



Roj: **STS 2224/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2224**

Id Cendoj: **28079120012022100537**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/06/2022**

Nº de Recurso: **2993/2021**

Nº de Resolución: **549/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Alicante, Sección 7ª, 01-10-2019 (rec.119/2012),
STS 2224/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 549/2022

Fecha de sentencia: 02/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2993/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2993/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 549/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 2 de junio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación con el nº 2993/2021 interpuesto por **Humberto** representado por el procurador Sr. D. Julio Costa Andreu, bajo la dirección letrada de D. Mario Martín Cano Gonzalo contra Sentencia nº 848/19, de fecha 1 de octubre, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante, en el Procedimiento Abreviado 119/12, dimanante del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Torreveija, en causa seguida contra el recurrente por un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. Cinco de Torreveija instruyó PA nº 1357/2011, contra Humberto y otra. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Séptima) que con fecha 1 de octubre de de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"1) En el año 2011, Humberto mayor de edad y con antecedentes penales, junto con Visitacion , mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando ambos de común acuerdo y con unidad de fin, concertaron con personas desconocidas que recibirían una remesa de cocaína, por vía aérea, para destinarla al consumo ilegal, acordando que el paquete en el que viajaría dicha sustancia se remitiría a nombre de Benita , a un domicilio de la localidad de Torreveija (Alicante) y lo recepcionaría Visitacion que se lo entregaría a Humberto .

Así, se envió por correos, vía aérea desde Costa Rica, un paquete con número de envío NUM000 remitente Tomás y destinatario Benita , a un domicilio de la localidad de Torreveija. Este paquete, al pasar por la Aduana de Barajas, en un control aleatorio, fue visionado por rayos X y se observó lo que parecía ser una sustancia estupefaciente. Se realizó una inspección física y se hallaron en el interior de canutillos de encuadernación una sustancia de color blanca, que al aplicarle el reactivo narcotest dio positivo a cocaína.

Se dictó Auto por el Juzgado de Instrucción nº 45 de Madrid, de fecha 9/95/11 autorizando la entrega controlada del paquete al destinatario que constaba en el mismo, Benita .

Una vez en Torreveija y siendo el día 16 de mayo de 2011, y debido a que el domicilio de entrega no se encontraba bien identificado, por cambio en el nombre de las calles de la zona, el agente de la Guardia Civil con nº NUM001 , haciéndose pasar por un funcionario del servicio de correos, contactó con el número de teléfono NUM002 que aparecía en los datos del receptor del paquete y cuyo titular es Humberto , logrando contactar con un hombre que le facilitó una nueva dirección de Torreveija (Alicante) y que recogería el paquete la misma persona, Benita .

Cuando llegó el agente NUM001 al domicilio indicado, observó a una mujer esperando que se le acercó y se identificó como Benita . No le dio físicamente el DNI, pero sí se lo dijo de memoria, firmó el documento de entrega y el agente le entregó el paquete que contenía la cocaína.

Tras la recepción del paquete, el agente de la Guardia Civil con nº NUM001 , se identificó como tal agente y detuvieron a la mujer que le manifestó que no era Benita , que era Visitacion y que el paquete era para Humberto . Visitacion colaboró en todo momento con los agentes que la detuvieron, facilitando la información sobre Humberto .

Abierto el paquete, resultó que el mismo contenía 20 folletos publicitarios y en el interior, de cada uno de los 29 canutillos de encuadernación de los mismos, bolsas con una sustancia blanca que resultó ser 92 gramos de cocaína con una pureza del 73,2% que hubiera alcanzado un valor en el mercado ilícito de 9.925,36 euros.

2) Desde la fecha de comisión de los hechos en el año 2911 hasta la fecha de celebración del juicio oral en 2019, han transcurrido más de 8 años por causas no imputables a los acusados .

