



Roj: **STS 1647/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1647**

Id Cendoj: **28079120012024100269**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/03/2024**

Nº de Recurso: **1095/2022**

Nº de Resolución: **269/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 269/2024

Fecha de sentencia: 19/03/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **1095/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/02/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sala Civil y Penal TSJ Andalucía Ceuta y melilla

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

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **1095/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 269/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 19 de marzo de 2024.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **acusado DON Mariano**, frente a la Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla núm. 313/2021, de 20 de diciembre resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación 234/2021) formulado frente al Sentencia 133/21, de 23 de abril de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, dictada en el Rollo de Sala 1004/19 dimanante del PA 2/2019 del Juzgado de Instrucción 3 de Fuengirola seguido por delitos contra salud pública, blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas y delito de tenencia ilícita de armas contra DON Maximiliano, DON Flor, DON Mariano, y la entidad CAR PUERTO BANUS SL. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal y como recurrente el acusado Don Mariano representado por el Procurador Don Benigno González González y defendido por el Letrado Don José Manuel Fernández González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Fuengirola incoó PA núm. 2/2019 por delitos contra salud pública, blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas y delito de tenencia ilícita de armas contra **DON Maximiliano, DON Flor, DON Mariano, y la entidad CAR PUERTO BANUS SL**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga que con fecha 23 de abril de 2021 dictó Sentencia núm. 133/21, cuyos **HECHOS PROBADOS** son los siguientes :

"PRIMERO.- Se estima probado, y así se declara que por el grupo UDYCO III de Estupefacientes de la Comisara de Málaga, se iniciaron investigaciones en torno a personas asentadas en la provincia de Málaga que podrían estar dedicándose al tráfico de drogas, concretamente Heroína, siendo identificados como posibles responsables Maximiliano y su esposa Flor, incoándose Diligencias de investigación N° NUM000 por la Fiscalía de Málaga.

En el marco de estas investigaciones al tener conocimiento de que sobre Maximiliano, se había dictado Orden Internacional de Detención para extradición por las autoridades turcas por delito de tráfico de drogas, el día 8/5/2018, funcionarios pertenecientes al Grupo III UDYCO III de Estupefacientes de la Comisara de Málaga, procedieron a su detención, En el momento de la detención le intervinieron, seis relojes marca Rolex, de diversos modelos, con la numeración: NUM001, NUM002, NUM003, NUM004, NUM005, NUM006; 470 euros en efectivo; seis pastillas de MDMA destinadas a su distribución y venta terceros, con un peso total de 2,1 g, pureza entre el 35,37% y 29,48%, y un valor de venta de 60,96 €, diversos móviles, un ordenador portátil, diversa documentación; Y las llaves de los vehículos : Audi RS6 AVANT, matrícula KKR, y Bentley FLYSPITURE, con matrícula alemana de TA

Posteriormente, los Equipos de Delincuencia Organizada y Antidroga (EDOA), la Guardia Civil Comandancia de Málaga, y la UDYCO de Sevilla, a través de los canales de coordinación policial acordaron realizar una investigación conjunta por sobre Maximiliano y su esposa Flor, y tras tener información de que tenían arrendada la vivienda sita en CALLE000 NUM007 (EDIFICIO000 NUM008 de Fuengirola, y un trastero n° NUM009 del mismo CALLE000, y que podían hallarse sustancias estupefaciente, agentes de la G. Civil practicaron con autorización de la acusada Flor, sendas entradas y registros en el domicilio que compartía con su esposo, así como en el trastero, arrojando como resultado la ocupación de los siguientes efectos:

- En el trastero, un total de 3818.3 gramos de heroína en diversos paquetes, con pureza entre el 57,3% y 18,9%, que estaba destinada a ser difundida entre terceras personas y tenía un valor de venta al por mayor de 128.226,76 euros.

Encontrándose huellas digitales pertenecientes al acusado Mariano en una de las bolsas de plástico multicolor (en cuyo interior había dos paquetes envueltos con cinta de embalar y otra bolsa de plástico azul que contenían heroína); y en un paquete envuelto con cinta de embalar que contenía heroína.

- En la vivienda, entre otros efectos, se encontró una pistola, calibre 9 mm parabellum, en perfecto estado y funcionamiento mecánico, a la que se le había grabado falsamente la marca Walter, modelo P 88 Combat que no le correspondía, y presentaba numeración distinta en el cañón y en el arma, con lo cual había sido manipulada en estos extremos; una máquina para contar dinero, una cámara fotográfica, diversos teléfonos móviles Nokia, BlackBerry y Samsung, un escáner, un ordenador portátil, numerosa documentación (entre otros efectos, facturas de compra de siete relojes Rolex que se ocupan a los acusados, con por un importe total de 140,894,4 €, así como total de 25.250 € en efectivo. También se encontraron llaves de diversos vehículos de alta gama, unos se encontraban aparcados en el garaje del inmueble, y otros en la vía pública.



El día 9 de mayo de 2017, tras la detención de Maximiliano , y previamente a la práctica de los registros en el trastero y domicilios reseñados como consecuencia del dispositivo de vigilancia policia, la acusada Flor fue interceptada por la policia sobre las 11,30 horas cuando circulaba con el vehículo Opel Astra matricula ...RKY por las inmediaciones de C/ Héroe de Sostoa con C/ Juana Jugán de esta ciudad y al ser registrado el mismo, se encontraron un total de 32.990 € en efectivo, así como dos relojes marca Rólex con número de referencia NUM010 ; y NUM011 .

Mariano , si bien es consumidor de sustancias estupefacientes, no queda acreditada que ello afectación a su capacidad y voluntad en la fecha de comisión de los hechos.

