



Roj: **STS 747/2023 - ECLI:ES:TS:2023:747**

Id Cendoj: **28079120012023100159**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2023**

Nº de Recurso: **10567/2022**

Nº de Resolución: **168/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Andalucía, núm 169/2022, 14-07-2022 (rec. 92/2022),  
STS 747/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 168/2023**

Fecha de sentencia: 09/03/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10567/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2023

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

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

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

Transcrito por: AGG

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10567/2022

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 168/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 9 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 10567/2022 por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por **D. Carlos Miguel**, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> María del Mar Monteoliva Ibáñez y bajo la dirección letrada de D. Nabil El Meknassi Barnosi, contra la sentencia núm. 196/2022, de 14 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso de Apelación núm. 92/2022, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la Sentencia núm. 475/2021 de 3 de diciembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 29/2021 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Berja, que le condenó como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y le absolvió de los delitos de falsedad documental y receptación de los que venía acusado. Es parte el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Berja incoó Diligencias Previas núm. 213/2021 por delitos contra la salud pública, falsedad en documento oficial y receptación contra D. Carlos Miguel y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Almería, cuya Sección Segunda dictó, en el Rollo núm. 77/2021, sentencia núm. 475/2021, el 3 de diciembre, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El día 24 de marzo de 2021, sobre las 04:00 horas de la madrugada, Carlos Miguel en compañía de otras personas que no han podido ser identificadas, acudió a la playa situada a poniente de la Punta de Río de la localidad de Adra, con la intención de proceder a recibir e introducir en un vehículo, para su posterior distribución distintos fardos de cannabis que procedían del extranjero, y que se introdujeron por ese punto en territorio español, por medio de una embarcación.

De este modo, una vez la embarcación semirígida provista de potentes motores, tocó las costas españolas, procedió a descargar fardos de arpillera que contenía en su interior cannabis y que fue colocando en el interior de una furgoneta, marca Renault, modelo, Master, matrícula ....NDW, con el logotipo de la empresa Cristalería y Montajes Ibáñez S.L.

En el momento en que se estaba produciendo la descarga, como consecuencia de la localización y seguimiento previo del rumbo de la embarcación, intervinieron varias dotaciones de Vigilancia Aduanera, lo que provocó que el acusado tratase de darse a la fuga, dejando parte de la carga en la furgoneta y otra parte aún sin introducir en la misma, siendo interceptado por los agentes, que no pudieron sin embargo, interceptar la embarcación.

Una vez pesada y analizada la sustancia intervenida resultó ser resina de cannabis, con un peso neto total de 1.241.840,88 gramos, dividido en tres decomisos de 184.846,08 gramos con una riqueza de 30,52%, 296.370 con una riqueza de 34,14% y 760.624,8 gramos con una riqueza de 20,18%.

El valor de mercado total de la sustancia intervenida es de 2.460.086,78 euros.

El vehículo furgoneta no pertenecía a la empresa Cristalería y Montajes Ibáñez S.L., habiendo sido suplantada la matrícula del vehículo de la misma, así como imitados los logotipos. El número de bastidor del vehículo se corresponden con la matrícula TW- ....-WR. La misma pertenecía a la entidad IGEOTEX, con sede en Francia, y fue sustraída en Villeteanise (Alemania), el 6 de noviembre de 2020, mediante fractura de su ventanilla.

No consta acreditado que Carlos Miguel conociera el origen ilícito de la furgoneta, ni que alterara su matrícula y logotipo.

El vehículo ha sido entregado a sus propietarios legítimos."

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

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Carlos Miguel como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos multas, cada una de 2.500.000 euros, con 30 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, para cada una de ellas y pago de las costas procesales ocasionadas.



QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Carlos Miguel de los delitos de falsedad documental y receptación de los que venía acusado, con declaración de oficio, de su parte, de las costas procesales."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Carlos Miguel dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en fecha 14 de julio de 2022, en el Rollo de Apelación núm. 92/2022, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Carlos Miguel, contra la Sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería, de fecha 11 de marzo de 2022, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia."

