



Roj: **STS 2368/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2368**

Id Cendoj: **28079120012021100496**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2021**

Nº de Recurso: **10622/2020**

Nº de Resolución: **467/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 16458/2020,**
STS 2368/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 467/2021

Fecha de sentencia: 01/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10622/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

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

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10622/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 467/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

Dª. Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 1 de junio de 2021.

Esta sala ha visto recurso de casación con el nº 10622/20P, interpuesto por la representación procesal de **D. Rodolfo**, contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Sala nº 139/2020, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2020 dictada en el procedimiento abreviado nº 12/2020 dimanante de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, con sede en Melilla, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un **delito** contra la salud pública de sustancias gravemente perjudiciales para la salud, con la agravante de reincidencia, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por el procurador D. Luis Ortiz Herraiz; y defendido por el letrado D. Abdelkade Mimoun Mohatar, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Larcera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Melilla, tramitó procedimiento abreviado núm. 631/2019 por **delito** contra la salud pública, contra D. Rodolfo.; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, (proc. abreviado nº 12/2020) y dictó Sentencia en fecha 2 de junio de 2020 que contiene los siguientes hechos probados: "PRIMERO.-El acusado Rodolfo, nacido el NUM000 de 1983, de nacionalidad marroquí y con antecedentes penales-(por haber sido ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de 21 de octubre de 2013 dictada por esta misma sección 7ª de la Audiencia Provincial de Málaga con sede en Melilla, por **delito** de tráfico de drogas grave daño a la salud, a la pena de 3 años y 9 meses de prisión, extinguida el 15 de julio de 2017)-, sobre las 22 horas y 25 minutos del día 12 de julio de 2019 cuando se encontraba al lado del "auto servicio Barcelona" sito en la calle la Legión esta ciudad de Melilla, se le acercó Luis Antonio, nacido el NUM001 de 1989, iniciando ambos una breve conversación. Acto seguido el acusado se dirigió a un garaje sito en el número NUM002 de una calle próxima, CALLE000, para instantes después salir de su interior y regresar al lugar en donde esperaba Luis Antonio, comenzando ambos a andar juntos hasta la altura de la calle Andalucía, momento en que efectúan un intercambio, en el que el acusado entrega a Luis Antonio una papelina de una sustancia que debidamente analizada resultó ser cocaína con un peso neto de 0,27 gramos y una riqueza del 61,7% y precio en el mercado ilícito de 16.22 euros.

El día 26 de julio siguiente sobre las 23 horas el acusado que se encontraba en las proximidades del "auto servicio Barcelona" se encaminó nuevamente al portal del número NUM002 de la CALLE000 en el que se introdujo, para salir poco después en dirección a la calle Jiménez Iglesias en la que se dirige hacia Casimiro, nacido el NUM003 de 1994, que se encontraba en actitud de espera. Una vez que se reúnen, inician junto la marcha al tiempo que realizan un intercambio en el que el acusado entregó a Casimiro una papelina conteniendo una sustancia que debidamente analizada resultó ser cocaína con un peso neto de 0,3 gramos y una riqueza del 71,8% y precio en el mercado ilícito de 18.02 euros.

Los contactos e intercambios fueron observados por los agentes de la Jefatura Superior de Policía, Unidad de Drogas y Crimen Organizado, con carnés profesionales números NUM004, NUM005, NUM006 y NUM007 que tenían establecido un servicio de vigilancia en torno al acusado, en el que uno de ellos, el agente NUM004 se encarga de vigilar al acusado y facilitar a los otros miembros del grupo las características físicas y de vestimenta de los terceros que se relacionaban con él, a fin de que éstos procedieran a su seguimiento, identificación y registro.

Como consecuencia del dispositivo policial Luis Antonio y Casimiro fueron interceptados por los agentes una vez que se alejaban de la zona de observación.

Así Luis Antonio fue abordado en la calle Guruguy por los agentes con carnés profesionales NUM005, NUM006 y Casimiro en la carretera Hardu por los agentes con carnés profesionales NUM006 y NUM007. Tras su identificación y cacheo los agentes incautaron a cada uno de ellos una papelina de cocaína.

