registro de la vivienda se iba a realizar, por lo que su consentimiento, aunque realizado, no tenía la trascendencia que el recurrente le proporciona y no ha sido persistente, al negar la realización de los hechos imputados.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

**SEXTO.- Atenuante de drogadicción**

En el sexto y último motivo del recurso, a través del artículo 849.1 de la LECrim, se denuncia la inaplicación de la atenuante de drogadicción del artículo 21.2 CP

La desestimación es procedente. Los hechos probados no recogen datos fácticos que permitan afirmar una drogodependencia grave y la incidencia de la misma en la comisión del hecho. A tal efecto las pruebas periciales no permiten la consideración de grave adicción y tampoco del mismo resulta ni la causalidad ni funcionalidad de la tenencia, ni ningún elemento fáctico que permita la aplicación de la circunstancia que interesa denunciado su inaplicación al hecho probado.

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 **Plácido**, representado por el procurador D. Vicente Buj Ampudia bajo la dirección letrada de D.ª Libertad González Benavides, contra la sentencia dictada el 27 de enero de 2021 por la Sala de lo Civil y Penal de Asturias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Rollo de Apelación 30/2020.

2.º) Condenar al recurrente al pago de las costas causadas en este recurso de casación.

Comuníquese esta resolución al Tribunal de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Así se acuerda y firma.