3) Humberto fue detenido en mayo de 2011 y fue condenado, con su conformidad, por la Audiencia Provincial de Murcia, en Sentencia 1/2012 de 12/011/12, por un delito contra la salud pública, sin concurrir circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. En los hechos probados de la citada Sentencia se declara probado que el Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid autorizó la entrega controlada de un paquete postal con nº NUM003 , procedente de Costa Rica, destino en un domicilio de Alcantarilla (Murcia), remitente Tomás y destinatario real Humberto , aunque el destinatario que constaba en el paquete postal era otro distinto. Dicho paquete contenía cocaína en 45 barritas plastificadas y ocultas en el doble fondo de canutillos de porta documentos. Que Humberto conocía el contenido del paquete, que lo recibía para destinarlo al consumo



ilegal. El teléfono que aparecía reflejado en el destinatario del paquete postal era de Humberto , usuario del porta-tarjetas SIM de la compañía "Llama Ya" nº NUM002 y que lo tenía en su poder cuando lo detuvieron".

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

"Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la excepción de cosa juzgada alegada y que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a los acusados en esta causa:

1) a Visitacion , como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y la concurrencia de la atenuante analógica de colaboración, como muy cualificada, a la pena de 9 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9.025,36 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 60 euros impagados y costas.

2) a Humberto , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 9.025,36 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 60 euros impagados y costas.

Se decreta el comiso y destrucción de la sustancia estupefaciente incautada,

Abonamos a los condenados la totalidad de tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa, para el cumplimiento de la pena de privación de libertad impuesta.

Requíerese a los condenados al abono, en plazo de quince días, de la multa impuesta; caso de impago y de ser insolventes, cumplan los mismos la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria.

Conclúyase en forma la pieza de responsabilidad civil.

Notifíquese esta sentencia a las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el condenado, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Humberto

Motivo primero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por infracción del art. 24.2 CE (vulneración del derecho a la presunción de inocencia) y del art. 25.1 CE (vulneración del principio de seguridad jurídica de cosa juzgada).

Motivo segundo.- Al amparo del art. 849, por infracción del art. 21.6 CP.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando sus dos motivos. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 24 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de casación frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7ª con sede en Elche) por la que se condena, junto a otra, al ahora recurrente, Humberto , como autor de un delito contra la salud pública con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas de prisión de un año y seis meses con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de 9.025,36 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada sesenta euros impagados.

El primer motivo del recurso, reiterando la alegación formulada ya en el trámite de cuestiones previas, invoca la excepción de cosa juzgada que ancla tanto en el derecho a la presunción de inocencia (de forma más que cuestionable), como en el principio de seguridad jurídica vinculado al de legalidad del art. 25 CE. No es incorrecta la referencia: el TC desde muy tempranas fechas (STC 2/1981) situó en este precepto constitucional (principio de legalidad) un acogimiento implícito del *non bis in idem* con el que enlaza la institución procesal de la cosa juzgada.



La base del alegato viene conformada por una condena anterior (sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 12 de enero de 2012), alcanzada por conformidad de las partes, por delito contra la salud pública, a las penas de tres años de prisión y multa de 21.244,28 euros (con seis meses de responsabilidad personal subsidiaria). Se atribuye al acusado en esa previa condena la recepción de un paquete postal remitido desde Costa Rica que contenía camuflados 217.935 gramos de cocaína con una riqueza del 72,71 %. Fue interceptado el 17 de mayo de 2011.

Aquí, como queda expuesto en el antecedente, se le condena por ser destinatario de otro envío con idéntico remitente y en fecha muy próxima (por auto de fecha 9 de mayo de 2011 se acordó la entrega controlada procediéndose a su incautación definitiva el 16 de mayo siguiente). Contenía 92 gr de cocaína con una riqueza del 73,2% y un valor de 9.025,36 euros.

La Audiencia desestimó la excepción de cosa juzgada por entender que eran hechos distintos: faltaba una de las tres clásicas identidades de la cosa juzgada.

SEGUNDO.- El Tribunal Constitucional -y utilizamos como referencia la STS 179/2022, de 24 de febrero-, como hemos dicho, ha situado el principio *non bis in idem* bajo la órbita del artículo 25.1 CE, donde estaría consagrado de forma latente por virtud de su conexión con las garantías de *tipicidad y legalidad de las infracciones*. Su contenido se concreta en la *prohibición de duplicidad de sanciones* cuando se aprecie identidad de sujeto, objeto y causa. Las SSTC nº 2/2003, de 16 de enero, ó 236/2007, de 7 de noviembre enlazan con esa premisa: estamos ante un genuino derecho fundamental lo que concuerda con su expreso reconocimiento como tal en diversos convenios internacionales sobre derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU del 19 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el "BOE" núm. 103, de 30 de abril de 1977, en su art. 14.7, el Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el "BOE" núm. 249, de 15 de octubre de 2009, en su art. 4, o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que recoge la prohibición de doble sanción en su art. 50).