SEGUNDO.- El acusado Maximiliano , sobre el cual pesa una Orden internacional de Búsqueda y Detención para extradición librada por la autoridades Turcas (Tribunal Supremo de Bakirkoy) por delitos contra la salud pública,(por formar parte de un grupo que bajo la cobertura de una empresa que se dedicaba a la compra-venta de coches de segunda mano, se dedicaba al tráfico de heroína entre Bélgica, Turquía y Chipre), en virtud de la cual se incoo procedimiento de extradición nº 20/2018 por el Juzgado Central de Instrucción nº 6; tanto por sí mismo como en connivencia con su esposa, la también acusada Flor , en los términos que se expresará, idearon de común acuerdo la realización de diferentes actuaciones económicas con la finalidad de introducir en el circuito económico legal las ganancias obtenidas por ambos en la actividad delictiva que llevaban a cabo, ocultando así su origen ilícito y poder disfrutar de tales rendimientos económicos.

Los caudales ilícitamente obtenidos por ambos acusados los introdujeron en el sistema financiero legal, por un lado mediante operaciones de la compra de relojes de lujo a nombre de terceros:

FECHA RELOJ COMPRADOR IMPORTE

30/4/18 Rolex NUM010 Veysel Yildz

NUM012 27680€

19/12/17 Rolex NUM004 Veysel Yildz

NUM012 27680€

19/12/17 Rolex NUM005 Veysel Yildz

NUM012 31000€

24/4/17 Rolex NUM011 Onder Cankal

NUM013 28002,96€

6/2/17 Rolex NUM006 Onder Cankal

NUM013 7400,98€

29/11/16 Rolex NUM003 Bahattin Bayazit

NUM014 9730,22€

18/10/12 Rolex NUM001 Dursun Bayrav. 9400,24€

IMPORTE TOTAL 140,894,4€

De estos les fueron intervenidos a Flor , los relojes Rolex (nº NUM010 ; y nº NUM011). Y los relojes Rolex nº , NUM001 , nº NUM002 , nº NUM003 , nº NUM004 , NUM005 , y NUM006 le fueron intervenidos a Maximiliano en el momento de su detención.

Por otro lado en fecha 15 de marzo de 2017 Maximiliano , constituyo la entidad Transahara 2017 SL con CIF B93537637, sociedad unipersonal domiciliada en el Polígono Los Perales nº 106 , Diseminado, Mijas- Costa (Málaga), con un capital social de 3.000 euros, totalmente desembolsado por su socio fundador, su actividad comercial:

"Intermediarios de comercio de maquinaria, equipo industrial, embarcaciones, aeronaves; alquiler de automóviles y vehículos ligeros, alquiler de artículos de ocio y deportivos". Siendo administrador único el socio fundador , Maximiliano .

La entidad carecía de actividad mercantil alguna, figuraban como único trabajador Emilia , de alta en régimen general de la S.Social desde el día 25/10/17, hasta el 14 de mayo de 2018, no siendo hasta el breve periodo de tiempo comprendido entre principios de abril y mediados de junio de 2018 cuando constan alternativamente algunos trabajadores en alta en el régimen general de la S.Social .



No se ha acreditado que la sociedad Transahara 2017 SL durante su período de actividad generara suficientes beneficios para atender los gastos de todo tipo de los acusados, ni que hubiere facturado, o hecho declaración de impuesto de valor añadido IVA en el año 2017, ni le constan ingresos, pagos, clientes y acreedores, siendo un mero instrumento para canalizar las ganancias procedentes de la actividad delictiva de ambos acusados.

Así a través de la referida sociedad constituida y administrada por Maximiliano con la connivencia de su esposa Flor introdujeron en el tráfico económico para su transformación en capital de la sociedad o como si de ingresos generados por su actividad se tratase, las cantidades y bienes que a continuación se indican procedentes de la actividad delictiva desarrollada por ambos acusados y con la finalidad de ocultar su origen ilícito:

Imposiciones en efectivo:

- En fecha 29/8/2017 en el Banco Sabadell SA, CC n° NUM015 , de la que es titular Maximiliano se realiza una imposición en efectivo por importe de 15.000 euros.
- En fecha 16/10/2017 se amplía el capital social de la entidad Transhara 2017 SL mediante una imposición en efectivo de 26.000 €, realizada en la entidad Caixabank SA, CC/n° NUM016 de la que es titular la entidad Tanshara 2017 SL.

Cantidades de las que no podían disponer en ese momento al carecer de ingresos suficientes para ello, pues Maximiliano a pesar de figurar dado de alta en el impuesto de actividades económicas desde 5/7/2015 como empresario persona física en transporte de mercancías por carretera no presentó declaración de IVA ni de ningún otro impuesto que indique alguna actividad económica, ni ese año ni los siguientes. Y su esposa Flor no se le conocen fuentes de ingresos de ningún tipo.

Adquisición de los vehículos:

El acusado Maximiliano también logró dar apariencia lícita mediante la compra de los siguientes vehículos:

Adquisición de vehículos industriales:

- Cabeza tractora Scania R440 LA4X2MNA matriculaNHY , a nombre de la empresa TRANSAHARA 2017 SL.
- Cabeza tractora scania R440 LA4X2MNA matriculaNFW , a nombre de la empresa TRANSAHARA 2017 SL.
- Cabeza tractora Iveco AS440S45TP matriculaYQQ , a nombre de la empresa TRANSAHARA 2017 SL.

Estos tres vehículos fueron matriculados por la empresa Transhara en fecha 16/1/2018, por tal concepto se abonaron facturas por la cantidad de 48.000 euros.

- Cabeza tractora Renault Premium 450 18T matriculaFYR , a nombre de la empresa TRANSAHARA 2017 SL.
- Cabeza tractora Renault Premiun 450 18T matriculaGDD , a nombre de la empresa TRANSAHARA 2017 SL.

Estos dos últimos vehículos los adquirió la sociedad y los matriculo a su nombre el 25/4/2018.

Adquisición de otros vehículos:

- Audi Q7 matrícula WFK , valorado en 73.271€;
- Audi S8 matriculaDWY , valorado en 120.477€.

Tales vehículos se adquirieron mediante transferencias desde cuentas de la empresa Transahra 2017SL, a una cuenta de la entidad Unicaja, n° NUM017 de la que es titular la entidad "Materiales de Construcción Serrano SA", vinculada al Grupo Safamotor, en las siguientes fechas e importes :

21/9/2017 importe 24.500€

20/9/2017 importe 12.000€

22/9/2017 importe 15.000€

27/9/2017 importe 23.000

24/1/2018 importe 21.500

29/1/2018 importe 49.850€

Total 145.850C.

