



Roj: **STS 2216/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2216**

Id Cendoj: **28079120012022100533**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/05/2022**

Nº de Recurso: **1734/2020**

Nº de Resolución: **520/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 11613/2020,**
STS 2216/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 520/2022

Fecha de sentencia: 26/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1734/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/05/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: AGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1734/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 520/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Susana Polo García



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 26 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1734/20 interpuesto por el condenado **D. Pio**, representado por la procuradora D^a. Aranzazu Pequeño Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Juan Pedro Zapata Saldaña, **contra** Sentencia nº 79, de fecha 16 de abril de 2020, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, en el Procedimiento Recurso de Apelación nº 43/2019, por un **delito contra** la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud.

Interviene el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona, instruyó las Diligencias Previas núm. 334/2017, por un **delito contra** la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, **contra** D. Pio y otros, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, para su enjuiciamiento en el Procedimiento Abreviado nº 64/2018, cuya Sección dictó sentencia, en fecha 12 de noviembre de 2018, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"PRIMERO.- Resulta probado y así se declara que el acusado Jose María, con pasaporte de los EUA nº NUM000, mayor de edad, en situación legal en España, sin antecedentes penales y que utilizaba también los nombres de: Luis Francisco (pasaporte de Colombia no NUM001), Jose Augusto (pasaporte de Venezuela nº NUM002), Ángel Jesús (pasaporte de Colombia nº NUM003), Amadeo y Avelino, siendo auxiliado eficaz y conscientemente por la acusada Palmira, con pasaporte de Colombia nº NUM004, mayor de edad, en situación legal en España y sin antecedentes penales, desde al menos los últimos meses del año 2016 lograron el transporte desde España a Costa Rica, Chile, Brasil, Australia y Colombia, de sustancias estupefacientes, concretamente MDMA-metilendioximetanfetamina ("éxtasis") para su posterior distribución y venta a terceros y distribución en el mercado ilícito.

En concreto, el acusado Jose María y la acusada Palmira, con la participación indicada, llevaron a cabo las siguientes expediciones de la referida sustancia MDMA ("éxtasis") a los destinos y en las cantidades que se indican:

1.- Las autoridades policiales de Costa Rica se incautaron de 2000 pastillas de color rosa con logo "XTC" de MDMA, con peso y concentración cuantitativa que no constan, ocultas en el interior de un paquete remitido el 19-12-2016 mediante la compañía UPS (oficina del 'Paseo de San Juan nº 139-141 de Barcelona) por el acusado Jose María, quien presentó un pasaporte de Colombia nº NUM001 a nombre de Luis Francisco con su fotografía, siendo destinatario del envío Mariano en San José de Costa Rica. A nombre de Luis Francisco como remitente, se habían realizado por el acusado Jose María, auxiliado por la acusada Palmira, un total de siete envíos desde la misma oficina -uno de ellos el que consta como intervenido y los otros seis sin que se haya podido determinar su contenido real- en noviembre y diciembre de 2016 a diversos destinos, en concreto:

1.1.- el 4-11-2016 Con destino a Santiago de Chile (Chile) destinatario Edemiro con peso de 0,500 Kgrs declarado como ropa.

1.2.- el 21-11-2016 con destino a Porto Alegre (Brasil) destinatario Ezequiel con peso de 5 Kgrs.

1.3.- el 25-11-2016 con destino a Cuatemoc (México) destinatario Germán con peso de 0,500 Kgrs declarado como ropa.

1.4.- el 4-12-2016 con destino a Concepción de Chile (Chile) destinatario Millán con peso de 0,500 Kgrs declarado como juguetes.

1.5.- el 19-12-2016 con destino a New York (EEUU) destinatario Lina con peso de 0,500 Kgrs.

1.6.- el 19-12-2016 con destino a Porto Alegre (Brasil) destinatario Segismundo con peso de 3 Kgrs.

2.- Un total de 5000 pastillas de MDMA, con peso y concentración cuantitativa que no constan, que fueron remitidas el 27-3-2017 al supuesto destinatario de nombre Saturnino en Santiago de Chile, las cuales fueron intervenidas en el aeropuerto de Koln/Bonn (Alemania), envío efectuado desde la oficina de "Mail Boxes" sita en la Ronda de Sant Pere nº 58 de Barcelona, por el mismo acusado Jose María usando el nombre de Ángel Jesús con pasaporte de Colombia nº NUM003 que mostró con la misma fotografía que el anterior.