La STC 77/2010 alude a una doble vertiente del *bis in idem*: procesal, (cosa juzgada) y sustantiva. Constituyen derivaciones del mismo y, sustancialmente único, principio. Por ello, aunque sus consecuencias se articulen en ocasiones mediante instituciones propiamente procesales como es la cosa juzgada -que es la directamente invocada aquí-, no puede obviarse su naturaleza también y predominantemente sustantiva. Para delimitar la triple identidad hay que manejar nociones y conceptos de derecho penal sustantivo.

La vertiente material del principio impide que un *mismo* sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el *mismo* fundamento y por los *mismos* hechos. Ello supondría una reacción punitiva *desproporcionada* que haría quebrar, además, la garantía de previsibilidad de las sanciones. La suma de una pluralidad de sanciones provoca una respuesta punitiva emancipada del juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y puede materializar la imposición de una sanción no prevista legalmente (SSTC 2/2003, de 16 de enero, F. 3; 48/2007, de 12 de marzo, F. 3; 91/2009, de 20 de abril, F. 6.b). La proporcionalidad de la penalidad es también cuestión de orden sustantivo y no puramente constitucional o procesal (STS 39/2020, de 6 de febrero).

Muy recientemente la STS 11/2022, de 12 de enero, recaída en un procedimiento competencia del Juzgado de lo Penal, no titubeaba al encarar un problema similar por la puerta del art. 849.1º (*normas sustantivas que han de ser tenidas en cuenta en la aplicación de la ley penal*). Un alegato impugnativo de este tenor, puede transitar tanto por el art. 852 como por el art. 849.1º LECrim (STS 179/2022, de 24 de febrero).

La Audiencia rechazó la excepción basándose en un dato desde luego importante: los hechos sancionados no eran contemplados en la previa sentencia condenatoria.

Aunque es verdad que la decisión de la Audiencia puede encontrar respaldo en algunos viejos precedentes, la más reciente jurisprudencia, recaída de forma más frecuente en condenas por hechos que podían tratarse como un único delito continuado, conduce a consecuencias más respetuosas con el principio de proporcionalidad, y que logran conjurar el absurdo de que temas de derecho penal sustantivo acaben dependiendo de vicisitudes procesales aleatorias y ajenas a la culpabilidad.

Siendo estrictos no podríamos hablar de cosa juzgada en tanto los hechos ahora analizados son otros distintos. No hay identidad fáctica. Pero penalmente unos y otros hechos constituyen una sola cosa. Estaríamos, por así decir, -y discúlpese el vulgarismo nada académico- ante una *cosa medio juzgada* (en el sentido de no juzgada en su totalidad; sino solo en una parte).

No cabe duda que los dos episodios que se imputan al recurrente podrían haber sido abarcados en un procedimiento único. En ese caso, no podría pensarse en dos delitos distintos, sino en un único delito contra la salud pública (jurídicamente una única cosa) que, por ser infracción de tracto continuado, obliga a contemplar unitariamente todos los actos de tráfico o posesión de sustancias estupefacientes. Sólo cuando se produce



la detención o el acusado conoce que se le ha abierto un procedimiento para investigar su dedicación a esa actividad se producirá lo que se ha llamado *ruptura jurídica*: los actos posteriores no serán susceptibles de ser integrados en esa única infracción, abriendo paso a otra secuencia delictiva que deberá tratarse y castigarse separadamente.

Decía en ese sentido la citada STS 179/2022: "El delito continuado es una realidad sustantiva. Su aplicación no puede venir condicionada por avatares procesales como sería la equivocada o arbitraria disgregación de procedimientos. Por eso, además, se ha abierto paso una doctrina que articula mecanismos y criterios para enmendar posibles resultados penológicos desproporcionados -y en algunos casos, contrarios a la Ley Penal sustantiva- provocados por esa escisión que viene repelida por el derecho penal material, en tanto no deja de ser una inaplicación indebida del art. 74 CP.