La provisión de fondos para todas estas compras de vehículos, proceden de diversas transferencias internacionales de divisas asociadas al concepto " Íñigo ", en las cuentas de las que es titular la mercantil TRANSAHARA 2017 SL, siendo el total transferido de 134.670,63 euros.



Audi A3 matrículaNNQ , cuya titularidad consta a nombre de Flor , fue abonado mediante transferencia bancaria por valor de 38.000 € realizada el día 3/1/2016, desde al cuenta NUM018 que figuraba a nombre de Flor . Posteriormente en fecha 15/11/16 Flor realizó una imposición en efectivo en la cuenta n° NUM019 , por un valor de 9.200 €, a la entidad mercantil J. Del Paso Hijo 2006 SL, por la compra de un vehículo. Cantidades de las que no podían disponer, pues, - reiteramos-, no le consta fuentes de ingresos .

Uso de bienes de titularidad de terceros.

El acusado Maximiliano ocultando el origen delictivo introdujo en el mercado lícito dicho dinero a través de pagos realizados bajo la cobertura de contratos de arrendamiento de los siguientes bienes muebles:

- Vehículo Bentley matrícula alemana TA , propiedad de la empresa alemana autohaus Ansawi CMBH, siendo la entidad Vision Rent GMBH usuaria del vehículo en virtud de documento de contrato de alquiler cesión otorgado por autohaus Ansawi CMBH, a su vez la entidad Vision Rent GMBH lo alquiló a la entidad Transhara 2917 SL por un periodo de tiempo comprendido entre 2/11/2017 a 1 /6/2018, que lo alquiló a Maximiliano .

Constando dos transferencias internacionales desde la cuenta NUM020 de la que es titular Transhara 2017 SL a la cuenta NUM021 de la que es titular autohaus Ansawi CMBH por valor de 20.000 E. Una parte de la provisión de fondos para las mismas proviene de 7 transferencias internacionales asociadas al concepto, " SAVAS MALAY" por un total de 44. 658 €, desconociéndose el negocio que las sustenta; y dos facturas abonadas a Vision Rent GMBH por importe de 5.000€ cada una correspondientes a los periodos 2.11.2017 - 1.12.2017 y 2.12.2017 - 1.1.2018.

- Vehículo Hummer matrícula francesaUIX , propiedad de Casimiro , Maximiliano abonó una factura de reparación del vehículo emitida a su nombre por la empresa "Pinchazos 24H", sita en Barcelona con fecha 15/10/2017, por importe 440,73€. -Embarcación de recreo a motor DE 12,8M de eslora, con dos motores Mercury de 525 HP, n° de registro NUM022, atracada en el puerto Deportivo de Puerto Banus, Marbella, llamada " DIRECCION000 " , con bandera Estadounidense, que consta a nombre de una sociedad radicada en el estado de Delawaer, Estados unidos, denominada SAMNUM USA INC, constituida en fecha 3/5/2012, la cual arrendó la citada embarcación a la empresa Transhara 2017 SL, a razón de 3.500€, y en fecha 22 de junio de 2012 autoriza y comunica el uso de la embarcación por parte de Maximiliano .

En relación con esta embarcación, constan dos transferencias realizadas desde la Caixabank SA cc/ n° NUM016 , de la que es titular la entidad Transhara 2017 SL, realizadas el día 2/11/2017, por valor de 3.630 € en la cuenta de BSCH NUM023 de la que es titular la sociedad Snotnose S.L, domiciliada en Urbanización Monte Biarritz n° 3 de Estepona, cuyo apoderado Iván es la persona que efectúa el abono del atraque en el puerto deportivo de Puerto deportivo.

Asimismo consta otro pago realizado desde la misma cc/ n° NUM016 , de la que es titular la entidad Transhara 2017 SL, a " Maximo " , asociado al concepto " TRASPORTATION PAYMET OF IASMINUM BOAT", (transporte del barco) por importe de 1.500€, realizado el día 7/5/201 .

TERCERO.- El vehículo Audi RS6 matrícula KKR , cuyas llaves fueron intervenidas a Maximiliano y Flor en el momento de su detención, es propiedad de la entidad Car Puerto Banus SL".

El **Fallo** de mencionada Sentencia es el siguiente:

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a:

Maximiliano , como responsable en concepto de autor de los siguientes delitos sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal:

1. DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA en relación con sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia (artículo 368 y 369.5 del Código Penal.

Procede en consecuencia imponer la pena de 6 AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena Multa de 128. 226,76€, en la que está valorada la sustancia estupefaciente intervenida.

2. DELITO DE TENENCIA ILICITA DE ARMAS art 564.1.1' del C. Penal.

Procede imponer la pena de un año de prisión.

3. DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES procedentes del narcotráfico el artículo 301.1 primer y segundo párrafo del Código Penal.

Procede imponer la pena de 3 años y 3 meses de PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa del duplo del valor de los bienes intervenidos.



Flor , como responsable en concepto de autor de los siguientes delitos sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal:

1. DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA en relación con sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia (artículo 368 y 369.5 del Código Penal.

Procede en consecuencia imponer la pena de 6 AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena Multa de 128. 226,76€, en la que está valorada la sustancia estupefaciente intervenida.

2. DELITO DE TENENCIA ILICITA DE ARMAS art 564.1.1' del C.Penal.

Procede imponer la pena de un año de prisión.

3. DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS procedentes del narcotráfico el artículo 301.1 primer y segundo párrafo del Código Penal.

Procede imponer la pena de 3 años y 3 meses de PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa del duplo del valor de los bienes intervenidos

Mariano . como responsable en concepto de autor de los siguientes delitos sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal:

DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA en relación con sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia (artículo 368 y 369.5 del Código Penal. Procede en consecuencia imponer la pena de 6 AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena Multa de 128. 226,76 €, en la que está valorada la sustancia estupefaciente intervenida.