En ambos envíos el acusado Jose María facilitó, como número de contacto el NUM005 y como domicilios de contacto direcciones inexistentes.

3.- El acusado Jose María y la acusada Palmira, con la participación indicada, también habían realizado otros envíos de la misma sustancia MDMA a Santiago de Chile, Porto Alegre en Brasil y Amaro en Australia desde la oficina de "Mail Boxes" sita en la calle Muntaner nº 9 de Barcelona, verificándolo el acusado Jose María usando el nombre de Jose Augusto, mostrando un pasaporte de Venezuela con su fotografía y facilitando como teléfono de contacto el NUM006, en concreto:

3.1.- el 10-2-2017 con destino a Porto Alegre (Brasil) destinatario Carmen con peso de 5 Kgrs declarado como ropa.

3.2.- el 20-2-2017 con destino a Porto Alegre (Brasil) destinatario Desiderio con peso de 6 Kgrs declarado como zapatos y ropa.

3.3.- el 2-3-2017 con destino a Santiago de Chile (Chile) destinatario Felicísima con peso de 7 Kgrs declarado como zapatos y rotuladores.

3.4.- el 14-3-2017 con destino a Amaro (Australia) destinatario Fermín con peso de 4 Kgrs declarado como zapatos y juguetes.

En todos los referidos envíos y para aparentar el carácter lícito de los objetos que contenían los paquetes remitidos se habían adjuntado tíquets de pago de las supuestas compras utilizando una tarjeta de crédito de "Caixabank" (facilitando la citada entidad la numeración completa de la tarjeta de crédito utilizada) nº NUM007 de la que figuraba como titular el acusado Jose María y facilitando como teléfono de contacto el NUM008.

El acusado Jose María y la acusada Palmira, con la participación indicada, comerciaba con la referida sustancia estupefaciente que importaba principalmente desde Holanda a España, Francia y Bélgica, utilizando para ello vínculos preparados para el transporte así como la red ferroviaria, ocultando la droga, en ocasiones en distintos recipientes como barriles de cerveza con un frasco de cristal alojado en su interior.

En concreto desde Bélgica, en las oficinas de DHL en Bruselas, en fecha 8 de junio de 2017 el acusado Jose María -habiéndose verificado personalmente haciéndose constar como remitente Avelino con domicilio en DIRECCION000 NUM009 de la localidad de Antwerpen 2100 Bélgica-, actuando de forma concertada con el acusado Pio, con pasaporte de los Países Bajos nº NUM010, mayor de edad, en situación legal en España y sin antecedentes penales, enviaron un paquete al destinatario Pablo con domicilio en DIRECCION001 St. NUM011 de Australia, haciéndose cargo del envío la unidad de Antidroga de la Policía de Bruselas dado que en el interior de este fue encontrado un kilogramo de sustancia estupefaciente (MDMA), cuyo peso neto y pureza se desconoce.

El acusado Jose María y la acusada Palmira mantuvieron frecuente contacto telefónico, entre sí y con terceros para la gestión del negocio ilícito referido. Así, se produjeron múltiples llamadas realizadas por diversos "clientes" en lenguaje convenido sobre encargo, compra y venta de pastillas de MDMA (metilendioximetanfetamina-éxtasis) a las que los interlocutores se refieren en lenguaje convenido como "viejas" "amigas" o "niñas".

El 24 de abril de 2017 se procedió a la apertura del paquete remitido por el acusado Jose María el 21 de abril de 2017 desde la oficina de "MBE" de la calle Muntaner nº 9 de Barcelona, habiéndolo verificado personalmente utilizando un pasaporte de Venezuela a nombre de Jose Augusto con la fotografía del citado acusado y ordenando fuera remitido a una destinataria de Porto Alegre (Brasil), paquete que contenía cinco estuches de golosinas de la marca "Lacasitos" y en su interior un total de 4.788 pastillas de MDMA (metilendioximetanfetamina), de color rosa y forma rectangular con la inscripción "FLÜGEL". El peso bruto de las pastillas intervenidas era de 2.456,500' gramos (dos kilos cuatrocientos cincuenta y seis gramos con quinientos miligramos) y neto de 2.394,200 gramos (dos kilos trescientos noventa y cuatro gramos con doscientos miligramos) con riqueza en MDMA (metilendioximetanfetamina) del 31,7 % +- 1,6 %, resultando una cantidad total de 759 gramos (setecientos cincuenta y nueve gramos) +- 38 gramos de principio activo.