TERCERO.- Lo argumentado en relación al delito continuado es trasladable a un caso como éste en que se enjuicia un delito de tracto continuado, como lo sería a otros supuestos análogos (delitos permanentes; delitos en varios actos; delitos de hábito...). Enjuiciar como dos delitos una secuencia que constituye un único delito del art. 368 supone una aplicación indebida de este precepto.

Sustancialmente, estamos ante un único comportamiento a valorar penalmente de forma global. Su escisión para una doble condena en principio vulnera, no tanto la cosa juzgada, como materialmente el *non bis in idem*. Y, en todo caso, puede conculcar pautas de proporcionalidad al haberse fijado dos penalidades autónomas, sin contemplar el conjunto que penalmente exige una valoración unitaria .

El tema de fondo implicado, entronca con la delimitación del objeto del proceso penal: perfilar lo que es el "hecho" enjuiciado es decisivo a la hora de dilucidar si, a estos efectos (*non bis in idem*) estamos o no ante "los mismos hechos".

El problema no consiste tanto en verificar la identidad de los hechos (no la hay), como de valorar en qué medida la cosa juzgada juega frente a instituciones como la continuidad delictiva o delitos de trato continuado que, implican o pueden implicar pluralidad de hechos (por tanto, no habrá identidad fáctica si alguno de ellos escapa a la consideración del Tribunal), pero han de tratarse como unidad de delito (como un único hecho, una única cosa, desde el punto de vista jurídico).

Adentrarse en ese tema, núcleo de la cuestión suscitada, hace conveniente entretenerse en consideraciones tanto ejemplificativas como teóricas y dogmáticas que analizamos de la mano de la STS 980/2013, de 14 de noviembre.

Quien ha sustraído dos frutas simultáneamente y ha sido condenado en una sentencia que solo contempla una de las dos (por los motivos que sean: no se descubrió a tiempo, un olvido de la acusación...), no podrá volver a ser condenado por la sustracción de ninguna de ellas. Tampoco podrá ser enjuiciado por el apoderamiento de la fruta a la que no alcanzaba la condena. Existe cosa juzgada porque a efectos penales estamos ante un "mismo hecho", aunque desde el punto de vista naturalístico pueda distinguirse entre el apoderamiento de una de las frutas y la toma, sin solución de continuidad, de la otra mediante una acción (en sentido naturalístico) diferente. El hecho en su sentido más naturalista ha de ser reformateado por su significación jurídica a los efectos de establecer el perímetro en el que irradiará su eficacia excluyente la cosa juzgada. En el bien entendido de que estamos ante la fuerza de cosa juzgada de la sentencia condenatoria penal, que no se extiende a las consecuencias civiles no analizadas.

Las cosas se presentan de forma sustancialmente distinta cuando pensamos en el delito continuado, o en delitos en varios actos, o delitos permanentes o de tracto continuado. Abarcan **acciones** plurales y diferentes aunque sean reagrupadas en un único delito. Si la sustracción de cada una de las frutas se lleva a cabo en dos días consecutivos ya no hay unidad de acción, aunque estaremos ante un único delito continuado.

¿Cuándo hay "unidad de delito"?

Los textos internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - art. 14.7- o Convenio Europeo de Derechos Humanos -art. 4 del Protocolo 7-) coinciden en referir el derecho a no ser doblemente juzgado o condenado a los supuestos de unidad de "infracción". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha perfilado los contornos del término "infracción", equiparándolo a "hecho punible" o, por utilizar las palabras del Tribunal de Estrasburgo, a "hecho penal único". "Infracción" no es expresión equivalente simple a "delito". Tampoco es sinónimo de "hecho"; no, al menos, desde la sola consideración de éste como un suceso humano identificable conforme a unas coordenadas espacio-temporales. Lo que permite identificar una *infracción* son los hechos mirados desde una perspectiva normativa o, lo que viene a ser lo mismo: la relevancia que a los hechos enjuiciados o sancionados conceden las normas penales.