**CUARTO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por el acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim por infracción de ley, por inaplicación de la circunstancia atenuante de complicidad y tentativa del art. 29 y 16 del Código Penal.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por infracción de ley, por aplicación indebida del y falta de motivación de la pena de los arts. 66 a 68 del Código Penal en relación con el artículo 368 del Código Penal, y al amparo del art. 852 la LECrim, del art. 5.4 de la LOPJ, vulneración del artículo 14 de la Constitución Española.

**SEXTO.-** Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; Evacuado el traslado del art. 882, párrafo segundo de la LECrim, por la representación procesal del recurrente, la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 8 de marzo de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El recurrente, D. Carlos Miguel ha sido condenado en sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas, cada una de ellas de 2.500.000 euros con 30 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, para cada una de ellas, y pago de las costas procesales.

En la misma sentencia resultó absuelto de los delitos de falsedad documental y receptación de los que venía acusado, con declaración de oficio, de su parte, de las costas procesales.

El recurso se dirige contra la sentencia núm. 196/2022, de 14 de julio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla en el Rollo de Apelación núm. 92/2022, que desestimó el recurso de apelación presentado por la representación procesal de D. Carlos Miguel, y confirmó la sentencia núm. 475/2021, de 3 de diciembre, dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda en el PA 29/2021, declarándose de oficio las costas devengadas en la alzada.

**SEGUNDO.-** El primer motivo del recurso se formula al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida de los arts. 29 y 16 CP.

Considera que su participación en los hechos fue accesorio, no esencial, por lo que debió ser condenado como cómplice. Expone que su intervención fue como peón, siendo su función exclusivamente la de descargar los distintos fardos desde la embarcación a tierra, sin que conste su participación en ninguna otra fase de la ejecución del delito. Tampoco que forme parte de la organización o personas que ordenaban o ejecutaban el delito, siendo su colaboración prescindible para la realización y culminación del alijo.

Estima también que los hechos no pudieron consumarse, ya que en el momento en el que se estaba llevando a cabo la descarga de los fardos, agentes de Vigilancia Aduanera de Almería intervinieron y procedieron a su detención, por lo que el delito debe considerarse cometido en grado de tentativa. Añade que la operación



ilícita estaba abocada al fracaso, ya que se localizó la embarcación a las 01:30 horas del día 24 de marzo, momento en que se comunicó el hecho al resto del operativo, personal de tierra, que se encuentra en la zona, siendo a las 04:45 horas cuando la embarcación se dirigió a la playa, donde ya se encontraba el operativo que intervino, que tenía un conocimiento anticipado de lo que iba a ocurrir, desplegándose previamente para evitar la comisión del delito.

En su impugnación, el recurrente reproduce el recurso de apelación contra la sentencia de la Audiencia Provincial formalizado ante el Tribunal Superior de Justicia, prescindiendo por completo de la fundamentación de la resolución que se recurre que, ni se menciona, ni se rebate.

En consecuencia, y como quiera que el recurso solamente cuestiona los argumentos jurídicos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y prescinde por completo de rebatir los fundamentos de la sentencia de apelación, que es la resolución contra la que procede el recurso de casación, debería rechazarse a limine el recurso por falta absoluta de fundamento de conformidad con lo dispuesto en el art. 885 LECrim, sin necesidad de analizar en profundidad los motivos del recurso por tratarse, como decíamos, de una mera reproducción del contenido en el recurso de apelación que ha tenido una adecuada respuesta en la sentencia de apelación.

Ello no obstante conforme al principio pro actione, que inspira todas las manifestaciones del art. 24.1 CE de manera que debe adoptarse la interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, procedemos a examen de los motivos que soportan el recurso.

**TERCERO.-** La doctrina mayoritaria de esta Sala, salvo excepcionales desviaciones, ha calificado la realización de un alijo (descarga de droga y traslado de la misma a buen recaudo) como autoría.

Conforme señalábamos, entre otras muchas en la sentencia núm. 530/2020, de 21 de octubre, "existe cierta dificultad para apreciar la complicidad en el delito de tráfico de drogas del art. 368 CP 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).