SEGUNDO.-Sobre las 22 horas del día 12 de septiembre con ocasión de la práctica de la diligencia de entrada y registro del garaje sito en el número NUM002 de la CALLE000 de esta ciudad, cuando el acusado salía de su interior, al percatarse de la presencia policial se dio a la fuga, siendo perseguido por los agentes policiales hasta que logran su interceptación. Durante la huida el acusado arrojó diversos objetos, unos en el interior de una alcantarilla y otros, un teléfono móvil y unas llaves, debajo de una furgoneta, de los que solo pudo recuperarse estos dos últimos.



El registro del garaje fue autorizado por auto de 6 de septiembre del juzgado encargado de la instrucción de la causa.

Se intervinieron en poder del acusado en el momento de su detención la cantidad de 100 euros y 1900 dirhams y dos terminales telefónicos: terminal móvil de color gris negro, Marca Samsung, modelo SM-J320FN, con número de serie NUM008 y nº de IMEI NUM009 ; y tarjeta SIM "Lebara" nº NUM010 . Y, terminal móvil de color blanco dorado, marca Samsung, modelo SM-G610-DS, con nº de serie NUM011 , y números de IMEIs NUM012 y tarjeta SIM "Vodafone Yu" nº NUM013 .

TERCERO.- Previa autorización judicial por los agentes Unidad de Drogas y Crimen Organizado la Jefatura Superior de Policía se procedió a través de la utilización del sistema UFED "TOUCH II", a la exploración de los dos terminales intervenidos al acusado."(sic)

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a Rodolfo como autor criminalmente responsable de un **delito** contra la salud pública de sustancias gravemente perjudiciales para la salud previsto y penado en el artículo 368 del Código Penal, con concurrencia de la circunstancia modificativa de reincidencia del artículo 22 número 8º del Código Penal, a las penas de cinco años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 68,52 euros con diez días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y abono de las costas procesales.

Notifíquese la presente Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de Sala, a las partes y a los ofendidos y perjudicados, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento, instruyéndoles que contra la misma cabe **RECURSO DE APELACIÓN** ante esta Audiencia para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla dentro de los DIEZ DÍAS siguientes al de la última notificación de la sentencia que se tramitará conforme a lo establecido en los arts.790, 791 y 792 de la LECR." (sic)

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm. 247/20 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla en fecha 24 de septiembre de 2020, en el rollo de apelación núm. 139/2020, cuyo Fallo es el siguiente: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **Rodolfo** , contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, con sede en Melilla, de fecha 2 de Junio de 2020, debemos confirmar y confirmamos la misma, declarándose de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de su Procurador. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes 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 ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma." (sic)

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Rodolfo que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

1. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías legales.
2. Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 de la CE.
3. Vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.
4. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.
5. Vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 de la CE.
6. Infracción por inaplicación del art. 368.2 del C.P. en relación con el art. 66 del mismo cuerpo legal.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 19 de diciembre de 2020, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 26 de mayo de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, con sede en Melilla condenó al acusado Rodolfo como autor de un **delito** contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, con la agravante de reincidencia, a la pena de 5 años de prisión y multa de 68,52 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 10 días. Contra la sentencia interpuso recurso de apelación que fue desestimado íntegramente por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Contra esta sentencia interpone recurso de casación.

En el primer motivo alega vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías al no haber aceptado el Tribunal la renuncia al letrado que hasta entonces le había defendido. Alega que, estando en prisión preventiva, fue citado para juicio oral el 12 de mayo, comunicando el día 13 al Tribunal que solicitaba la suspensión del juicio renunciando al letrado que le había sido designado de oficio, lo que reiteró el día del plenario, alegando falta de comunicación con el mismo. Dada la situación provocada por el estado de alarma, la letrada de oficio que venía asistiendo al recurrente no pudo desplazarse hasta Melilla, compareciendo un compañero de la misma, que mantuvo la petición del recurrente, la cual fue desestimada por el Tribunal. El recurrente señala que no había tenido con el nuevo letrado ninguna clase de contacto.