Los días 5 de mayo de 2017 (código de identificación NUM012) y 8 de mayo de 2017 (código de identificación NUM013) y a través de la empresa paquetería "DHL" desde París, el acusado Jose María, identificándose como Amadeo, remitió dos paquetes a destinatarios distintos en Australia, paquetes con cantidades no precisadas de la sustancia MDMA (metilendioximetanfetamina) que fueron intervenidos en la aduana de destino.

En el mes de mayo de 2017, verificándolo personalmente el acusado Jose María, realizó otros tres envíos de MDMA desde Barcelona a Colombia, siendo el destinatario de los mismos un individuo llamado Gerardo y el último de los tres envíos fue finalmente fiscalizado por las autoridades colombianas interviniendo 5.682

pastillas de MDMA así como 223 gramos de sustancias estupefacientes ocultas en envases de productos de la referida marca "Lacasitos".

Al domicilio del acusado Jose María , sito en la c/ DIRECCION002 n° NUM014 de Sant Adriá del Besós, el 20 de abril de 2017 sobre las 21,00 horas acudió en taxi una persona **contra** la que no se dirige el juicio que nos ocupa, siendo recibido por el referido Jose María , accediendo ambos al interior de la vivienda de donde, salió esa persona las 21,44 horas con una maleta trolley que contenía MDMA.

El día 23 de junio de 2017 sobre, las 13,05 horas, desde el n° de teléfono NUM015, la acusada Palmira reservó un trastero en la empresa de alquiler "Mister Traster" en la CALLE000 n° NUM016 de Sant Adriá de Besós, verificándolo para disponer de un espacio cerrado para almacenar la droga.

El día 25 de junio de 2017 sobre las 15,01 horas, al referido lugar donde estaba el citado trastero, acudió el acusado Jose María , conduciendo el vehículo alquilado BMW con matrícula ...DFD , acompañado del también acusado Pio a los mandos de una furgoneta Renault Kangoo con matrícula holandesaKB-RY , provista de diversas -oquedades practicadas en la zona de carga, en los pasos de rueda y junto a las puertas, y en dichos huecos había restos de MDMA y dos comprimidos de la misma sustancia con el logo "FLÜGEL".

A continuación, el vehículo BMW se introdujo en, el trastero previamente alquilado por la acusada Palmira , quedando estacionada la Renault Kangoo enfrente de la entrada, de la que posteriormente descendió su conductor, Pio , llevando una maleta con la que se introdujo andando en el trastero, saliendo a las 15,15 horas el vehículo BMW ocupado por ambos acusados, bajándose a la salida del vehículo el acusado Pio para subir a la furgoneta Renault Kangoo, abandonando ambos el lugar de los hechos, habiendo depositado en el trastero cantidades no precisadas de la sustancia MDMA, parte de las cuales sería intervenida en el registro que habría de practicarse pocos días después.

SEGUNDO.- Por auto de 29 de junio de 2017 se autorizó la entrada y registro en el domicilio sito en la calle DIRECCION002 n° NUM014 de Sant Acida y en un trastero NUM017 sito en el establecimiento "Mistar Traster" de la CALLE000 NUM016 de Sant Adriá de Besós.

1.- En el trastero NUM017 ' sito en "Mistar Traster" de la CALLE000 n° NUM016 de Sant Adria de Besós se intervino la maleta tipo trolley de color gris, que había sido introducida físicamente por Pio , la cual contenía:

-ocho bolsas de plástico -numeradas con "n° 3", con referencia a los miles de unidades que cada una contenía - con 3.000 pastillas de MDMA cada una;- cuatro bolsas de plástico -numeradas con "n° 4", con referencia a los miles que contenían - con 4.000 pastillas de MDMA cada una; y una bolsa que contenían 1.700 pastillas de MDMA.

Todas estas pastillas llevaban grabado el logotipo "FLÜGEL" y arrojaron en conjunto un peso neto total de 22.181,3 gramos (veintidós kilos, ciento ochenta y un gramos con trescientos miligramos) con una riqueza en MDMA del 29,5 % +- 1,6 (cantidad total de 6.536 gramos puros de MDMA +- 355 gramos).

También se intervinieron tres bolsas de plástico de 1.020, 1.016 y 1.050 gramos, respectivamente, que contenían MDMA con un peso bruto total aproximado de 3,100 kilogramos y neto de 3.043,2 gramos (tres kilos, cuarenta y tres gramos con doscientos miligramos) de MDMA de una riqueza del 72,4 % +- 4,1 (cantidad total de 2.202 gramos de MDMA +- 125 gramos).