En un delito de tracto continuado podemos hablar de una "infracción".



"El TJUE se ha decantado -explicaba la STS 18/2016, de 26 de enero- por una aplicación extensiva del principio, ... al optar por una interpretación fáctica del **ídem** y no limitar su aplicación a las cuestiones de derecho de los correspondientes tipos penales (SSTJUE Gözütok y Brügge, Miraglia, Van Straaten, Turansk , Klaus Bourquain y Kretzinger, Van Esbroeck, Van Straaten, Kretzinger, Kraaijenbrink y Gasparini).

La sentencia de 9 de marzo de 2006 (asunto Van Esbroeck), por ejemplo, estimó que la condena por la importación de determinados productos estupefacientes, excluye una nueva condena por la exportación de esas mismas materias. La importación y la exportación son dos caras de la misma moneda, según la perspectiva de cada Estado afectado, si se trata de una misma operación relativa a la misma droga. La expresión "mismos hechos" se refiere a la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido. (Ver también SSTJUE 28 de septiembre de 2006 en el asunto C-467/04, Gasparini y otros; y en el asunto C-150/05, Van Straaten).

Por su parte el TEDH ha mantenido una posición más vacilante al establecer de manera clara el fundamento y alcance del principio *ne bis in ídem*, fundamentalmente en la definición del **ídem**.

Es sabido que para definir qué ha de entenderse por "mismos hechos" tradicionalmente se han venido acogiendo dos posibles opciones interpretativas: por un lado, entender que "hecho" va referido al suceso histórico acaecido, desvinculado de su calificación jurídica (teoría naturalista - **ídem fáctico**)-; por otro lado, entender que se trata de una expresión de contenido jurídico y que viene referida, no al hecho natural histórico, sino a su incardinación en alguno de los tipos penales existentes (teoría normativa - **ídem jurídico**-).

Como ha recordado la mejor doctrina europea después de algunas sentencias contradictorias del TEDH sobre la aplicación del artículo 4º del Protocolo Séptimo del Convenio, ya sea basadas en el **ídem fáctico**, como en Gradinger v. Austria, o bien en el concepto de que la misma conducta puede constituir varios delitos sancionables separada y sucesivamente, como en Oliviera v. Suiza (**ídem jurídico**), el TEDH elaboró en el caso de Franz Fischer v. Austria un concepto de **ídem fáctico** basado en los "elementos esenciales" de los dos delitos, pero en el caso Götktan v Francia, el Tribunal parecía confiar de nuevo en el **ídem jurídico**. En los últimos años, el Tribunal ha utilizado con mayor frecuencia el concepto de **ídem fáctico**, como en el caso Bachmaier v. Austria, el caso Hauser-Sporn v. Austria y el caso Garretta v. Francia. **Finalmente la jurisprudencia del TJUE ha tenido un impacto armonizador** que ha llevado al TEDH a optar definitivamente por el enfoque del **ídem fáctico** (ver caso Zolotuhkin v. Russia, STEDH de 10 de febrero de 2009).

Ahora bien el hecho de que tanto el TJUE como el TEDH se hayan inclinado por un concepto de " **ídem fáctico**", que no depende de la calificación legal o del interés jurídico protegido, está muy determinado por la falta de armonización de los ordenamientos jurídicos sancionadores de los diversos países europeos, que podría determinar en la práctica vulneraciones de la sustantividad del principio "ne bis in ídem" a través de la duplicidad de sanción en distintos Estados por tipos delictivos formalmente diferenciados en los distintos ordenamientos, pero que en el fondo sancionasen doblemente la misma conducta con el similar fundamento. Como señala el TJUE (asunto Van Esbroeck) la falta de armonización de las legislaciones penales nacionales determina que las consideraciones basadas en el interés jurídico protegido crearían tantos obstáculos a la libertad de circulación en el espacio Schengen como sistemas penales existen en los Estados contratantes.

Pero esta opción interpretativa seguida por el TJUE, no significa, como ha destacado la doctrina, que el órgano jurisdiccional tenga que prescindir de criterios jurídicos en el momento de determinar si los hechos son los mismos, sino tan solo que no debe tomar como criterios delimitadores la concreta calificación jurídica o el concreto interés jurídico protegido por la norma del Estado miembro que se aplicó en el caso analizado.