1. El artículo 24.2 de la Constitución reconoce el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, lo que implica la posibilidad de designar uno de propia elección o, en otro caso, ser asistido de un letrado designado de oficio. Conforme al artículo 6.3 c) del Convenio de Roma, *todo acusado tiene como mínimo, derecho a defenderse por sí mismo, o solicitar la asistencia de un defensor de su elección y, si no tiene los medios para remunerarlo poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exijan*. En similar sentido cabe invocar el artículo 14.3 d) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 19 diciembre de 1966.

El derecho a designar letrado, aun no siendo absoluto, supone que el acusado puede renunciar al que le atiende para designar, o para que se le designe, otro letrado, si considera que la defensa ejercida no es efectiva o por cualquiera otra causa ha perdido la confianza en aquel.

En la STS nº 821/2016 de 2 de noviembre, se resumía la doctrina del TEDH, TC y TS, de la siguiente forma:

1º.- El derecho constitucional de defensa, que incluye el derecho a ser defendido por un abogado de confianza, faculta como regla general al cambio de letrado cuando se ha perdido dicha confianza o cuando el acusado desea renunciar al abogado de oficio y designar uno de confianza por estimarse insuficientemente defendido, dado que la facultad de libre designación implica la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses.

2º.- Este derecho no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal de rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la LOPJ .

3º.- La invocación del abuso de derecho no puede transformarse en un criterio general rutinario para denegar la solicitud de cambio de letrado, pues constituye un límite en el ejercicio de un derecho fundamental, cuyo contenido esencial debe ser respetado.

4º.- Los supuestos en que la solicitud de cambio del abogado designado puede ser desatendida por el Tribunal sobre la base del abuso de derecho son aquellos en que la petición es arbitraria, es decir inmotivada o motivada de forma irrazonable: a) bien porque la defensa de oficio en autos no manifiesta ninguna carencia en su tarea ante el Tribunal, b) bien porque las carencias o desacuerdos alegados por el propio acusado respecto de la defensa realizada por su abogado aparecen como irrelevantes o manifiestamente injustificadas, c) bien porque se ponga de manifiesto una estrategia dilatoria al demorar injustificadamente la solicitud hasta el propio momento del juicio o d) bien porque se aprecie una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa.

5º.- En todo caso al Tribunal le corresponde explicitar en sentencia la motivación de esa denegación, si se ha realizado en el juicio oral.

6º.- En definitiva, el canon de valoración relevante para determinar si se ha producido o no, vulneración del derecho constitucional de defensa, es la valoración de si el acusado ha dispuesto o no de una "defensa efectiva".

Decíamos en la STS nº 1989/2000, de 3 de mayo, que "es indudable el carácter subsidiario que la asistencia letrada de oficio tiene respecto a la de libre designación. En tal sentido esta Sala tiene declarado que el derecho a la defensa y asistencia letrada comporta que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa (STS. 11 de julio de 1997). El Texto constitucional, en su artículo 24.2, reflejando el mandato de los



tratados internacionales de derechos humanos establece como garantía constitucional de toda persona a la que se le impute la comisión de un hecho delictivo, la posibilidad de valerse de asistencia letrada. Esta facultad encuentra su desarrollo concreto en los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estableciendo como regla general la libre designación de Abogado por parte de los imputados, detenidos, procesados o presos. El artículo 14.2 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos resalta la necesidad de las garantías procesales y proclama el derecho de toda persona acusada de un **delito** a ser asistida por un defensor de su elección. El artículo 6.3 c) del Convenio Europeo reitera esta garantía a toda persona acusada concediéndole el derecho a ser asistido por un defensor de su elección. Como es sabido estas normas forman parte de nuestro elenco legislativo por la fuerza expansiva del artículo 96 de la Constitución (STS 27 de junio de 1994). En el mismo sentido de la preferencia de la asistencia letrada de libre elección se han pronunciado las Sentencias de 26 de diciembre de 1996 y 14 de febrero de 1994, entre otras".