2.- En el domicilio de la calle DIRECCION002 n° NUM014 ' de Sant Adriá de Besos, en el que vivían los acusados Jose María , Palmira y Pio , se intervinieron las sustancias que se dirá, además de que en la habitación que ocupaban los acusados Jose María y Palmira se ocupó diversas documentación, tarjetas de crédito y extractos de cuentas bancarias de "La Caixa", BBVA y del grupo Bancolombia y además en el interior de un bolso de la acusada Palmira 70 euros en billetes de 50 euros procedentes del ilícito tráfico al que se dedicaban.

Igualmente fue ocupado un bote con el anagrama "CHROMIUM PICALINATE" con 158 gramos de pastillas de MDMA con el logotipo "XTC", con los siguientes pesos netos:

-de, color rosa, 125,900 gramos de MDMA del 32,3 % +- 1,6 % de pureza (total 41 gramos ± 2 gramos de sustancia base); -de color lila, con un peso neto de 27,700 gramos de MDMA del 33,9 % +- 1,6 % de pureza (total 9,4 gramos +- 0,4 gramos de sustancia base);

-de color lila, con un peso neto de 1,061 gramos de MDMA del 33,4 % +- 1,6 % de riqueza (total 0,350 gramos de sustancia base);

-un comprimido de color rosa, con un peso neto de 0,419 gramos de MDMA del 41,1 % +- 1,6 % de pureza (total 0,172 gramos +- 0,007 gramos de sustancia base);



Igualmente fue intervenida una bolsa de plástico con un peso neto de 47,200 gramos de MDMA del 75;4 % +-4,1 % de riqueza (total 36 gramos +- 2 gramos de sustancia base) y en él bote se identificaron restos de MDMA.

Finalmente fue ocupado otro bote con restos de MDMA, así como nueve sellos "de visados con diversas fechas, correspondientes a desplazamientos a Colombia y Madrid-Barajas de fechas 24 de septiembre de 2015 a 16 de marzo de 2017.

TERCERO.- La sustancia estupefaciente total ocupada ha sido valorada en 500.790 euros (quinientos mil setecientos noventa euros) en el mercado ilícito.

En particular, la sustancia estupefaciente incautada en la maleta hallada en la entada y registró practicada en el trastero NUM017 sito en "Mister Traster" de la CALLE000 n° NUM016 de Sant Adriá de Besos ha sido valorada en 496.525 euros (cuatrocientos noventa y seis mil quinientos veinticinco euros) en el mercado ilícito."

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

"Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Jose María , ya circunstanciado, en concepto de autor criminalmente responsable. de un **delito de contra** la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud y de notoria importancia, ya referenciado, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de siete años de prisión y multa de 500.790 euros, y al pago de una tercera parte de las costas procesales.

Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Palmira , ya circunstanciada, en concepto de cómplice criminalmente responsable de un **delito de contra** la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud y de notoria importancia, ya referenciado, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de siete años de prisión y multa de 250.800 euros con dos meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y al pago de una, tercera parte de las costas procesales.

Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Pio , ya circunstanciado, en concepto, de autor criminalmente responsable de un **delito de contra** la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud y de notoria importancia, ya referenciado, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de siete años y diez meses de prisión y multa de 500.790 euros, y al pago de una tercera parte de las costas procesales.

Decretamos el decomiso de las sustancias estupefacientes intervenidas, acordando su destrucción si no hubiera sido ya verificada, así como el comiso del dinero en metálico procedente del tráfico ilícito de estupefacientes y demás efectos intervenidos.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que **contra** la misma podrán interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dentro del plazo de diez días en los términos del art. 790 Lecrim."

TERCERO.- El Sección Quinta de la Sala de la de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 19 de noviembre de 2018, dictó auto de aclaración con los siguientes Antecedentes de Hecho y Parte Dispositiva:

-ANTECEDENTES-

"ÚNICO.- En fecha 12 de noviembre de 2.018 se dictó Sentencia en el presente procedimiento.

Se ha apreciado de oficio un error material manifiesto en el Fallo de la mencionada Sentencia respecto la acusada Palmira ."