La sentencia de esta Sala 312/2007 de 20 de abril, citada por la STS nº 767/2009, de 16 de julio, enumera "ad exemplum" diversos casos calificados de complicidad: a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores. b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro posea. c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas ( STS. 15.10.98). En el mismo sentido STS. 28.1.2000. d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación ( STS. 10.7.2001). e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga ( STS. 25.2.2003). f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga ( STS. 23.1.2003). g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico ( STS. 7.3.2003). h) colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma, ( STS. 30.3.2004).

En el idéntico sentido se expresan las sentencias núm. 87/2020, de 3 de marzo; 530/2020, de 21 de octubre; o 716/2022, de 13 de julio entre otras muchas)

En el supuesto sometido a consideración, atendiendo al relato de hechos probados, en atención al motivo empleado, en el mismo se describe que "El día 24 de marzo de 2021, sobre las 04:00 horas de la madrugada, Carlos Miguel en compañía de otras personas que no han podido ser identificadas, acudió a la playa situada a poniente de la Punta de Río de la localidad de Adra, con la intención de proceder a recibir e introducir en un vehículo, para su posterior distribución distintos fardos de cannabis que procedían del extranjero, y que se introdujeron por ese punto en territorio español, por medio de una embarcación.

De este modo, una vez la embarcación semirígida provista de potentes motores, toco las costas españolas, procedió a descargar fardos de arpillera que contenía en su interior cannabis y que fue colocando en el interior



de una furgoneta, marca Renault, modelo, Master, matrícula ....NDW , con el logotipo de la empresa Cristalería y Montajes Ibáñez S.L.

En el momento en que se, estaba produciendo la descarga, como consecuencia de la localización y seguimiento previo del rumbo de la embarcación, intervinieron varias dotaciones de Vigilancia Aduanera, lo que provocó que el acusado tratase de darse a la fuga, dejando parte de la carga en la furgoneta y otra parte aún sin introducir en la misma, siendo interceptado por los agentes, que no pudieron sin embargo interceptar la embarcación (...).

Conforme a la doctrina de esta Sala expuesta en el anterior apartado, no puede negarse la relevancia del aporte causal llevado a cabo por el recurrente. Descargar la droga de una embarcación a la playa y cargarla en un vehículo para transportarla a otro lugar constituye una aportación esencial.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 87/2020, de 3 de marzo, "(...) la importancia de la mano de obra para descargar llega al punto de considerar que de no haber concurrido con antelación las personas concertadas para esta labor o si después de acudir al lugar, deciden no participar en el alijo, el transporte de la droga no se hubiera producido (teoría de la *condictio sine qua non*); luego, también tienen dichas personas, junto con los responsables del transporte y las personas para las que trabajan, una corresponsabilidad o condominio del hecho (dominio funcional del hecho). Tampoco es fácil contratar personas discretas que por poco dinero estén dispuestas a alijar la droga (teoría de los bienes escasos)".

Pero es que, además, en nuestro caso, el recurrente no se limitó a la descarga de los fardos de hachís que habían llegado a la playa en una embarcación, sino que, como expresa el hecho probado, el mismo acudió al citado lugar "con la intención de proceder a recibir e introducir en un vehículo, para su posterior distribución distintos fardos de cannabis".

A la vista de tales hechos difícilmente puede considerarse la conducta del recurrente como ocasional o accesorio. El acusado no solo acudió a la playa para descargar la sustancia, sino para recibirla e introducirla en un vehículo para su posterior distribución.

En definitiva, la participación del recurrente prestando su cooperación voluntaria para el éxito del plan resultaba esencial y necesaria para la ejecución del delito, debiendo rechazarse por ello su participación como cómplice.

**CUARTO.-** Tampoco puede entenderse los hechos ejecutados en grado de tentativa.

La sentencia de esta Sala núm. 802/2014, de 24 de noviembre, expone el criterio reiterado de este Tribunal en torno a la apreciación de formas imperfectas de ejecución en relación con los delitos contra la salud pública señalando que el previsto en el art. 368 CP "... se trata de un tipo penal desmesuradamente amplio, abierto, que llega a abarcar el ciclo de la droga en todas sus facetas, que empieza con los actos de cultivo y termina con la posesión con fines de difusión. De ahí que su configuración como delito de peligro abstracto, no de resultado, dificulte sobremanera la apreciación del delito en grado de tentativa, en la medida en que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (cfr. SSTS 195/2014, 3 de marzo; 766/2008, 27 de noviembre, 658/2008, 24 de octubre y 1265/2002, 1 de julio, entre otras muchas)".