Por otro lado, la facultad de cambiar de letrado no es absoluta, pues los tribunales deben rechazar las pretensiones que impliquen abuso del derecho o fraude procesal (artículo 11 LOPJ).

2. En el caso, la causa no presenta complejidad alguna. Se trata de una acusación por tráfico de cocaína, en la que varios agentes policiales declaran como testigos de cargo que el recurrente había sido observado cuando entregaba dosis de cocaína de pequeñas cantidades a compradores, los cuales habían sido luego interceptados encontrando en su poder las dosis adquiridas. El recurrente había venido siendo asistido por la misma letrada desde el inicio de la causa, sin que manifestara ningún inconveniente ni deficiencia en la defensa hasta que le fue comunicada la celebración del juicio oral.

A la fecha del juicio, la mencionada letrada comunicó que no podía desplazarse hasta Melilla, dada la situación de estado de alarma, pero envió a un compañero, que asumió la defensa del recurrente, sin que éste manifestara oposición alguna en lo que se refiere concretamente a este letrado. A juicio del Tribunal, desempeñó su labor correctamente, interrogando al acusado y a los testigos, cuestionó su credibilidad, elevó a definitivas sus conclusiones e informó como estimó procedente. No consta que el Tribunal apreciara ninguna deficiencia en la defensa.

Aunque el nuevo letrado no había sido elegido por el recurrente ni había sido designado de oficio, ya que sustituía a quien lo había sido, lo cierto es que, al inicio del juicio, el acusado recurrente se limitó a insistir en la procedencia de la suspensión de las sesiones por no estar conforme con la defensa de la letrada designada de oficio, que en ese momento ya no asumía su defensa, por lo que la queja, en realidad, carecía de relevancia, acogiéndose a su derecho a no declarar y sin hacer mención alguna de rechazo al nuevo letrado.

Teniendo en cuenta la situación de prisión, que reclamaba agilidad en la tramitación; que los argumentos del recurrente para apoyar su solicitud de suspensión solo se referían a una letrada que en ese momento ya no asumía su defensa; la ausencia de un rechazo explícito al nuevo letrado que en ese momento actuaba ante el Tribunal; y que la defensa ejercida puede considerarse efectiva dada su actuación en relación con la escasa complejidad del asunto, no puede considerarse que se hayan vulnerado los derechos del recurrente a un proceso con todas las garantías y, concretamente, a una defensa efectiva.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo denuncia vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución, que entiende causado por la falta de motivación del Auto que acuerda el volcado de los teléfonos móviles incautados al recurrente, así como por la falta de indicios consistentes en el oficio policial que lo solicitó.

En el tercer motivo, denuncia la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por falta de motivación del Auto que acuerda la entrada y registro.

Aunque se trata de cuestiones diferentes, los dos motivos pueden ser examinados conjuntamente, dada la coincidencia de algunos de los argumentos que conducen a la desestimación.

1. En lo que se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones, tal como se recoge en la sentencia impugnada, con cita de la STS nº 462/2019, de 14 de octubre, la jurisprudencia ha distinguido entre "las comunicaciones en marcha, de aquellos otros procesos de correspondencia o de relación que ya están cerrados. Solo las primeras se encuentran afectadas por el derecho al secreto de las comunicaciones, mientras que aquellas que terminaron y cuya existencia presente deriva de un proceso técnico o electrónico de conservación o documentación, a lo que conciernen es al derecho a la intimidad y/o, en su caso, a la autodeterminación informativa mediante el control de datos personales. Así lo recoge reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 1235/2002, de 27 de junio; 1647/2002, de 1 de octubre; 528/2014; 864/2015, de 10 de diciembre o 849/2018, de 23 de octubre), y lo plasma una estable doctrina constitucional que, entre otras en su sentencia 70/2002, de 3 de abril, expresaba que: "... La protección del derecho al secreto de las comunicaciones



alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos". La exigencia de autorización judicial es aplicable a la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, pero no lo es con la misma intensidad respecto del derecho a la intimidad, que es posible en ocasiones, sin necesidad de tal autorización, cuando tenga un apoyo legal, concurren razones de urgencia y la restricción sea proporcional al fin perseguido.