-PARTE DISPOSITIVA-

"Acordamos corregir el error material manifiesto del Fallo de la Sentencia de 12 de noviembre de 2018, y donde dice: "Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Palmira , ya circunstanciada, en concepto de cómplice criminalmente responsable de un **delito de contra** la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud y de notoria importancia, ya referenciado, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de siete años de prisión y multa de 250.800 euros con dos meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y al pago de una tercera parte de las costas procesales.", debe decir: "Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Palmira , ya circunstanciada, en concepto de cómplice criminalmente responsable de un **delito de contra** la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud y de notoria importancia, ya referenciado, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de tres años de prisión y multa de 250.800 euros con dos meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y al pago de una tercera parte de las costas procesales."

Notifíquese esta resolución a las partes personadas.

Contra este auto no cabe recurso alguno sin perjuicio del recurso que proceda **contra** la sentencia de 12 de noviembre de 2018, que se computará desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución judicial, en los términos del art. 267 LOPJ."

CUARTO.- **Contra** la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Pio , dictándose sentencia nº. 79 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 16 de abril de 2020, en procedimiento Recurso de Apelación 43/2019, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Se admiten como tales los así declarados en la sentencia de instancia."

QUINTO.- La Sala de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Fallamos, en atención a lo expuesto, haber lugar, parcialmente, al recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Ortiz, en nombre y representación del Sr. Pio , **contra** la sentencia de 12 de noviembre de 2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 5ª) cuya resolución revocamos parcialmente en el sentido de apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, fijando la pena de prisión por el **delito** al que ha sido condenado en seis años y seis meses y correlativamente el tiempo de duración de la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio.

En los demás extremos, confirmamos la sentencia de instancia.

Las costas de esta alzada se declaran de oficio.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que **contra** la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

SEXTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal del condenado, Pio , 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.

SÉPTIMO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente **motivo de casación**:

Motivo Primero.- Infracción de ley fundada en el números 1º del artículo 849 Lecrim., aplicación indebida de los artículos 368 y 369.1.5º del código penal.

Motivo Segundo.- Infracción de ley fundada en el número 1º del artículo 849 Lecrim., inaplicación indebida del artículo 29 del código penal.

Motivo Tercero.- Infracción de precepto constitucional vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 C.E. vulneración del derecho a la intimidad del artículo 18.1 C.E. por infracción de lo prevenido en la ley 15/1999, LOPD e infracción del artículo 11.1 LOPJ de conformidad a lo dispuesto por el artículo 5.4 LOPJ y 852 Lecrim.

Motivo Cuarto.- Infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectivo del artículo 24 CE vulneración del derecho a la presunción de inocencia. insuficiencia probatoria.

OCTAVO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal, manifestó quedar instruido del recurso, interesando la impugnación de todos los motivos del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

NOVENO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 25 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El primer motivo del recurso se formula por infracción de ley - art. 849.1 LECrim-, por aplicación indebida de los artículos 368 y 369.1.5º del Código Penal.

El recurrente denuncia que los actos que la Sala le atribuye al acusado en el relato de los Hechos Probados carecen del elemento subjetivo, es decir, la Sala en ningún momento indica que el recurrente se hallara concertado con Jose María con el objeto de participar en la comisión de los actos que aquél no sólo ha reconocido en el plenario, sino que se hallan descritos pormenorizados en las actuaciones. La Sala no indica



que el recurrente detentara la posesión de la sustancia, ni que pretendiera su ilícito comercio o que participara de manera consciente y determinada en los actos de Jose María , y ello es así porqué la propia prueba ha acreditado su ausencia en los actos de Jose María durante todo el lapso de la investigación.

2. El cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate por el que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto de que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cuando el recurso de casación se formaliza por la vía del art. 849.1 de las LECrim, las alegaciones del recurrente -hemos dicho en una histórica e incesante jurisprudencia de cita prescindible- han de ajustarse a un ineludible presupuesto metodológico, que no es otro que la aceptación del relato de hechos probados proclamado en la instancia. El incumplimiento de este punto de partida, opera como causa de inadmisión que ahora se convierte en causa de desestimación (cfr. arts. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 LECrim).

3. Los hechos probados narran que el día 8 de junio de 2017, los coacusados Jose María y Pio "*actuando de forma concertada*" enviaron a un tercero, con domicilio en Australia, un paquete que contenía un kilogramo de MDMA.