Se decreta el decomiso del dinero en efectivo; bienes muebles: relojes y vehículos; saldos de cuentas corrientes descritos todos ellos en el relato de hechos probados de la presente resolución en relación con lo dispuesto en el artículo 374 y 127 del Código.

No son objeto de decomiso los siguientes bienes:

- Vehículo Audi RS6 matrícula KKR , al haber quedado por la documental aportada acreditado que es propiedad de la entidad Car Puerto Banus SL, que lo había vendido en fecha 29/12/2017 a la entidad mercantil Muller automoción Sociedad limitada (folio 397 Anexo IX), si bien no se realizó la transferencia en tanto no se cancelaran y levantarán los embargos de la agencia tributaria que gravaban el mismo (folio 188 y 189 documento del patronato de recaudación Provincial referido al embargo del vehículo y nota informativa del Registro de Bienes Muebles de Málaga folio 398), quedando definitivamente anulada la venta al no haber abonado la entidad mercantil Muller automoción Sociedad limitada el importe del precio convenido, según manifestación realizada por su representante legal en el Juzgado instructor (folio 470).

- Vehículo Bentley matrícula alemana TA , es propiedad de la empresa alemana autohaus Ansawi CMBH, (anexo IV folios 347 yss), siendo la entidad Vision Rent GMBH usuaria del vehículo en virtud de contrato de alquiler otorgado por Autohaus Ansawi CMBH, (folios 812 a 822) a su vez la entidad Vision Rent GMBH lo arrendó a la entidad Transahara 2917 SL , por el periodo comprendido entre 2/11/2017 a 1/6/2018m (folio 832).

- Vehículo Hummer matrícula francesaUIX , consta como propietario Casimiro .

- Embarcación de recreo a motor DE 12,8M de eslora, con dos motores Mercury de 525 HP, n° de registro NUM022 , llamada " DIRECCION000 " , con bandera Estadounidense, que consta a nombre de una sociedad radicada en el estado de Delawaer, Estados unidos, denominada SAMNUM USA INC, constituida en fecha 3/5/2012, la cual arrendó la citada embarcación a la empresa Transhara 2017 SL, a razón de 3.500€, y en fecha 22 de junio de 2012 autoriza y comunica el uso de la embarcación por parte de Maximiliano (documentos n° 2 y 27 incautados en el registro de la vivienda de Maximiliano y su esposa).

Respecto de estos bienes expresamente mencionados debe presumirse por lo tanto la legalidad de la propiedad y la buena fe de su propietario, no quedando desvirtuados ambos extremos por prueba en contrario que permitiría el decomiso de los mismos, por lo que se acuerda su entrega a sus legítimos propietarios.

Para el caso de que no fuera posible el decomiso de los referidos bienes, se procederá en base a lo establecido en el art. 127.3 CP al decomiso por valor equivalente de otros bienes titularidad de los acusados Maximiliano y Flor .

Se acuerda la DISOLUCIÓN de la sociedad TRANSHARA 2017 SL, De conformidad con el tenor del art. 301.5 y ex artículo 129 del C. Penal, deberá comunicarse su inexistencia al Registro Mercantil para la cancelación



del asiento o inscripción correspondiente. Procede la imposición de las costas procesales a los acusados, en la siguiente proporción; 3/7 para Maximiliano y Flor y 1/7 partes para Mariano, al ser 7 los delitos objeto de acusación.

Para el cumplimiento de la pena de prisión se abonará todo el tiempo que los acusados han estado privados de libertad por esta causa.

Notifíquese la presente resolución personalmente al acusado, así como a las partes personadas con la advertencia de que la misma no es firme y contra ella puede interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dentro del plazo de diez días desde la notificación, con sujeción a lo previsto en los arts. 790 y ss. LEcrim.

Así por esta nuestra sentencia, cuyo original se unirá al legajo correspondiente y certificación al rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados del margen.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior resolución. Doy fe".

SEGUNDO.- Frente a dicha Sentencia se interpuso **recurso de apelación** (Rollo de apelación 234/21) que fue resuelto por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla por Sentencia 313/2021, de 20 de diciembre, que respecto a los **HECHOS PROBADOS** dice:

"Se aceptan los que como tales se declaran en la sentencia de instancia, que figuran transcritos en el segundo antecedente de esta resolución, con las modificaciones o adiciones siguientes:

A) En el apartado primero:

a) En el segundo párrafo se suprime el inciso "destinadas a su distribución y venta a terceros"

b) En el sexto párrafo se añade al final el inciso siguiente: No consta que la Sra. Flor tuviera la posesión o disponibilidad de la pistola encontrada.

c) Entre el sexto y el séptimo párrafo se intercala el siguiente: Los registros del trastero y de la vivienda se produjeron sin que estuviera presente el acusado Maximiliano, que se encontraba en situación de preso preventivo en el Centro Penitenciario de Alhaurín de la Torre, a disposición de un Juzgado Central de Instrucción, a resultas de una orden internacional de detención a efectos de extradición; circunstancia que era conocida por la unidad actuante.

B) Se suprime íntegramente el apartado segundo.

C) En el apartado tercero se suprime la mención de Flor".

El **Fallo** de la anterior Sentencia es el siguiente:

"1.º, Estimando los recursos de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Carabantes Ortega, en nombre de los acusados Maximiliano y Flor, ambos contra la sentencia dictada el 23 de abril de 2021 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga en el rollo de procedimiento abreviado n.º 1004 de 2019, debemos revocar y revocamos la sentencia impugnada en los pronunciamientos referentes a estos acusados, a los que absolvemos libremente por los hechos objeto de esta causa, dejando sin efecto, en consecuencia, los decomisos de bienes y dinero acordados en la sentencia de instancia, así como la disolución de la sociedad "Transhara 2017, S.L.".

2.º- Desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la misma sentencia por el procurador Sr. Alonso Lopera, en nombre del acusado Mariano, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia impugnada en cuanto se refiere a este acusado.