En efecto, en la propia doctrina del TJUE se afirma que la identidad de hechos materiales debe ser entendida como la existencia de un conjunto de circunstancias que debido a su naturaleza aparecen indisolublemente ligadas entre sí, **correspondiendo en todo caso a los órganos jurisdiccionales de un Estado determinar su concurrencia**".

QUINTO.- Cuando nos enfrentamos a un único delito plural en que las diversas acciones integrables en el mismo han sido diseccionadas para enjuiciamiento separado, la jurisprudencia, en aras al principio de proporcionalidad, ha validado una segunda condena que integre la anterior (por todas, STS 102/2017, de 20 de febrero) incluyendo los hechos que quedaron descolgados del previo enjuiciamiento por razones procesales, pero siempre que se haga una valoración global.

El incremento de pena derivado de la suma de ambas penalidades, en consecuencia:

a) No puede superar de forma alguna el máximo de la pena prevista para el único delito. Si es continuado había que estar al art. 74 CP (mitad inferior de la pena superior en grado). En este caso al no rebasar la suma de

las dos partidas de sustancia la cantidad que determinaría la aplicación del art. 369.1, la penalidad máxima será de 6 años.

b) Ha de ajustarse a un juicio de proporcionalidad de la sanción resultante, redimensionándola, si procede, para fijar la pena que se hubiese impuesto de evaluarse globalmente las diversas acciones. Esa penalidad podría ser -en su caso- la misma que se impuso en la primera condena lo que supondrá un añadido "cero" en la segunda condena.

En ocasiones esta Sala a través de esa doctrina ha llegado a anular una condena a través de un recurso de revisión al entender que el hecho enjuiciado separadamente no incrementaba significativamente la antijuricidad de los ya enjuiciados y penados conjuntamente (vid SSTs 179/2022, ó 939/2012, de 20 de noviembre: "lo que esta sucesión y solapamiento de condenas plantea no es solo una duplicación parcial de la indemnización, sino también, objetivamente, una exasperación extralegal de la pena, debida a una objetiva disfunción procesal ajena a las acciones y a la propia responsabilidad del imputado, que, en puridad, y como lo demuestra la misma sentencia producida en segundo término, tenía derecho a que todos los actos de que se trata se hubieran visto en la misma causa. Siendo así, el único modo de restablecer a Pérez Díaz en su derecho a la pena legal (art. 2 CP), que es el finalmente conculcado, es dejar sin efecto la impuesta en la primera causa, de modo que solo cumpla la que lo ha sido en la segunda. Operando en este aspecto de la misma manera con la indemnización y con las costas").

SEXTO.- Son trasladables esas pautas a este supuesto. Se aprecia unidad de comportamiento a efectos penales: unos mismos hechos en sentido jurídico penal o, si se quiere, pluralidad de hechos que penalmente han de ser evaluados y sancionados de forma unitaria a través del art. 368. La doble penalidad podría vulnerar bien el *non bis in idem*, bien el principio de proporcionalidad (si llegamos a entender que se ha sobrepasado el reproche razonable que derivaría de su valoración conjunta).

Tras reconocer la realidad de que estos hechos debieron ser enjuiciados conjuntamente con los ya sentenciados, hemos de replantearnos la individualización punitiva y hacer una valoración hipotética sobre la penalidad a que se hubiera llegado con ese añadido factual (el envío de cocaína contemplado en la sentencia ahora impugnada). Supone sumar 92 gramos, a los 217 ya enjuiciados, y valorar que son dos envíos a lugares distintos, aunque probablemente remitidos en la misma fecha o, en todo caso, en fechas muy próximas.

Se trata de verificar si la suma de ambas condenas desborda la proporcionalidad y, en su caso, reducir la nueva pena desde esa óptica.

Es obvio que no es tarea fácil. Hemos de movernos con criterios de razonabilidad y con valoraciones hipotéticas.