En consonancia con ella, en la sentencia núm. 682/2019, de 28 de enero, decíamos que algunos precedentes jurisprudenciales que catalogan como delito relativamente imposible el supuesto de entregas vigiladas de droga ( STS 935/2016, de 15 de diciembre entre muchas) se caracterizan porque la intervención del partícipe comienza cuando ya se ha producido la incautación de la sustancia. Señalábamos sin embargo que "Cuando su actuación -material o no- se sitúa en un momento anterior, decae la construcción de la tentativa inidónea. Y es que, aunque el destinatario no llegue a tener la disponibilidad pacífica de la sustancia remitida como consecuencia de la intervención policial que despliega un dispositivo de entrega vigilada, el delito ha de reputarse consumado cuando se constata un acuerdo previo, lo que aquí se decía claramente del *factum*."

La jurisprudencia encuadra en la consumación los envíos de droga abortados policialmente cuando con carácter previo el receptor estaba ya concertado: la connivencia gestada antes de la intervención policial es por sí sola actividad de facilitación o promoción de la circulación y ulterior y consiguiente consumo ilegal de sustancias estupefacientes. Por tanto su protagonista conjuga en primera persona los verbos típicos. Quien se presta a recibir la droga, si no es inductor o coautor, será, al menos, cooperador necesario de un delito



consumado desde el mismo instante en que la sustancia se pone en circulación ( SSTS 919/2006 de 4 de octubre ó 725/2015, de 17 de noviembre).

El art. 368 CP no contempla como única acción típica la posesión de drogas para promover su consumo ilegal por terceros. Son también actividades que colman las exigencias típicas las de "promover", "favorecer" o "facilitar" de cualquier modo ese consumo ilegal. Quien se concierta con terceros para recibir droga o se compromete a brindar su colaboración, desde que sus "compañeros" de operación acceden a la sustancia con tales fines participa en una actividad de promoción del consumo ilegal de drogas tóxicas. La promesa de participación en el delito, convertirá en responsable de toda la actividad al partícipe, aunque su colaboración no haya podido llevarse a cabo con plenitud. ( Sentencias de 21 de marzo de 1993, 17 de mayo de 1993 ó 824/1998, de 17 de octubre: "los actos posteriores que han sido concertados o convenidos previamente o al tiempo de la ejecución del delito, aunque materialmente se produzcan ex post son reprochables ex ante").

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias núm. 855/2022, de 28 de octubre y 332/2022, de 31 de marzo.

Al igual que en aquel caso, en el supuesto ahora examinado, el recurrente acudió a la playa "con intención de proceder a recibir e introducir en un vehículo, para su posterior distribución, distintos fardos de cannabis". De esta forma, el hecho probado describe una actuación conjunta y previamente concertada con los ocupantes de la lancha para recoger la droga y proceder a su transporte y ulterior distribución.

Como expresábamos en aquélla sentencia, el hecho de que las pretensiones del acusado se vieran frustradas como consecuencia de la actuación policial no determina la calificación de su conducta como intentada "al no ser la detentación o posesión de la droga absolutamente precisa para la consumación del delito, habida cuenta de la amplitud del tipo penal, que, junto a los supuestos de posesión, cultivo, elaboración o tráfico de este tipo de sustancias, define como igualmente típicas las conductas consistentes en la promoción, favorecimiento o facilitación, de cualquier otro modo, del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas".

Conforme a lo expuesto, procede la desestimación del motivo.

**QUINTO.-** El segundo motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por falta de motivación de la pena e indebida aplicación de los arts. 66 a 68 CP, en relación con el art. 368, y al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del art. 14 CE.