A continuación, describe el relato fáctico, que el día 25 de junio de 2017, el recurrente, a los mandos de la furgoneta Renault Kangoo, junto al otro acusado, quien conducía un vehículo alquilado, transportó hasta un trastero que había sido reservado por la también acusada Palmira una maleta que contenía distintas cantidades de MDMA, en concreto "*ocho bolsas de plástico -numeradas con "no 3", con referencia a los miles de unidades que cada una contenía - con 3.000 pastillas de MDMA cada una;- cuatro bolsas de plástico -numeradas con "n° 4", con referencia a los miles que contenían - con 4.000 pastillas de MDMA cada una;- y una bolsa que contenían 1.700 pastillas de MDMA.*

Todas estas pastillas llevaban grabado el logotipo "FLÜGEL" y arrojaron en conjunto un peso neto total de 22.181,3 gramos (veintidós kilos, ciento ochenta y un gramos con trescientos miligramos) con una riqueza en MDMA del 29,5 % +- 1,6 (cantidad total de 6.536 gramos puros de MDMA +- 355 gramos).

También se intervinieron tres bolsas de plástico de 1.020, 1.016 y 1.050 gramos, respectivamente, que contenían MDMA con un peso bruto total aproximado de 3,100 kilogramos y neto de 3.043,2 gramos (tres kilos, cuarenta y tres gramos con doscientos miligramos) de MDMA de una riqueza del 72,4 % +- 4,1 (cantidad, total de 2.202 gramos de MDMA +-125 gramos)."

Además, consta en el relato que en la furgoneta que conducía el recurrente, se habían practicado diversas oquedades en la zona de carga, en los pasos de rueda y junto a las puertas, y en dichos huecos había restos de MDMA y dos comprimidos de sustancia con el logo "Flugel". Y, por último, también, dicen los hechos probados que en el domicilio donde vivían los tres coacusados se intervinieron ciertas cantidades de MDMA.

En consecuencia, sí se describen en el relato fáctico todos los elementos integrantes del tipo delictivo por el que viene condenado el recurrente, incluida la connivencia con el otro acusado, deduciéndose de la gran cantidad de sustancia estupefaciente intervenida, que la citada posesión se encontraba predestinada a al tráfico, por lo que el tribunal ha aplicado correctamente la ley.

Se desestima el motivo.

SEGUNDO.- El segundo motivo se formula al amparo del art. 849 nº 1 LECrim, por inaplicación indebida del art. 29 CP.

El recurrente objeta el juicio de participación, se queja de haber sido condenado como autor, siendo que la coacusada ha sido condenada como cómplice.

Como hemos dicho en la reciente sentencia 478/2020, de 28 de septiembre, respecto a la calificación de su conducta como autoría o como complicidad, la jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la dificultad de apreciar la complicidad en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, dada la amplitud con



la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor. De forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden, no comprendidos en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en lo que se ha llamado "favorecimiento del favorecedor", con lo que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 (SSTS núm. 93/2005, de 31-1; 115/010, de 18-2; 473/2010, de 27-4; 1115/2011, de 17-11; y 207/2012, de 12-3).

Y así, se afirma que respecto de la complicidad en sentido estricto esta Sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, como ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar (STS 1276/2009, de 21-12).

En el supuesto, el recurrente tenía a su disposición la droga que se guardaba en el domicilio que compartía con el resto de los acusados y, en especial, de la maleta que transportaba, interviniendo directamente en operaciones de venta a terceros, por lo que, dado el amplio concepto de autor al que se ha hecho referencia, así ha de ser calificada su conducta, siendo intrascendente la calificación del tribunal con respecto a la participación de la coacusada, puesto que no ha sido objeto de recurso por la Acusación, por lo que no es posible llevar a cabo la revisión de la correcta o incorrecta calificación de su participación en los hechos.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 1. En el tercer motivo se alega infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE., vulneración del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE por infracción de lo prevenido en la ley 15/1999 LOPD e infracción del artículo 11.1 LOPJ de conformidad a lo dispuesto por el artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim.

Se denuncia que el tribunal ha tenido en cuenta prueba ilícita, al haberse obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales. Se afirma que se infringió la regulación vigente del derecho a la protección de datos sin la oportuna autorización judicial previa, ya que la Policía Judicial tuvo conocimiento de un presunto envío de sustancia estupefaciente realizado desde la oficina MBE-Vencateli S.L. sita en Barcelona, a Costa Rica, obteniendo tras contactar con dicha empresa copia del pasaporte del remitente, Luis Francisco , así como copia de recibos de compra en establecimientos comerciales mediante los cuales las empresas que realizan los envíos comprueban el contenido de los paquetes a efectos de las oportunas declaraciones aduaneras, - folios 4 a 7 de las actuaciones-