3.º- Imponemos al acusado el pago de una novena parte de las costas causadas en primera instancia y declaramos de oficio las ocho novenas partes restantes y la totalidad de las causadas en esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de su Procurador, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, a preparar en plazo de cinco días desde la última notificación ante este mismo tribunal. Únase certificación al rollo.

Comuníquese esta sentencia por el medio más rápido a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, para que acuerde lo procedente respecto a la situación personal del acusado absuelto Maximiliano.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales al tribunal de procedencia, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución de lo definitivamente resuelto.



Así por esta nuestra Sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del acusado **DON Mariano** , que se tuvo 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.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado **DON Mariano** , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. así como del art. 5.4 de la LOPJ por infracción de preceptos constitucionales arts. 18.2, 24.1, 24.2, 90.3 y 120.3 de la CE, inviolabilidad de domicilio, tutela judicial efectiva, derecho a un proceso con todas las garantías.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., así como del art. 5.4 de la LOPJ infracción de precepto constitucional, presunción de inocencia y subsidiariamente principio in dubio pro reo, art. 24 de la CE.

Motivo tercero.- Al amparo del número primero del art. 849 al haberse infringido el art. 368 y 369.1.5 del C. penal, en relación con el art. 24.2 de la CE, presunción de inocencia.

Motivo cuarto.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim, en cuanto a la inaplicación de la atenuante de drogadicción del art. 21.1 y 21.2 en relación con el art. 20.2 del C. penal, o subsidiariamente al amparo del art. 21.7 del C. penal.

Motivo quinto.- Por infracción de Ley y de doctrina jurisprudencial del núm. 2 del art. 849 de la LECrim. al entender esta parte que ha existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

QUINTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto solicita la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe de fecha 24 de mayo de 2022; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 28 de noviembre de 2023 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 28 de febrero de 2024; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 20/12/2021 estima el recurso de apelación interpuesto por D. Maximiliano y D^a Flor , frente a la Sentencia de 23 de abril de 2021 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, y absuelve libremente a los mismos por los hechos objeto de esta causa.

Sin embargo, Mariano es condenado como autor de un delito contra la salud pública, en el subtipo agravado de notoria importancia, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha formalizado este recurso de casación el referido acusado, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO .- El primer motivo del recurso se articula al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como del art. 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, 24.2, 9.3 y 120.3 CE, por infracción del artículo 18.2 CE (derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio) en relación con el artículo 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva) y artículo 24.2 CE (derecho a un proceso con todas las garantías; derecho a la defensa efectiva y a la presunción de inocencia), todo ello en relación con la nulidad del registro del trastero practicado en estas actuaciones y valorado judicialmente.

También se invoca la infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 LOPJ, por infracción del derecho constitucional, derecho a la presunción de inocencia en relación con el art. 11.1 LOPJ y 569 LECrim., en relación con los efectos de la nulidad del registro del trastero en el que se incautó la droga reconocida en Sentencia de apelación frente al coacusado D. Maximiliano .

La posición que propone el autor del recurso es la siguiente: puesto que se ha declarado la nulidad del registro en el caso de Maximiliano pero no en el supuesto de la otra acusada, Flor, no pueden transferirse al recurrente los elementos hallados en tal registro domiciliario, y particularmente las bolsas con heroína halladas, en donde se encontró impresa una huella dactilar de Mariano , que es el ahora recurrente.



Si bien es cierto que, como sostiene esta Sala Casacional, e invoca el Ministerio Fiscal, como doctrina ya muy reiterada, no se pueden invocar derechos fundamentales ajenos, es lo cierto que las consecuencias de la nulidad o validez del registro afectan directamente a la enervación del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, máxime al haberse adherido en la segunda instancia a las alegaciones de los otros dos recursos acerca de la pretendida nulidad del registro del trastero, por lo que le concedemos legitimidad para impugnar tal registro.

Hemos sostenido (STS de 25-1-2007) que la defensa de un derecho fundamental corresponde a quien es su titular, único legitimado para impetrar la protección del propio derecho. Pero en nuestro caso, la sentencia recurrida analiza con todo rigor por qué ha de considerarse prueba ilícita la correspondiente al acusado Maximiliano , por una razón de exclusivo contenido personal, toda vez que este "interesado" (en palabras de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no estuvo presente en tal registro, afectándolo, y pudo ser llevado a presencia la práctica del mismo, al encontrarse detenido en ese momento, cuya situación era conocida por la policía judicial. Y como consecuencia de tal circunstancia no se pudo utilizar como prueba de cargo en su contra los registros efectuados en distintos momentos en el trastero, vivienda y nave industrial. Esta es doctrina consolidada de esta Sala Casacional.

Concretamente señala la Sentencia:

"...Encontrándose este [Maximiliano] privado de libertad, nada impedía que hubiera sido conducido a presenciar tales diligencias, por lo que su ausencia en ellas vicia de nulidad respecto de él tales diligencias, por falta de contradicción en su práctica, sin que esta deficiencia pueda ser suplida por la declaración en juicio de los policías que las practicaron o de los testigos llamados a presenciarlas..."

Es más, incluye en el factum, lo siguiente:

"Los registros del trastero y de la vivienda se produjeron sin que estuviera presente el acusado Maximiliano , que se encontraba en situación de preso preventivo en el Centro Penitenciario de Alhaurín de la Torre, a disposición de un Juzgado Central de Instrucción, a resultas de una orden internacional de detención a efectos de extradición; circunstancia que era conocida por la unidad actuante".

Y también razona la sentencia recurrida el por qué el registro es válido para el caso de la acusada Flor , aunque después valorará que los elementos encontrados no pueden ser considerados pruebas aptas para la enervación del derecho de presunción de inocencia de la misma, por otras razones de convicción, no de validez del registro.

En efecto, razona el Tribunal Superior de Justicia "a quo":

"... Claro está, por otra parte, que la nulidad de la diligencia por el motivo analizado y la consiguiente inutilizabilidad probatoria de su resultado solo son oponibles por el acusado perjudicado por su ausencia en el registro, precisamente por el carácter personalísimo del derecho a la contradicción, que no han visto lesionado ni la Sra. Flor , presente en los dos registros cuyos hallazgos la incrimina, ni el Sr. Mariano , que no pudo presenciarlos por la potísima razón de que su posible implicación en los hechos era desconocida en el momento en que se practicaron las diligencias y solo fue descubierta a raíz de su resultado".