Argumenta que su función se limitó a la de descarga de los fardos que traía la embarcación a la playa, sin que conste su participación en ninguna otra fase de ejecución del delito. Indica que no ha quedado probado que formara parte de la organización o de las personas que ordenaron o ejecutaron del delito en su conjunto.

Señala también que, a la vista de su escasa contribución, e incluso el grado de ejecución del delito, en grado de tentativa, toda vez que fue interceptado por los agentes, entiende que no resulta procedente la pena impuesta.

Conforme a tales razonamientos considera que se han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa, al no haberse señalado las razones que han llevado a imponerle unas penas que no resultan proporcionadas atendiendo a sus circunstancias personales.

1. En orden a la motivación de la pena, esta Sala ha recordado con reiteración (sentencia núm. 241/2017, de 5 de abril) la "conveniencia de una motivación sobre el particular, explicitando las razones que hayan presidido la solución aceptada" ( sentencias de 5 de diciembre de 1991 y 26 de abril de 1995, entre otras), porque, como dice la Sentencia de esta Sala, de 21 de junio de 1999, la facultad de individualizar la pena dentro del marco legalmente determinado esta jurídicamente vinculada por los criterios de gravedad del hecho y personalidad del delincuente y afectan en supuestos como el presente a un derecho fundamental de contenido sustancial, el derecho a la libertad personal del recurrente que constituye, además, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico".

Como expresábamos en la sentencia núm. 172/2018, de 11 de abril, "(...) la legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero ésta racionalmente ha de venir fijada por el legislador dentro de unos límites más o menos amplios, dentro de los cuales "el justo equilibrio de ponderación judicial" actuará como límite calificador de los hechos, jurídica y socialmente, es decir, el arbitrio judicial es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional y según ello, el uso que de él se haga, subiendo o bajando las penas o recorriendo la extensión de cada grado es algo que sólo al Juzgador de instancia compete.

Ciertamente el uso de arbitrio ha de ser prudente y racional, siendo preciso que nazca del ponderado examen de las circunstancias referidas a los hechos y a los culpables de los mismos, fijadas en cada caso, lo cual además deberá quedar consagrado en la sentencia. Otra cosa convierte al arbitrio su arbitrariedad pues el uso de tal preciada facultad, al no hacer de la medida su razón, la convierte en irracional, desmesurado o



desproporcionado, lo que es sinónimo de injusto, adjetivo que debe estar siempre ausente de las actuaciones judiciales. (...)

En consonancia con lo anterior, en relación a la motivación de las penas están Sala tiene establecido, SSTS 93/2012 de 16 febrero, 17/2017 de 20 enero, 826/2017 del 14 diciembre, 49/2018 de 30 enero, que el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el aspecto concreto de la motivación de la sentencia, exige un explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida.

En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la STC 21/2008 de 31 enero :  
"....Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. – conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional– resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de Abril).

(...)

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional ( SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado ( STS de 18-6-2007, nº 599/2007), que aun habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer".

En idéntico sentido se pronuncian las sentencias núm. 942/2021, de 1 de diciembre y 503/2013, de 19 de junio.

2. El recurrente sustenta su queja nuevamente en la consideración de que los hechos se ejecutaron en grado de tentativa y su actuación fue la de mero cómplice. Tales cuestiones han sido rechazadas conforme a lo expresado en los fundamentos anteriores a los cuales expresamente nos remitimos.

Ello no obstante, como señalábamos en la sentencia núm. 942/2021, de 1 de diciembre, con referencia expresa a la sentencia núm. 87/2020, 3 de marzo, la cualidad de descargador o peón del acusado, debe tener repercusión en la individualización penológica, ya que "resulta necesario distinguir entre el papel desempeñado por quienes aparecen como organizadores de la operación, o en unos niveles superiores y aquellos cuyo aporte se mueve en un estadio muy secundario: descargadores, vigilantes, si duda la conducta de quienes realizan las primeras.

Como decíamos en la sentencia 503/2013, de 19 de junio "La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer"



En nuestro caso, según dispone el art. 370 CP debe ser impuesta la pena superior a la señalada en el art. 368 CP (1 a 3 años), en uno (3 años y 1 día a 4 años y 6 meses) o dos grados (4 años, 6 meses y 1 día a 6 años y 9 meses).