Si tomamos en consideración que la primera condena se alcanzó por conformidad lo que llevó a imponer la duración mínima, es razonable suponer que el incremento de la cantidad de droga en 92 gr. no hubiese alterado la fórmula consensuada (mínimo legal).

En otro orden de cosas, las dilaciones indebidas apreciadas en la segunda condena con intensidad tan relevante que ha obligado a reducir la pena, invita también a ponderar que esa circunstancia (dilaciones) desaparecerá si unificamos ambas penas. Ello nos lleva a entender no solo que la primera de las penas privativas de libertad no se habría incrementado si hubiese contemplado el segundo episodio sino que sería muy perturbador casi diez años después volver a pedir cuentas (un plus indebidamente postergado) por hechos ya sancionados.

Ha de suprimirse la pena privativa de libertad.

SÉPTIMO.- No sucede lo mismo respecto de la multa: ésta ha de cuantificarse en relación al total de la sustancia intervenida (art. 368 CP). En la primera condena se impuso el mínimo atendiendo a la valoración de la sustancia entonces incautada. No elevar la cuantía llevará a una individualización contraria a la legalidad.

Ha de ser incrementada esa multa con la procedente por este diferente envío -9.025,036 euros-.

En este punto advertirnos, no obstante, que la multa no ha sido reducida en un grado como procedía de acuerdo con la atenuante cualificada apreciada, lo que nos lleva a reducir su *quantum* a 4.513 euros.

Para no dar pábulo al artificio de una proporción diferente según cuál sea la multa abonada y la dejada de abonar reajustamos la responsabilidad personal subsidiaria unificando ese parámetro de forma aproximada en ambas multas: un día de prisión por cada 120 euros impagados.

La estimación del recurso en este concreto punto habrá de extender su eficacia a la copenada no recurrente (art. 903 LECrim).



OCTAVO.- El segundo motivo reclama mayor reducción punitiva como consecuencia de la atenuante de dilaciones indebidas. Se bajó un solo grado. Debieran ser dos; máxime -se dice- si se tiene en cuenta que esas dilaciones se han agravado como consecuencia de la tramitación de la casación y los retrasos en el emplazamiento.

Respecto de la pena privativa de libertad, en cuanto ha sido suprimida, carece ya este motivo de contenido.

Lo mantiene respecto de la pena de multa.

No podemos, sin embargo, acogerlo.

Una nueva secuencia de dilaciones posteriores a la sentencia no da lugar a una nueva atenuación, aunque sí puede convertir en dilaciones cualificadas, las que no lo eran e incluso invitar a intensificar la degradación.

En este caso, teniendo en cuenta que la pena de multa tiene peculiaridades (fenómeno inflacionario: el retraso en su imposición y ejecución no comportan los mismos perjuicios detectables en otras penas) y que hemos de ser restrictivos en la valoración de las dilaciones ocasionadas después de la sentencia (STS 445/2022, de 5 de mayo) no se estima suficiente el total retraso apreciado para la doble degradación postulada.

NOVENO.- La estimación del recurso conduce a la declaración de oficio de las costas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Humberto** representado por el procurador Sr. D. Julio Costa Andreu, bajo la dirección letrada de D. Mario Martín Cano Gonzalo contra Sentencia nº 848/19, de fecha 1 de octubre, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante, en el Procedimiento Abreviado 119/12, dimanante del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Torrevieja, en causa seguida contra el recurrente por un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud; **por estimación del primer motivo de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia.**

2.- Declarar de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 2993/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 2 de junio de 2022.



Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Torrevieja (Alicante), fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Séptima), y que fue seguida por un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud contra Humberto en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los argumentos contenidos en la sentencia de casación conducen a dejar sin efecto la pena privativa de libertad impuesta a Humberto así como a reducir la multa en la forma anunciada. En este segundo particular la modificación ha de ser proyectada a Visitacion en razón de lo establecido en el art. 903 LECrim.

FALLO

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

- 1.- Suprimir y dejar sin efecto la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN** impuesta a Humberto .
- 2.- Reducir a los dos condenados la pena de multa a la cuantía de 4.513 €** (cuatro mil quinientos trece euros) con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada ciento veinte euros o fracción que dejen de abonar.
- 3.- En el resto **se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia.**

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García