Respecto al consentimiento prestado por Flor para el registro, consideramos acertados los fundamentos de la sentencia recurrida en tanto sostienen que el consentimiento prestado por la apelante al registro de la vivienda que compartía con su marido fue libre (en situación de detención, y con la correspondiente asistencia letrada), suficientemente informado y correctamente documentado, por lo que cumple todos los requisitos establecidos al respecto por nuestra jurisprudencia (SSTS, por ejemplo, 312/2011, de 29 de abril, FJ. 9.º, o 440/2018, de 4 de octubre, FJ. 2.º, con las que en ellas se citan). Huelga decir, por último, que el consentimiento prestado por la Sra. Flor en ausencia de su marido y cotitular del domicilio era suficiente y eficaz para autorizar la diligencia, en cuanto ella era co-moradora de la vivienda, sin que entre los cónyuges existiera contradicción de intereses, pues ambos se encontraban en igual situación respecto a los efectos que se hallasen en su domicilio (en este sentido, por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 22/2003, de 10 de febrero, FJ. 6, seguida por la del Tribunal Supremo 35/2018, de 24 de enero, FJ. 1.º). Hemos de recordar que, a la postre, su marido fue absuelto de los cargos imputados por lo encontrado en el registro, al considerarse nulo exclusivamente frente al mismo. El ahora recurrente, no pudo estar presente, por desconocerse su identidad en aquel momento.

Y finaliza su argumento el Tribunal "a quo": "Así pues, con esta última observación concluye el análisis de las objeciones opuestas a los registros, cuyos resultados pueden ser válidamente utilizados como pruebas de cargo contra la apelante y también contra el tercer coacusado, el Sr. Mariano , cuyo recurso se limita en este punto a adherirse a las alegaciones de los otros dos apelantes".



Ahora bien, los jueces "a quibus" razonan que el hecho de que la Sra. Flor tuviera las llaves del trastero, donde no solo apareció la droga, sino también los objetos domésticos que es de esperar se guarden en un local así, o que fuera ella la titular de los contratos de arrendamiento de la vivienda y del propio trastero (recordemos que ella es de nacionalidad española, no así su marido) son circunstancias normales que carecen de un claro significado incriminatorio. No siempre tener las llaves de tal dependencia (un trastero) significa conocer el contenido que se guarda en el mismo. Es más, es habitual que solamente exista un solo juego de llaves de tal dependencia a disposición de todos los moradores de la vivienda, cuyo anejo es meramente instrumental.

De modo que la sentencia recurrida sostiene que "procede, con estimación del motivo que nos ocupa, la absolución de esta acusada por el delito contra la salud pública por el que venía condenada en primera instancia". Y a la misma conclusión absolutoria hay que llegar respecto al delito de tenencia ilícita de armas.

Pero lo que antecede no impide valorar el contenido del registro con respecto a este recurrente, Mariano, toda vez que la prueba fue ilícitamente obtenida exclusivamente para el caso del acusado Maximiliano por una razón personal, no por una deficiencia material, que lo fue no estar presente en dicho registro domiciliario, una vez que se encontraba detenido, lo que conforme a nuestra jurisprudencia, era necesario, pero eso no impide que la validez del registro respecto al trastero, en donde se encontró la droga, una vez que prestó consentimiento Flor para que se llevara a cabo, siendo desconocido en ese momento Mariano, como una prueba utilizable en su contra. Dicho de otro modo, la nulidad que reside en una cuestión que afecta a una persona exclusivamente por su relación con el objeto investigado, y la quiebra de sus garantías frente al mismo, no puede extenderse frente a un tercero, siempre que no se haya declarado ilícita la prueba por su propia esencia material, siendo la injerencia, sin embargo, lícita por encontrarse amparada por el art. 18.2 de nuestra Carta Magna. No hay conexión de antijuridicidad.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el segundo y tercer motivo, formalizado al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción por infracción del principio constitucional a la presunción de inocencia (art. 24 de nuestra Carta Magna) y subsidiariamente principio in dubio pro reo.

La garantía constitucional de presunción de inocencia permite al Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

- a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;
- b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir, que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas;
- c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

En el caso, ha sido el tribunal de segunda instancia el que ha hecho revisión de los anteriores parámetros, quien ha verificado la estructura racional del discurso valorativo realizado por el tribunal sentenciador, y que, al haber constatado que se han observado las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos, por lo que resulta exento el Tribunal Supremo de tal función revisora, salvo en cuanto al examen de la racionalidad de la motivación de la sentencia de apelación, sin que pueda suplantar aquella valoración que viene de la instancia.

Desde el punto de vista de la razonabilidad del discurso del Tribunal Superior de Justicia, los indicios que ha tomado en consideración frente a este acusado Mariano son dos: la aparición de sus huellas dactilares en una bolsa de plástico que contenía alguno de los paquetes de heroína y en la cinta de embalar que envolvía otro de los paquetes, y su presencia en Fuengirola en fechas coincidentes con la intervención policial. De ambos hechos trata el recurso de dar una explicación inocua, por lo que el esfuerzo resulta infructuoso.