La aplicación de este precepto impide hacer uso de la facultad que el art. 368.2 CP concede al Tribunal.

La Audiencia elevó la pena de prisión señalada por el art. 368.1 CP en un solo grado, y, dentro de éste, la impuso en su extensión máxima de 4 años y 6 meses. Las dos penas de multa fueron impuestas en extensión muy cercana al mínimo.

El Tribunal justificó la imposición de tales penas atendiendo únicamente a las características de la embarcación utilizada ("con potentes motores") y a la cantidad de sustancia intervenida (1.241, 84 kilos de resina de hachís). El Tribunal Superior de Justicia confirmó tal apreciación.

Ello no obstante, no han sido valoradas otras circunstancias que concurren en el supuesto de autos.

En consonancia con lo expresado en el apartado anterior, la gravedad del delito, que viene determinada por el uso de la embarcación y la cantidad de sustancia aprehendida, ya ha sido tomada en consideración por el Legislador para fijar la naturaleza y extensión de la pena que corresponde imponer. En concreto, ha merecido la aplicación de los tipos agravados contemplados en los arts. 369.5 y 370 CP

A salvo de las características de la lancha utilizada y cantidad de sustancia intervenida, ninguna otra circunstancia se ha puesto de manifiesto por el Tribunal que justifique la imposición de la pena de prisión en la extensión indicada. No ocurre lo mismo con las penas de multa que han sido impuestas en extensión muy próxima al mínimo legal.

Conforme se refleja en el apartado de hechos probados, la función del recurrente se concretó en la descarga de la sustancia transportada en la lancha y su introducción en la furgoneta donde iba a ser transportada. Ninguna relación con esta última ha sido apreciada por la Audiencia, la que por ello ha procedido a absolver al Sr. Carlos Miguel de los delitos de falsedad documental y receptación de los que también había sido acusado.

Además, el acusado carece de antecedentes penales y, ni en el apartado de hechos probados y fundamentación jurídica de la sentencia, se expresa dato o circunstancia alguna, subjetiva u objetiva, que pudieran permitir a esta Sala suplir o completar la motivación omitida.

En consecuencia, procede estimar el recurso y en la segunda sentencia imponer en el mínimo legal la pena de prisión señalada a la infracción por la que el recurrente resulta condenado, lo que no precisa motivación alguna por ser la pena mínima y no aparecer causa que aconseje exasperar tal pena más allá de su límite mínimo.

**SEXTO.-** La estimación en parte del recurso formulado por D. Carlos Miguel conlleva a declarar de oficio las costas de su recurso. Todo ello de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim.

## FALLO

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

**1) Estimaren parte** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **D. Carlos Miguel**, contra la sentencia núm. 196/2022, de 14 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso de Apelación núm. 92/2022, en la causa seguida por un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud y en su virtud **casamos y anulamos** parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

**2) Declarar** de oficio las costas ocasionadas en el presente recurso formulado por D. Carlos Miguel.

**3) Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta** a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10567/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz





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. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 9 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto la causa con origen en las diligencias de Procedimiento Abreviado núm. 29/2021, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Berja, seguida por un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud contra el hoy recurrente en casación D. Carlos Miguel, provisto de pasaporte núm. NUM000, nacido en Nadar (Marruecos) el NUM001 de 1991, hijo de Baltasar y Lidia, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería dictó sentencia condenatoria núm. 475/2021, el 3 de diciembre, que fue confirmada por sentencia núm. 196/2022, de 14 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Granada, en el Recurso de Apelación núm. 92/2022 que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior sentencia de casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

**SEGUNDO.-** Conforme a los razonamientos expresados en el quinto fundamento jurídico de los de la resolución que precede, procede imponer al recurrente la pena de prisión en extensión de tres años y un día.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso.

#### FALLO

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

**1) Fijar** la extensión de la pena de prisión impuesta a D. Carlos Miguel en tres años y un día.

**2) Confirmar**, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 196/2022, de 14 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

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

Así se acuerda y firma.