Respecto al domicilio, como ya hemos dicho en alguna otra ocasión, (STS nº 727/2003, de 16 de mayo, entre otras muchas), el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental de la persona que, según el artículo 18.2 de la Constitución sólo cede en caso de consentimiento del titular; cuando se trate de un **delito** flagrante, o cuando medie resolución judicial.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12, proscribire las injerencias arbitrarias en el domicilio de las personas, reconociendo el derecho de éstas a la protección de la ley contra las mismas. En la misma forma se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17. Y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en su artículo 8 que, "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del **delito**, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

Se trata, por lo tanto, en cuanto recogido con ese carácter en la Constitución, de un derecho fundamental que protege una de las esferas más íntimas del individuo, donde desarrolla su vida privada sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, a salvo de invasiones o agresiones procedentes de otras personas o de la autoridad pública, aunque puede ceder ante la presencia de intereses que se consideran prevalentes en una sociedad democrática.

Sin embargo, no todo espacio cerrado ni todo lugar que necesite el consentimiento del titular para que terceros puedan entrar en él lícitamente constituyen domicilio. Según ha declarado el Tribunal Constitucional, resaltando el carácter de base material de la privacidad (STC 22/1984), el domicilio es un "espacio apto para desarrollar vida privada" (STC 94/1999, de 31 de mayo, F. 4), un espacio que "entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad", "el reducto último de su intimidad personal y familiar" (STC 22/1984, STC 60/1991 y 50/1995, STC 69/1999, de 26 de abril y STC núm. 283/2000, de 27 de noviembre).

2. Teniendo en cuenta esta doctrina, ambos motivos deben ser desestimados. En primer lugar, porque, como se señala en la sentencia impugnada, las dos diligencias no arrojaron datos que hayan podido ser utilizados como pruebas para apoyar la condena dictada contra el recurrente, que se ha basado exclusivamente en las declaraciones de los agentes que presenciaron los actos de venta y de los que interceptaron a los compradores ocupándoles las dosis adquiridas. Ni del volcado de los teléfonos ni del registro del garaje se obtuvieron datos útiles a esos efectos.

Pero, además, en cuanto al secreto de las comunicaciones, no se interceptó ninguna, sino que se accedió a los datos de comunicaciones ya finalizadas, lo cual afecta al derecho a la intimidad y no a aquel otro derecho.

Y, respecto a la inviolabilidad del domicilio, el registro se efectuó en un garaje, y en la sentencia impugnada no constan elementos que permitan considerar que se trataba del domicilio del recurrente, en el sentido en que ha sido entendido por la jurisprudencia.

Finalmente, como argumento aplicable a ambos casos, la resolución judicial se apoyaba en los testimonios de los agentes que habían presenciado los actos de venta, y habían observado cómo el recurrente, previamente, se había introducido en el garaje luego registrado, lo que permitía entender que era en ese lugar donde podía hallarse más cantidad de droga preparada para la venta. Teniendo en cuenta estos datos, era igualmente razonable entender que era posible que en los teléfonos utilizados pudieran aparecer datos relativos a quien pudiera ser el contacto que le suministraba la droga al recurrente. Todo lo cual, constituían motivos suficientes para justificar la restricción de sus derechos.

En consecuencia, ambos motivos se desestiman.

TERCERO.- En el cuarto motivo, denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por ruptura de la cadena de custodia. Alega que no se practicó inicialmente el narcotest; que no constan los pasos seguidos desde la incautación hasta su recepción por la Unidad Orgánica de Policía Judicial; que no consta el oficio de remisión desde la Policía a la Delegación del Gobierno, ni se



justifica el tiempo transcurrido desde la incautación hasta tal remisión; y que la persona que hace la entrega en el Area de Sanidad de la Delegación del Gobierno no ha sido llamada a declarar.