De modo, consta en lo actuado, que la Guardia Civil obtiene de la empresa Mail Boxes copia de un tique de compra de la mercantil ZARA, que consta escaneado a folio 7, en el que se contiene un número de tarjeta de crédito mutilado, a efectos de proteger los intereses de su titular en base, precisamente, de la regulación que hace la LOPD de los registros privados de datos. En este momento, desconociéndose el modo en qué se procedió y de que manera se obtuvieron los datos de carácter personal incorporados, la Guardia Civil obtuvo de CAIXABANK tanto el número completo de la tarjeta como la identidad y domicilio de su titular y el número de teléfono facilitado. Con estos datos se averiguaron, mediante una simple consulta a las operadoras, los números de teléfono vinculados y se solicitó mandamiento de intervención de los mismos al Juzgado de Instrucción número 13 de Barcelona, que los concedió sin crítica alguna, y la persona investigada resultó ser Jose María .

2. El asunto planteado ha sido resuelto por el tribunal de instancia, afirmando que, tras el análisis de la jurisprudencia aplicable, en el apartado 9º: " *Sin perjuicio de las habilitaciones legales generales a la Policía Judicial para la investigación previstas en el artículo 282 LECrim , artículo 11.1 L.O. 2/1986 y artículo 14 L.O.1/92, es obvio, además, que nos enfrentamos a una injerencia de naturaleza muy leve en el derecho general a la intimidad. Los datos de titularidad asociados a una tarjeta de crédito expedida por una entidad bancaria si bien merecen un nivel primario de protección frente a terceros, sin embargo, por su escasa afectación a las condiciones de ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, deben ser cedidos a requerimiento policial ex artículo 22 L.O 15/99 , cuando su conocimiento sea necesario para la investigación de un delito grave.*

Pero, además, y en todo caso, resulta difícil identificar que quien ha utilizado una tarjeta de crédito en operaciones vinculadas a actos de tráfico de drogas y los datos aparezcan documentados en el propio cuerpo del delito, goce de una fuerte expectativa de privacidad. Quien externaliza sus datos personales, exponiéndolos a la mirada y observación general' de terceros, poca o ninguna capacidad de reacción tiene, ex artículo 18.1º CE , para impedir que los agentes policiales en el ejercicio proporcional de sus facultades legales, los utilicen para la comprobación de su participación criminal en un delito grave."



3. La cuestión ha sido rechazada con acierto en la sentencia recurrida. En efecto, no hay lesión alguna del derecho a la intimidad en la obtención de la fuente de prueba primaria, identificación de los datos de una tarjeta de crédito, con una finalidad legítima a los efectos de investigación de un **delito** grave, la policía está constitucionalmente habilitada para realizar investigaciones que supongan una injerencia leve en el derecho a la intimidad, conforme a la jurisprudencia del TC, Sentencia 70/2002 (sobre acceso por la policía a contenidos de una agenda intervenida al detenido), 115/2013 (sobre acceso por la policía a la agenda telefónica de un teléfono móvil), 135/2014 (sobre recogida por la policía de restos biológicos del sospechoso sin autorización judicial)- a la luz también de las exigencias de intervención judicial en la obtención de determinadas fuentes de prueba reclamadas por el TEDH -vid. SSTEDH, caso Dumitru Popescu c. Rumanía, de 26 de abril de 2007; caso Lordachi y otros c. Moldavia, de 10 de febrero de 2009- permite identificar un estándar de estricta jurisdiccionalidad en aquellos casos en los que la injerencia afecte al secreto de las comunicaciones o injiera de forma muy intensa en los contenidos generales protegidos por el derecho a la intimidad.

Además, como hemos dicho en la sentencia 434/2021, de 20 de mayo, como consecuencia funcional, la policía estará constitucionalmente habilitada para realizar investigaciones que supongan una injerencia no grave o leve en el derecho general a la intimidad, siempre que además de suficiente habilitación legal, se ajuste a las exigencias del principio de proporcionalidad y se ponga a disposición posterior de la autoridad judicial, la totalidad de los datos personales obtenidos. Lo que permitirá, a la postre, realizar un control jurisdiccional de adecuación.