Así, y por lo que se refiere a las huellas digitales, la versión exculpatoria se basa en un posible contacto casual previo con los materiales que luego habrían sido reutilizados para contener o envolver los paquetes de droga. La explicación de esta insólita coincidencia es, como poco, algo rocambolesca: el acusado trabaja para un tal Marcial (que testificó en juicio confirmando su versión), quien en alguna ocasión le ha encargado colaborar en la descarga de los camiones de la empresa de Maximiliano. La carga de los camiones venía en palés muy pesados, y alguna vez el camión no tenía rampa o el destinatario no tenía carretilla elevadora, de modo que



había que descargar a mano, lo que exigía fragmentar los palés, rompiendo los plásticos que los envolvían, lo que puede explicar que las huellas del acusado se imprimieran en ellos, que quedaban luego arrumbados en el propio camión y que pudieron ser reutilizados para envolver la droga. Pero esta alambicada hipótesis no explica que las huellas aparecieran en una bolsa de plástico estampado de pequeño tamaño, que no es un objeto de uso normal para el transporte de mercancías, y, sobre todo, en la cinta de embalar -no un genérico "plástico", como dice el recurso- que envolvía directamente uno de los paquetes de heroína, puesto que la cinta de embalar no es susceptible de reutilización, ya que es de general experiencia que queda inútil, por pérdida o deterioro de su capa adhesiva, cuando se separa del objeto que se ha precintado con ella.

Otras alegaciones con las que se intenta enervar este elocuente indicio carecen de consistencia. La sentencia recurrida razona que no es cierto, en primer lugar, que en los envoltorios de la droga se revelaran además huellas digitales anónimas (es decir, pertenecientes a una persona no incluida en el sistema automático de identificación dactilar); lo que se hallaron fueron otras huellas superpuestas, empastadas o muy parciales (folio 376), que por ello no permitían la identificación; de modo que no es posible afirmar que otras personas tocaran también los paquetes, lo que en cualquier caso es bastante probable, pero carece de relevancia exculpatoria del acusado. Tampoco es relevante que no aparecieran huellas del acusado en la manilla o picaporte del trastero donde se encontró la droga, porque para la hipótesis de la acusación no es necesario que este acusado llevara personalmente la droga hasta el lugar donde fue encontrada, pudiendo haberse limitado a embalarla, cargarla, descargarla o entregarla a su destinatario en otro lugar. Por último, no es comparable la aparición de una huella en la cinta de embalar que cierra una caja opaca (que es el supuesto de la sentencia que se pretende utilizar como término de comparación) y la de una huella en la cinta que envuelve directamente un paquete de droga, pues en el primer caso no es posible afirmar el conocimiento del contenido por el sujeto que estampó la huella, conocimiento que en el segundo es indudable.

El segundo indicio, la presencia en Fuengirola del acusado en coincidencia temporal con los hechos, tiene ya un valor complementario, frente a la potencia inculpativa de las huellas dactilares, pero en todo caso no puede ser desvirtuado por la explicación laboral que proporcionan el acusado y el testigo de descargo antes mencionado, pues dicha explicación, más que exculpar al primero, arroja sospechas sobre la verdadera intervención del segundo, cuyo desplazamiento desde Oviedo a la ciudad malagueña, precisamente a raíz de la detención del Sr. Maximiliano, de modo inmediato y supuestamente para hacerse cargo de la gestión de la empresa de transportes a petición de la esposa del detenido, no deja de resultar extraño; y a esas sospechas aluden las dudas que expresa la sentencia impugnada en el pasaje que suscita la queja de la defensa.

En otro orden de cosas, parece claro que tener una actividad laboral más o menos intermitente en el transporte o la descarga de mercancías, como la defensa de este apelante ha acreditado documentalmente, no excluye que el mismo sujeto se implique, siquiera sea de modo ocasional, si fuera tal el caso, en una operación de tráfico de drogas. Y tampoco es relevante que el matrimonio acusado niegue conocer al Sr. Mariano, pues no es preciso para la hipótesis acusatoria que hubiera una relación personal o contacto directo entre ellos, ni que tampoco lo conociera de antemano la policía, lo que no es de extrañar cuando la investigación se desarrollaba en Málaga y este acusado reside en Asturias.

Así pues, la llamada prueba indiciaria es suficiente para acreditar la intervención que se atribuye al recurrente sin margen de duda razonable. Y esa participación en el tráfico de drogas se incorpora sin lugar a dudas en el tipo de la autoría. La conducta penada en el artículo 368 del Código Penal comprende, dada su amplitud, todos los actos de favorecimiento del tráfico o consumo ilegal de sustancias estupefacientes, entre los que se incluyen todos los necesarios para el desplazamiento de la droga con objeto de aproximarla al mercado final (así, por todas, sentencia del Tribunal Supremo 693/2008, de 31 de octubre, FJ. 3.º); y una actuación de ese tipo, sea la carga, el transporte o la descarga del alijo, o todas ellas, es la que realizó este acusado, dejando al ejecutarla impresas sus huellas digitales en el objeto material del delito, como prueba indubitable, en las condiciones del caso, de su autoría. El motivo principal del recurso debe ser desestimado y confirmada la condena del recurrente como autor de un delito contra la salud pública.

Es por ello que el Tribunal Superior de Justicia ha valorado prueba lícita y más que suficiente, como para entender probado que se iniciaron investigaciones en torno a personas asentadas en la provincia de Málaga que podrían estar dedicándose al tráfico de drogas, concretamente heroína, siendo identificados el primer acusado y la segunda acusada, incoándose Diligencias por la Fiscalía. En el marco de estas investigaciones al tener conocimiento de que contra el primer acusado se había dictado Orden Internacional de Detención para extradición, se procedió a su detención, interviniéndosele los relojes de autos, dinero, droga destinada a la distribución, móviles, ordenador, documentos, llaves de vehículos de alta gama. Posteriormente, los equipos, a través de los canales de coordinación policial acordaron realizar una investigación conjunta de ambos, y tras tener información de que tenían arrendada la vivienda y trastero de autos, agentes practicaron con autorización de la acusada, sendas entradas y registros en el domicilio que compartía con su esposo, así como en el trastero,



arrojando como resultado la ocupación de 3818.3 gramos de heroína en diversos paquetes, con pureza entre el 57,3% y 18,9%, que estaba destinada a ser difundida entre terceras personas y tenía un valor de venta al por mayor de 128.226,76 euros, encontrándose huellas digitales pertenecientes al acusado recurrente, en una de las bolsas de plástico multicolor (en cuyo interior había dos paquetes envueltos con cinta de embalar y otra bolsa de plástico azul que contenían heroína); y en otro paquete envuelto con cinta de embalar que contenía heroína.