1. Decíamos en la STS nº 676/2020, de 11 de diciembre, con cita del Auto núm. 599/2018, de 5 de abril, que "la ruptura de la cadena de custodia puede tener una indudable influencia en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, pues resulta imprescindible descartar la posibilidad de que la falta de control administrativo o jurisdiccional sobre las piezas de convicción del **delito** pueda generar un equívoco acerca de qué fue lo realmente traficado, su cantidad, su pureza o cualesquiera otros datos que resulten decisivos para el juicio de tipicidad. Lo contrario podría implicar una más que visible quiebra de los principios que definen el derecho a un proceso justo (SSTS 884/2012, de 8 de noviembre; y 744/2013, de 14 de octubre). La Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene una regulación unitaria y sistemática sobre los requisitos y garantías de la cadena de custodia, si bien regula de forma dispersa algunos aspectos relativos a esa materia. Finalmente, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 148/2017, de 22 de febrero, recuerda el carácter meramente instrumental de la cadena de custodia, ya que tiene por objeto acreditar que los objetos recogidos fueron los mismos que los analizados. Cualquier apartamiento de los protocolos que regulan la recogida de objetos no tiene, por sí mismo, el valor para integrar una quiebra de las garantías esenciales del proceso. La denuncia de la quiebra de la cadena de custodia exige algo más que la mera alegación. Ha de razonarse, con un mínimo de fundamento, las sospechas de cambio o modificación del objeto analizado. Cuando tales sospechas alcanzan a la objetividad de la duda sobre la mismidad de lo recogido y analizado, en su caso, podría garantizarse la mismidad por otras vías o en otro caso prescindirse de tal medio de prueba. En definitiva, el debate sobre la cadena de custodia debe centrarse sobre la fiabilidad de lo analizado, no sobre la validez de la prueba"...

2. La cuestión ya fue planteada en el recurso de apelación, y resuelta expresamente en la sentencia ahora impugnada, diciendo que "A la vista de las actuaciones, la cocaína se incauta por funcionarios de Policía Judicial de Melilla, custodiándose por el Jefe de dicha Unidad y depositándose en caja fuerte, hasta su traslado al Organismo competente para su análisis. Consta igualmente su recepción en Sanidad, cuya acta detalla los datos relativos de la sustancia recibida, número de atestado, Unidad Orgánica que llevó a cabo la aprehensión, fecha, número de Diligencias Previas, personas a quienes se les intervino las papelinas, datos éstos que coinciden plenamente con las presentes actuaciones.

Que, el hecho de que, se entregara por parte de la Policía a Sanidad, casi un mes después de la aprehensión de aquellas sustancias, estuvo motivado por el hecho de haber proseguido las indagaciones en relación con el acusado -entrada y registro domiciliario, volcado de móviles-, y una vez finalizadas las mismas, fue cuando se trasladaron las papelinas hasta sanidad para su análisis". En definitiva, la prueba documental acredita suficientemente los pasos dados desde que se incautó la droga hasta que se finalizó su análisis, sin que sea necesario que testifiquen los agentes o funcionarios que hayan intervenido en cada momento, salvo que se aporten elementos que objetivamente pongan en duda la exactitud de lo consignado en los documentos, lo que aquí no ocurre.

Pues, efectivamente, el recurrente no aporta ahora ningún elemento nuevo que haga dudar de la corrección de lo argumentado y resuelto en la sentencia de apelación, por lo que basta con remitirse al contenido de aquella para desestimar el motivo.

CUARTO.- En el cuarto motivo, denuncia vulneración de la presunción de inocencia, por error en la teoría de los indicios. Alega que no pueden obtenerse elementos incriminatorios del silencio del acusado.

1. Como hemos reiterado, la enervación de la presunción de inocencia requiere que la acusación presente pruebas válidas, que se practiquen correctamente y que sean valoradas de forma racional, sin vulnerar las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos.

El silencio del acusado no puede constituir prueba de cargo, aunque puede ser valorado como un elemento de refuerzo de la racionalidad del proceso valorativo cuando las pruebas existentes requieran del mismo una aclaración o explicación, que, sin embargo, no aporta.

2. En el caso, el Tribunal ha valorado la declaración de los agentes que presenciaron, en dos ocasiones y en la misma zona, el intercambio entre el recurrente y dos terceras personas, tras un desplazamiento hasta un garaje; las declaraciones de otros agentes que interceptaron a los compradores inmediatamente después de la operación y ocuparon en poder de los mismos las dosis recién adquiridas; y el análisis científico sobre la naturaleza de la sustancia intervenida, que resultó ser cocaína. Concluir que el recurrente había vendido esas dosis de cocaína a los dos compradores interceptados por los agentes inmediatamente después de la compra, responde a la lógica y a las máximas de experiencia.

No se aprecia, pues, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por lo que el motivo se desestima.



QUINTO.- En el sexto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida inaplicación del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal (CP). Argumenta que se trata de dos ventas de una pequeña cantidad de cocaína, alrededor de 0,57 gramos, realizada por una persona que, por sus condiciones, está abocada a la marginalidad.

1. El artículo 368 del CP, prevé la imposición de la pena inferior en grado en atención a la escasa gravedad del hecho y a las circunstancias del culpable. No se refiere a la escasa cantidad de droga, sino a la escasa gravedad del hecho, lo que impone la consideración de otros elementos o circunstancias concurrentes que permitan una correcta evaluación de la conducta enjuiciada, entre ellas, desde luego, la cantidad y calidad de la droga objeto del **delito**. La STS 873/2012, de 5 de noviembre, citada por la STS nº 501/2020, de 9 de octubre, resumió la doctrina jurisprudencial sobre este tipo atenuado en los siguientes términos:

1º) El nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

2º) Concorre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico".

3º) La regulación del artículo 368.2 no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

4º) Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5º) Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6º) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los **delitos** contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

2. En el caso, se trata de dos ventas de una papelina de cocaína conteniendo muy escasa cantidad de droga (0,27 y 0,30 gramos). Aunque la repetición de la conducta permitiría sospechar que el recurrente se dedica a la venta de modo habitual, no existen en la sentencia elementos objetivos que avalen esa conclusión, acreditando una intensidad en tal dedicación que excluya la consideración de los hechos como de escasa gravedad. No puede valorarse como elemento decisivo a estos efectos el hecho de que hubiera sido condenado con anterioridad por tráfico de drogas, pues la condena es de fecha 21 de octubre de 2013, habiendo extinguido la pena el 17 de julio de 2017, sin que desde esa fecha hasta la de los hechos, julio de 2019, conste ningún dato relativo a la mencionada dedicación al tráfico de drogas.

Tampoco constan en la sentencia circunstancias del culpable que puedan ser tenidas en consideración a los efectos del artículo 368, párrafo segundo.

Por lo que, teniendo en cuenta los elementos disponibles, ha de concluirse que resulta de aplicación el párrafo segundo del artículo 368 CP, al apreciar escasa gravedad en el hecho enjuiciado.

En consecuencia, el motivo se estima.

FALLO

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

1º. Estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Rodolfo contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta



y Melilla, en el Rollo de Sala nº 139/2020, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2020 dictada en el procedimiento abreviado nº 12/2020 dimanante de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, con sede en Melilla.

2º. Declaramos de oficio las costas del presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Antonio del Moral García Dª. Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián D. Javier Hernández García

RECURSO CASACION (P) núm.: 10622/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

Dª. Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 1 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10622/2020 contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Sala nº 139/2020, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2020 dictada en el procedimiento abreviado nº 12/2020 dimanante de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, con sede en Melilla, sentencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esa Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con los fundamentos de nuestra sentencia de casación, procede condenar al acusado Rodolfo como autor de un **delito** contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, del artículo 368, párrafo segundo del Código Penal, concurriendo la agravante de reincidencia, y teniendo en cuenta la reiteración de la conducta, a la pena de 2 años y 8 meses de prisión, y multa de 25 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 5 días.

FALLO

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

1º. Condenamos al acusado D. Rodolfo como autor de un **delito** contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, del artículo 368, párrafo segundo del Código Penal, concurriendo la agravante



de reincidencia, a la pena de 2 años y 8 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 25 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 5 días.

2º. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida no afectados por el presente.

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

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Antonio del Moral García D^a. Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián D. Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