La habilitación general a favor de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad prevista en el artículo 22.3º de la Ley 15/1999 -en vigor transitoriamente hasta su expresa regulación en los términos fijados en el Reglamento General de Protección de datos aprobado por la L.O 3/2018-, coherente a los fines generales de investigación precisados en la LECrim y en la L.O 2/1986, puede resultar suficiente para acceder a datos bancarios relativos a los solos efectos de identificación de números de cuentas y de titularidades si, además, sus condiciones de práctica responden a parámetros de proporcionalidad, necesidad e idoneidad y se garantiza el control posterior de adecuación por la autoridad judicial.

Lo anterior, es lo que ha ocurrido en el presente caso, por lo que la pretensión de nulidad debe ser rechazada.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 1. En el cuarto motivo se invoca infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, e insuficiencia probatoria.

Se denuncia que, tanto en fase de instrucción, como en el plenario, Jose María asumió los hechos como propios, ya fuera en la planificación como en su desarrollo. Del mismo modo lo hizo su pareja sentimental, Palmira, pero lo relevante, es que el propio Jose María refirió en su interrogatorio como en el turno a la última palabra que había abusado de la amistad que mantenía con el recurrente, implicándolo en la comisión de unos hechos de los que era ajeno, ofreciendo conclusiones alternativas a los hechos indiciarios: dice que, habiendo controlado el coacusado todo el transporte de la maleta, es ilógico que comunicara al recurrente el contenido de la misma, que la inspección de la furgoneta no permite concluir su relación con el conocimiento de los hechos, y su presencia en compañía del coacusado en la oficina desde donde se realizó el envío el 16 de junio, no permite enervar la presunción de inocencia.

2. Como indica la STS 476/2017, de 26 de junio, la reforma de La ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación **contra** sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.



En este marco, la sentencia **contra** la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba.

3. El tribunal de instancia en el FD 20º de la sentencia analiza la prueba practicada y afirma que la Audiencia contó con cuatro hechos base, acreditados por prueba directa, documental, testifical policial, y pericial:

1º El recurrente introdujo en un trastero, alquilado por otra acusada, la Sra. Palmira, la maleta en la que días después se hallaron 28.700 pastillas de MDMA así como 3,043 kilogramos netos de MDMA. Para a continuación marcharse del edificio en un vehículo conducido por el otro acusado, Sr. Jose María.

2º El acusado recurrente, condujo la furgoneta que transportó la maleta, vehículo que presentaba manipulaciones en su configuración interior que habilitaban oquedades aptas para la ocultación de efectos u objetos, en las que se hallaron restos de MDMA, además de dos pastillas de iguales características a las halladas en el interior de la maleta. Una, en la caja de herramientas y, otra, en la zona donde se coloca la rueda de repuesto.

3º El tercer indicio de participación deriva del hecho -acreditado por la documental videográfica de las actuaciones seguidas en Bélgica- en la que se observa que el hoy recurrente acudió junto al otro acusado, Sr. Jose María, a las oficinas de una empresa de mensajería en Bruselas desde donde enviaron a un tercero un paquete conteniendo un kilogramo de MDMA. Paquete que fue intervenido por la policía belga. La droga estaba colocada dentro de un barril de cerveza de las mismas características del que fue hallado en el interior de la furgoneta con matrícula holandesa conducida por el hoy recurrente.

4º Por último, valora la Sala como indicio, la condición del Sr. Pio de co-morador de la vivienda donde también residían los otros acusados, en la que el día 29 de junio de 2017 fueron halladas 158 pastillas de MDMA con diferentes porcentajes de pureza, así como 47,200 gramos de MDMA, en uno de los cuartos de baño, en concreto, en el que se ubicaba fuera de la habitación que ocupaban los otros acusados, tal como consta en el acta levantada por la Sra. Letrada de la administración de Justicia que intervino en la práctica del registro domiciliar.

En consecuencia, al margen de las manifestaciones del coacusado a las que se refiere el recurrente, lo cierto es que el cuadro de indicios es lo suficientemente significativo como para construir una inferencia sólida y altamente conclusiva acerca de que el Sr. Pio participó en la conducta típica en los términos que se describen en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida, además, el recurrente valora incorrectamente la prueba indirecta, pues evalúa los indicios de forma separada y ofrece una particular interpretación de los mismos, más alejada de la lógica común que la asumida por la sentencia.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Procede imponer al recurrente las costas devengadas en esta instancia (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

1º

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Pio**, **contra** Sentencia nº 79, de fecha 16 de abril de 2020, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, en el Procedimiento Recurso de Apelación nº 43/2019.

2º Imponer al recurrente las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

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

Así se acuerda y firma.