En la vivienda, se encontraron un arma, cámara, móviles, ordenador, facturas de relojes de alta gama, dinero, y llaves de coches de alta cilindrada, habiéndose antes interceptado a la acusada en su coche con dinero y relojes. No resultó acreditado que el acusado recurrente tuviera afectada su capacidad por consumo de drogas.

Se describe en la secuencia fáctica la actividad de los otros acusados, no recurrentes, relativa a la introducción en el circuito económico legal las ganancias de la venta de droga, mediante la compra de los relojes ocupados, así como mediante la constitución de una mercantil, canalizando dinero del tráfico a cuentas bancarias a su nombre, transfiriéndose dinero de dicha sociedad para la compra de vehículos de alta gama, así como para el alquiler de vehículos y embarcaciones suntuosas.

La racionalidad de la motivación de la sentencia de segunda instancia descansa en los dos indicios aludidos, concretamente la aparición de las huellas digitales de este acusado en una bolsa de plástico que contenía alguno de los paquetes de heroína y en la cinta de embalar que envolvía otro de los paquetes, y su presencia en el lugar de autos, en fechas coincidentes con la intervención policial. En efecto, las huellas aparecieron en una bolsa de plástico estampado de pequeño tamaño, que no es un objeto de uso normal para el transporte de mercancías, y, sobre todo, en la cinta de embalar que envolvía directamente uno de los paquetes de heroína, debiendo destacarse que la cinta de embalar no es susceptible de reutilización, ya que es de general experiencia que queda inútil, por pérdida o deterioro de su capa adhesiva, cuando se separa del objeto que se ha precintado con ella.

Como bien dice el tribunal "a quo", tener una actividad laboral más o menos intermitente en el transporte o la descarga de mercancías, como la defensa del recurrente acredita documentalmente, no excluye que el mismo sujeto se implique, siquiera sea de modo ocasional, si fuera tal el caso, en una operación de tráfico de drogas.

De modo que resulta razonable la convicción del Tribunal Superior de Justicia, relativa al hecho de que el acusado realizó la carga, el transporte o la descarga del alijo, dejando al ejecutar dichas actividades impresas sus huellas digitales en el objeto material del delito, como prueba indubitable, en las condiciones del caso, de su autoría.

Se argumenta, asimismo, por el recurrente, que en todo caso la presunción de inocencia debería operar, con respecto a los paquetes que no resultaran afectados con las huellas dactilares, de modo que podría evitarse la aplicación del subtipo agravado de notoria cuantía.

Pero es indudable que la conducta del acusado es unitaria. El tribunal ha llegado a la convicción de la participación del acusado en los hechos sancionados, por lo que carece de razonabilidad seccionar el valor probatorio de los indicios tenidos en cuenta por el tribunal, respecto de los diversos aspectos de la conducta enjuiciada.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO .- En el motivo cuarto, se reclama la indebida falta de apreciación de la atenuante de drogadicción.

Es doctrina reiterada de esta Sala (120/2014 de 26 de febrero; 856/2014 de 26 de diciembre; 866/2015 de 30 de diciembre; 133/2016 de 24 de febrero o 133/2017 de 4 de marzo, entre otras) que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. No se puede, pues, acceder a la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para que proceda la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la repercusión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

La aplicación con base en una toxicomanía de la eximente completa del artículo 20.1 CP solo será posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impidan comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a esa comprensión, lo que reconduce a supuestos excepcionales, en los que quede constatado un consumo muy prolongado y muy intenso de sustancias que hayan producido graves efectos en el psiquismo del agente. Por su parte, en el artículo 20.2 CP se contemplan los supuestos en los que esos efectos anulatorios de las funciones cognoscitivas y volitivas del sujeto se producen en el momento del hecho como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas,



drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien por encontrarse el sujeto bajo un síndrome de abstinencia severo a causa de su dependencia de tales sustancias.

Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia debidos al consumo de drogas, aun siendo profundos, no sean totales, será de aplicación la eximente incompleta del artículo 21.1 CP. Esta Sala ha admitido que la adicción, cuando es prolongada en el tiempo e intensa, o reciente pero muy intensa, a sustancias que causan graves efectos, provoca una disminución profunda de la capacidad del sujeto, aun cuando generalmente no la anule. Así, por ejemplo, se ha apreciado en ocasiones la concurrencia de una eximente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acompañada de fenómenos patológicos somáticos que suelen ir unidos a aquella (hepatitis, SIDA), que producen una considerable modificación de la personalidad en cuanto orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, que sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud (STS 403/1997 de 26 de marzo). O cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad, aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas (STS 685/2008 de 4 de noviembre).

Por su parte la circunstancia del artículo 21.2 CP es una atenuante funcional, es decir aplicable solo cuando el acusado ha actuado "a causa" de su grave adicción, condicionado o acuciado por ella para obtener la sustancia que necesita imperativamente. Para que se pueda apreciar la atenuante, la drogadicción debe incidir como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión, como sucede en delitos menores contra el patrimonio, o bien trafique con drogas a pequeña escala con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

El consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. El simple hábito de consumo de drogas no modifica la responsabilidad criminal, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal.

En nuestro caso, no hay datos en los hechos probados. Y no se trataría en ningún caso de una drogadicción con carácter funcional al delito cometido, dada la notoria importancia.

De todos modos, la pena se ha impuesto en su extensión mínima, por lo que carecería de cualquier practicidad.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

QUINTO.- El motivo quinto se articula por error de hecho en la valoración de la prueba, por el cauce autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.



En el caso, por parte del recurrente no se invocan documentos literosuficientes.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SEXTO. - Al proceder la desestimación del recurso, deben ser impuestas las costas procesales al recurrente, por imperativo de lo dispuesto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del **acusado DON Mariano** frente a la Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla núm. 313/2021, de 20 de diciembre resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación 234/2021) formulado frente al Sentencia 133/21, de 23 de abril de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga.

2º.- CONDENAR al recurrente al pago de las costas procesales causadas en la presente instancia.

3º.- COMUNICAR la presente resolución al Tribunal Superior de Justicia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO