



Roj: **STS 900/2022 - ECLI:ES:TS:2022:900**

Id Cendoj: **28079120012022100196**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2022**

Nº de Recurso: **1804/2020**

Nº de Resolución: **211/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Comunidad Valenciana, 10-03-2020,
STS 900/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 211/2022

Fecha de sentencia: 09/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1804/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1804/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 211/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet





D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 9 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Landelino**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 10 de marzo de 2020, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de indicado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 9 de diciembre de 2019, que le condenó por delito de tráfico de drogas. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Andrea de Dorremochea Guiot y bajo la dirección Letrada de D. Manuel Montaña Monge.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Valencia incoó Procedimiento Abreviado con el nº 1024/18 contra Landelino, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, que con fecha 9 de diciembre de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- El día 4 de junio de 2018 sobre las 12:23 horas Landelino, mayor de edad y ejecutoriamente condenado, entre otras, a la pena de 1 año de prisión por un delito contra la salud pública por sentencia dictada el 7/01/2014, en procedimiento de juicio rápido seguido ante el Juzgado de lo Penal nº 1 de Algeciras, sustituida el mismo día por Multa que quedó cumplida el 15/02/2016 y archivada la ejecutoria el 27/02/2017, cuando venía dedicándose a la venta a terceros de sustancias estupefacientes denominadas "cocaína y hachís" fue sorprendido por agentes del cuerpo nacional de policía, en el tren Talgo Barcelona- Sevilla Santa Justa, portando una sustancia que tras sometida análisis resultó ser cocaína, con un peso de 2,3 gramos y una pureza del 81% y una placa de sustancia, que al ser analizada, resultó ser hachís, con un peso de 83,61 gramos y una pureza de 31%, así como 2050 euros, procedentes de dicho tráfico ilícito. Las sustancias intervenidas hubieran alcanzado un valor en el mercado ilícito tasado en 610 euros. El acusado se encuentra diagnosticado de un Trastorno de Personalidad hipercinético disocial y trastorno mental grave, con déficit de control de impulsos que le ocasiona ansiedad y trastornos del sueño. Reacio a la medicación por sus efectos secundarios es consumidor diariamente de thc como forma de conciliar el sueño y relajarse, no consta que dicho consumo afecte a sus facultades intelectivas o volitivas de forma relevante".

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

"PRIMERO: CONDENAR a Landelino como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de Tráfico de drogas grave daño a la salud. SEGUNDO: Apreciar las circunstancias modificativas de la responsabilidad de agravante de reincidencia y atenuante analógica de drogadicción. TERCERO: Imponerle por tal motivo a Landelino la pena de tres años de prisión y multa de 1220 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de treinta días. CUARTO: Imponerle el pago de las costas procesales. Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone, abonamos al condenado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa si no lo tuviere/n absorbido por otras. Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, a preparar ante esta Sección en el término de diez días a contar desde su notificación".

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del acusado Landelino ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que con fecha 10 de marzo de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto Landelino representado por la Procuradora D^a. INMACULADA RUBIO ESCOLANO, y defendido por el Letrado D. MANUEL MONTAÑO MONGE, contra la Sentencia Nº 641/2019, de fecha 9 de diciembre, dictada por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Valencia, en su procedimiento abreviado Nº 50/2019, dimanante del procedimiento abreviado seguido ante el Juzgado de Instrucción Nº 7 de Valencia con el número 1024/2018 SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, imponiendo, de existir, el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante. Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y



una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Landelino**, 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.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Landelino**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 850.1 de la LECrim., por quebrantamiento de forma, encuentra su fundamento legal en lo normado y previsto en el artículo 24.2 C.E., por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba, causando a esta parte evidente indefensión, ante la indebida denegación de prueba pertinente y necesaria propuesta por la defensa. Vulneración de lo previsto en el art. 24.2 C.E. El Tribunal de apelación incurre en falta de racionalidad y motivación al denegar la solicitud de práctica de prueba en segunda instancia.

Segundo.- Formulado al amparo del artículo 852 de la LECrim., se encuentra en lo normado y previsto en el artículo 24.2 CE, vulneración del principio de presunción de inocencia y del principio "in dubio pro reo", e indebida aplicación de precepto penal sustantivo, concretamente de los arts. 368.1 del C. Penal vigente a la fecha de los hechos.

Tercero.- El fundamento legal del presente motivo se encuentra en lo normado y previsto en el artículo art. 849 de la LECrim, en relación a la vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo, siendo éste el apartado 2 del artículo 368 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos.

Cuarto.- El fundamento legal del presente motivo se encuentra igualmente en lo normado y previsto en el artículo art. 849 de la LECrim, en relación a la vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo, siendo concretamente éstos los artículos 20.1, 21.1, 21.2 y 21.7 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos.

Quinto.- El fundamento legal del presente motivo también se encuentra en lo normado y previsto en el artículo art. 849 de la LECrim, en relación a la vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo, siendo éstos el Art. 22.8 del Código Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 8 de marzo de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por Landelino contra la sentencia nº 59/2020 de 10 de Marzo de 2020 de la Sala Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana.

Hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de



apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art. 850.1 LECr., quebrantamiento de forma por vulneración del art. 24 CE por indebida denegación de prueba pertinente y necesaria, y por falta de motivación y racionalidad al denegar la prueba en segunda instancia.

Plantea el recurrente la nulidad con nueva celebración del juicio oral, debido a la denegación indebida, en primera y segunda instancia, de la prueba propuesta en tiempo y forma, pertinente, posible y necesaria. Se refiere a su solicitud como prueba anticipada, de informes del forense, sobre las anomalías síquicas del acusado y sobre el consumo de estupefacientes e influencia de su adicción en sus capacidades intelectivas y volitivas.

Ante ello hay que señalar que no puede alegarse como razón para postular ahora la nulidad del juicio que el letrado del recurrente asumió la defensa cuando ya había transcurrido el momento de presentación del escrito de defensa y que propuso más tarde y después del momento para hacerlo una prueba consistente en que *como prueba anticipada y urgente PERICIAL consistente en que con carácter previo a la vista del juicio oral (señalado para el próximo día 05/12/2019), y previo examen del acusado a la mayor brevedad posible y de la documental necesaria, se emita INFORME POR PARTE DEL MÉDICO FORENSE, a los efectos de determinar y concretar las anomalías o alteraciones psíquicas que padece el Sr. Landelino; así como que se pronuncie sobre si el acusado puede o no ser imputado penalmente como consecuencia de dichos padecimientos (Informe de inimputabilidad).*

Ante ello, hay que señalar que nada impedía al recurrente el haber presentado el informe de parte que postulaba como pericial por reconocimiento del acusado y aportarlo al inicio del juicio por la vía del art. 786.2 LECRIM, al igual que llevar al testigo que interesaba del que se conocía el domicilio, como es sabido que puede hacer la parte una vez no ha propuesto prueba en legal plazo, como en este caso ha ocurrido, pudiendo hacerlo en el acto del juicio oral, pero llevando informes, documentos y testigos la parte, no postulando que se practiquen diligencias por el tribunal de enjuiciamiento una vez se ha omitido llevarlo a cabo en la fase de instrucción. Y, es más, no habiéndolo hecho en el escrito de defensa, no sirviendo de excusa que hubo un cambio de letrado, ya que éste no adquiere un "estatus procesal" nuevo en el procedimiento judicial mediante una especie de derecho nuevo a proponer pruebas que sean practicadas por el tribunal por un cambio de letrado cuando el



anterior no lo llevó a cabo. El cambio de letrado no reabre, pues, una "nueva oportunidad" al letrado de nueva designación, sino que debe seguir la causa en el estado en el que se hallare.

El TSJ señaló ante esta alegación que "No existe dato objetivo, indicio o manifestación alguna que corrobore la alegación de la defensa del recurrente sobre que su alteración de la personalidad y consumo de hachís influyera en su forma de conducirse en el momento de los hechos. En todo caso, como aprecia la sentencia, concurre una atenuante por analogía, que dio lugar a que las penas impuestas por el Tribunal lo sean en el mínimo de su extensión."

Pero es que la clave ante el rechazo de la prueba la dio el tribunal de instancia cuando ante el planteamiento de esta prueba señaló que:

"Reproducida en el acto de juicio por el letrado, el Ministerio Fiscal se opuso en el acto de vista y el Tribunal rechazó la petición amparándose en que la prueba solicitada, pocos días antes de la celebración del juicio, resultaba extemporánea, puesto que no se pidió en el escrito de defensa -ni siquiera se presentó el mismo-, *ni tampoco en el momento de su detención se solicitó el reconocimiento médico forense, al contrario, este fue rechazado en ese momento inicial, como consta al folio 22 de las actuaciones; siendo este precisamente el momento hábil para determinar cuál era su estado en el momento de la comisión de los hechos que están siendo enjuiciados*, siendo además que ha transcurrido exactamente dieciocho meses del momento de su detención y durante este periodo ha perdido utilidad la prueba solicitada, resultando evidente, por otro lado; de la propia documentación médica donde constan los eventuales diagnósticos que se le han realizado desde su primera atención en el año 2007, que estos no son susceptibles de anular la capacidad de intelectual y cognitiva del acusado, que conserva de modo evidente tal como se expondrá a continuación."

A ello se añade que:

"Debemos partir de que de la documentación presentada por el acusado, únicamente podemos establecer que el mismo es un consumidor de hachís, pero no consta en ninguno de ellos que padezca una adicción grave o que su dependencia haya influido en su capacidad volitiva o cognitiva; más bien padece un trastorno de personalidad -desde niño- que está bien descrito en la documentación, como una forma de proceder impulsiva, con nula adherencia a las normas, conflictos sociales y familiares, comisión de delitos violentos en el ámbito de pareja, familiar, problemas con la autoridad.

Se observa bien de la lectura del historial médico aportado que el mismo desde la infancia sufre una personalidad desadaptada, impulsiva, con tendencia a aislarse socialmente, desobediencia a las normas, respuestas violentas, susceptibilidad marcada, falta de asunción de responsabilidad, y que viene acudiendo a la Unidad de Salud Mental acompañado de su madre, después de su padre, cuando tuvo una orden de alejamiento de aquella, conflictos con sus hermanos y con más familiares (se menciona un tío) adoptando sus padres generalmente adoptan una posición en línea de justificación. Se niega a tomar medicación y cuando va a la USM lo hace normalmente para obtener ayuda por sus problemas con la justicia ("pendiente de juicio tras una pelea" "problemática judicial ha sido detenido cuando transportaba droga" "tiene una orden de alejamiento de su madre" "su pareja lo ha dejado, y ha solicitado una orden de alejamiento" sic. folios ya citados). En definitiva, no presenta una patología mental de la que haya estado diagnosticado, sino más bien se trata de un trastorno mental o personalidad que unido a un consumo abusivo de hachís, permite exclusivamente aplicarle una atenuante analógica por la vía del artículo 21.7 en relación con el artículo 21.2 del Código Penal, ya que sin ser la adicción grave junto a su personalidad muy problemática supone una dificultad de adaptación que le lleva a presentar esa conducta".

Con ello, resulta inviable aceptar la petición de nulidad que se postula por quebrantamiento de forma en afectación al art. 24 CE, ya que se le ha reconocido la pretensión alegada como atenuante analógica, pero no es posible extenderla a una pretendida eximente del art. 20.1 o 2 CP, o como incompleta, que exige que la afectación se refiera al momento de los hechos, lo que resultaba inviable al momento en que se formula la petición, ya que como se argumenta por el tribunal resultaba inviable ante el momento de la petición la articulación de la misma con un objetivo que exige la afectación "al momento de los hechos".

Por otro lado, al momento de efectuar la proposición de prueba anticipada, y habiendo podido aportarla ex art. 786.2 LECRIM la parte al inicio del juicio, no lo hizo. Lo que plantea es que en momentos cercanos al juicio se lleve a cabo una diligencia de instrucción, pero, - y esto es importante- mucho tiempo después de los hechos, lo que evidenciaba el carácter de no pertinente y necesario de la prueba anticipada que proponía, atendidas las circunstancias que, en todo caso, hubiera llevado la petición de querer aplicar una eximente que exige la doble afectación de la *doble causa biopatológica y un efecto psicológico para su apreciación*.

Sobre la denegación de prueba, la sentencia de esta Sala 160/2016, de 1 de Marzo relaciona este motivo con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa reconocido en el art. 24.2 CE.



Se recogen así una serie de presupuestos básicos para la admisión de este motivo dentro del art. 850.1 LECRIM. Y, así, la doctrina constitucional sobre el derecho a la prueba, que inspira la jurisprudencia de esta Sala acerca de esta materia, se halla recogida, entre otros numerosos precedentes, en la STC 121/2009, 18 de mayo.

Recuerda el Tribunal Constitucional que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal en cuya vulneración, para que tenga relevancia constitucional según nuestra doctrina, han de concurrir varias circunstancias.

1.- El recurrente ha de haber respetado las reglas procesales de tiempo, lugar y forma de su proposición, pues en caso contrario no podrá considerarse menoscabado este derecho "cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, STC 133/2003, 30 de junio, FJ 3 a)" (STC 86/2008, de 21 de julio, FJ 3.a; en el mismo sentido también SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; 190/1997, de 10 de noviembre, FJ 2; 52/1998, de 3 de marzo, FJ 2.a; 131/2003, de 30 de junio, FJ 3.b, y 121/2004, de 12 de julio, FJ 2.b).

La prueba denegada habrá de ser pedida en tiempo y forma en el escrito de calificación correspondiente (conclusiones provisionales, acusación o defensa) y reiterar su petición al momento de iniciar el juicio oral en el momento de las cuestiones previas, nunca después, ya que es preclusivo.

2.- La denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial, por haberse inadmitido, por ejemplo, pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5, por todas)" de tal manera que "la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa ... (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 219/1998, de 27 de enero, FJ 3)": STC 190/2006, de 19 de junio, FJ 5; y en el mismo sentido, entre otras, SSTC 165/2004, de 4 de octubre, FJ 3.b; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 152/2007, de 18 de junio, FJ 2.

3.- La pertinencia de la prueba propuesta. Relacionada con el objeto del proceso y útil, con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos, exigiéndose para que proceda la suspensión que sea necesaria, oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias, habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio para valorar y decidir la improcedencia o procedencia de la prueba cuya admisión se cuestiona.

Así, dos elementos han de ser valorados a este respecto:

a.- La pertinencia

Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi" (vid. STC. 51/1981, de 10 de abril).

b.- La relevancia de la prueba propuesta.

En cuanto a la relevancia del medio probatorio ha de distinguirse entre la relevancia formal y la material -que es la verdaderamente trascendente- y que debe apreciarse cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta (vid. TC. SS. 116/1983, de 7 de diciembre 51/1985, de 10 de abril; y 45/1990, de 15 de marzo).

4.- Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa.

Con ello, la ampliación de un reconocimiento que operara en mayor medida en el juego de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal, a fin de alcanzar una eximente completa o incompleta en la influencia en la psique del recurrente y en su capacidad de actuar era imposible ante las exigencias temporales del art. 20.1 y 2 CP no acreditadas en modo alguno y ante la situación del procedimiento y la conducta del condenado recurrente cuando todo ello pudo hacerse, habiéndose reconocido esta afectación, de todos modos, en base a la documental aportada a la causa como atenuante, como así se apreció por el tribunal.

Así, se tuvo en cuenta, a la vista de la documentación aportada (Informes de la Unidad de Salud Mental del Hospital Universitario de Puerto Real), lo que luego reclamó, sin que la prueba practicada mucho tiempo después, fuera ya apta para acreditar el estado del acusado al tiempo de los hechos, sobre todo porque de lo aportado se desprendía solamente un déficit de control de impulsos con un consumo de hachís para dormir, faltando el más mínimo dato objetivo de la existencia de una base fáctica que permitiera pasar de la atenuante a una eximente, por ausencia absoluta de imputabilidad, tal y como se pretende.

El motivo se desestima.



TERCERO.- 2.- Al amparo del Art. 852 LECr., vulneración de la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo, así como indebida aplicación del art. 368 CP.

Sostiene el recurrente que nos encontramos en un supuesto de autoconsumo impune, sin que se hubiera practicado prueba de cargo suficiente sobre la preordenación al tráfico de la droga ocupada, razón por la que se vulneró el art. 24.2 CE. Y añade que se propone una nueva valoración de la prueba insistiendo en su condición de consumidor de cocaína, y no solo de hachís.

Pues bien, frente al alegato del recurrente, y como ya hemos expuesto en el FD nº 1 de la presente resolución, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y con ello no se vulnera la presunción de inocencia, sino que entra en el proceso de valoración del Tribunal, que, presidido por la inmediatez, opta por las pruebas que le llevan a su convicción en su proceso valorativo. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba.

Así, frente al recurso de casación hay que tener en cuenta que a la hora de plantear ante esta Sala la casación postulando la vía de la presunción de inocencia no puede articularse el motivo en relación a una "revaloración" de la prueba por tercera vez, y solicitando del Tribunal Supremo que lleve a cabo un reexamen nuevo de la valoración de la prueba que ya efectuaron tanto el tribunal de instancia, como el de apelación por el TSJ ante el planteamiento de este mismo motivo y el análisis por este de la racionalidad en la valoración de la prueba por el de instancia.

Suele plantearse con frecuencia el alegato del motivo por la vía de la presunción de inocencia ante esta Sala postulando esta vía como "una tercera ocasión" de suscitarle al tribunal cómo entiende la parte recurrente que se debió valorar a su juicio la prueba, y ofreciendo al Tribunal de casación su interpretación personal de cuál fue el resultado de la práctica de la prueba y cuál debió ser, también, la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia.

Sin embargo, debemos hacer notar que esto es lo propio de la fase de informe del juicio oral en la que se lleva a cabo la exposición de la parte acerca de cuál es el enfoque que debe darse a la práctica de la prueba que se ha llevado a cabo ante el tribunal que con inmediatez observó el desarrollo de la prueba en el juicio.

Debemos recordar que la doctrina en este punto recuerda la referencia al derecho anglosajón en este terreno haciendo mención a la denominada carga de producción probatoria (Production burdens on prosecution case) en cabeza del acusador, el criterio de persuasión probatorio exigido al acusador (beyond reasonable doubt) y la posible intervención del acusado con asesoramiento lo que se conoce en los documentos históricos con la famosa frase se lo dejo a mi defensa (I leave to my counsel).

En este terreno, la doctrina señala que en cuanto a la carga de la prueba debe existir una doble comprensión:

- 1.- Por una parte, la carga de la persuasión (persuasive burden o legal burden), entendida como la obligación impuesta a una parte por una disposición legal de probar un hecho controvertido;
- 2.- Por otra parte, la carga de la evidencia (evidential burden), entendida como la obligación de una parte de aportar prueba suficiente de un hecho controvertido ante el tribunal de los hechos.

Porque en este terreno de la presunción de inocencia sobre el que el recurrente formula ahora su motivo debe tenerse en cuenta que es el acusador el que debe construir su tesis acusatoria basada en la prueba de cargo que debe analizar el tribunal efectuando el juicio comparativo con la de descargo de la defensa, aunque sin las exigencias de ésta última, obviamente, de probar su inocencia, sino de ofrecer, también, las pruebas que contradicen y tienen como objetivo ofrecer la duda al tribunal acerca de la tesis de la acusación, o destruyendo las pruebas.

Nótese que en esto último consiste la tesis del conraindicio que puede oponer la defensa a los indicios plurales que puede ir ofreciendo y relatando la acusación para, con ello, ir destruyendo los indicios de ésta y apagar el requisito de la pluralidad de estos que se ha exigido la jurisprudencia para tratar de construir la acusación su prueba cuando carece de prueba directa y debe recurrir al proceso de la inferencia a la que reclama llegue el tribunal mediante el edificio construido de indicios que por su suma permitan llegar a la convicción de que los hechos sucedieron como plantea en su relato de hechos y no como señala la defensa. Pero en este caso los conraindicios no existen para desvirtuar los referidos por el Tribunal que le permitieron concluir la preordenación al tráfico de la droga hallada en su poder con el dinero que portaba obtenido del tráfico de sustancias estupefacientes.

Siguiendo con el alegato del recurrente en torno a la presunción de inocencia que se alega es preciso atender con la doctrina anglosajona en este terreno a lo que denominan en el terreno de la exigencia de cuánta prueba y de qué calidad, que no cantidad se debe exigir para tener por enervada la presunción de inocencia. Así, se apunta que la dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria, y tiene su equivalente en la expresión anglosajona *standard of proof* que, en palabras del Tribunal Supremo americano, tiene por finalidad "instruir al jurado sobre el grado de confianza que la sociedad piensa que debería tener en la certeza de las conclusiones de los hechos en una particular declaración" (In re Wip). Se cita también la expresión *proof leaving no doubt*, que podría ser traducida por prueba fuera de toda duda.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha declarado que para vencer la presunción de inocencia, recogida en el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la acusación debe practicar una prueba que esté más allá de toda duda razonable (STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegue y Jabardo vs. España).

Es evidente, así, y se ha expuesto, que la dosis de prueba es una medida subjetiva judicial, y que se plasma con la debida motivación de la sentencia en donde se lleva a cabo un desarrollo de la prueba que se ha tenido en cuenta por el tribunal para dictar sentencia, y que en el caso se condena en razón a que se entiende que se alcanza el grado de suficiencia y calidad de la prueba de cargo que no ha sido destruida por la de descargo expuesta por la defensa.

Hay que explicitar, pues, que los hechos probados fijados por el tribunal de instancia a tenor de la prueba practicada señalan que:

"El día 4 de junio de 2018 sobre las 12:23 horas Landelino , mayor de edad y ejecutoriamente condenado, entre otras, a la pena de 1 año de prisión por un delito contra la salud pública por sentencia dictada el 7/01/2014, en procedimiento de juicio rápido seguido ante el Juzgado de lo Penal nº 1 de Algeciras , sustituida el mismo día por Multa que quedó cumplida el 15/02/2016 y archivada la ejecutoria el 27/02/2017, cuando venía dedicándose a la venta a terceros de sustancias estupefacientes denominadas "cocaína y hachís" fue sorprendido por agentes del cuerpo nacional de policía, en el tren Talgo Barcelona- Sevilla Santa Justa, portando una sustancia que tras sometida análisis resultó ser cocaína, con un peso de 2,3 gramos y una pureza del 81% y una placa de sustancia, que al ser analizada, resultó ser hachís, con un peso de 83,61 gramos y una pureza de 31%, así como 2050 euros, procedentes de dicho tráfico ilícito.

Las sustancias intervenidas hubieran alcanzado un valor en el mercado ilícito tasado en 610 euros.

El acusado se encuentra diagnosticado de un Trastorno de Personalidad hiperkinético disocial y trastorno mental grave, con déficit de control de impulsos que le ocasiona ansiedad y trastornos del sueño. Reacio a la medicación por sus efectos secundarios es consumidor diariamente de thc como forma de conciliar el sueño y relajarse, no consta que dicho consumo afecte a sus facultades intelectivas o volitivas de forma relevante."

Pues bien, en este caso concreto la prueba concurrente se centra en que a tenor de la respuesta dada por el TSJ ante este motivo en sede de apelación:

"Observamos que la sentencia recurrida, a fin de llegar a la conclusión condenatoria por delito contra la salud pública en la modalidad de tenencia preordenada al tráfico, basa la condena en los siguientes elementos:

- *Relata el Policía Nacional que cuando realizaban una inspección ordinaria en el Talgo procedente de Barcelona con destino Cádiz, observaron como el acusado que portaba gorra ocultando su rostro, se hacía el dormido, al percatarse de la presencia policial. Le realizaron un cacheo y encontraron las sustancias que llevaba en un riñonera y un fajo de billetes. No es cierto que los entregara voluntariamente, sino que fueron hallados por las agentes, aunque tampoco consta que presentara una actitud resistente.*

- *El acusado además de hachís, portaba cocaína, sin que conste que fuera consumidor, es decir llevaba más de una sustancia estupefaciente, lo que viene a ser indicativo de tráfico.*

- *Llevaba encima más de dos mil euros aunque carece de medios de vida, lo que también se debe relacionar con el cobro por la venta o transporte de sustancias estupefacientes.*

- *Se encontraba en tránsito entre Barcelona y Cádiz sin que se acredite cual era la finalidad o duración de su viaje, ni porqué llevaba encima cantidades considerables de hachís cuando dice que volvía a su domicilio en Cádiz y la había comprado allí. - El acusado, que no desempeña actividad laboral alguna y ya fue condenado por delito contra la salud pública con anterior.*

- *En la documentación médica aportada en su descargo consta, folio 32 vuelto del rollo de sala, que el 19/12/2013 "Acude a urgencias, solicita un informe porque ha sido detenido cuando transportaba un kg. de cannabis."*



(iv) Las explicaciones de descargo carecen de virtualidad alguna para justificar la posesión de la droga y del dinero cuando se encontraba en tránsito. El acusado no sostiene un relato unidireccional y coherente, dijo que iba de viaje por motivos familiares algo poco preciso como que iba de vacaciones, que tenía familia en Cornellá, mencionando también a una novia. Ninguna prueba de todo ello acredita. Dice que 1.700 euros eran para dárselos a su madre de parte de una hermana de esta. Se aporta como acreditación de todo ello la fotocopia de un dni y un manuscrito que aparentemente se corresponde con el de una hermana de su madre, que carece de toda trascendencia probatoria.

Elementos que realmente, coincidiendo plenamente con la Audiencia, hemos de entender que valorados en su conjunto no puede llevarnos a mas conclusión que la sustancia que portaba estaba destinada a su venta o distribución a terceros. No negamos que de forma aislada y considerados de forma individual estos elementos no poseerían la fuerza suficiente para fundar un pronunciamiento condenatorio, mas no puede olvidarse que con arreglo a la doctrina expuesta es la valoración lógica y racional de ese cúmulo de elementos los que nos llevan a esta conclusión. La sustancia se valora en más de 600€, no constándole trabajo remunerado, ocupándole unos 2000 euros sin que acredite trabajo, puesto que ni consta la lícita procedencia del dinero, ni consta que el acusado haya percibido subsidio o prestación de desempleo, solo la alegación de que 1.700 euros eran para dárselos a su madre de parte de una hermana de esta, pero no llega a concretarse o justificarse mínimamente puesto que aporta un manuscrito que aparentemente se corresponde con el de una hermana de su madre, que carece de toda trascendencia probatoria al no haber comparecido la que suscribe a ratificarlo pese a que al amparo de lo dispuesto en el art 786.2 de la Lecrim pudo traerla al juicio para que prestase declaración. El relato del recurrente carece de relevancia por su inconcreción ya que de su declaración no puede concluirse ni la finalidad del viaje, ni el destino de la sustancia intervenida, ni el origen del dinero."

Hemos señalado en Sentencia del Tribunal Supremo 947/2007 de 12 Nov. 2007, Rec. 861/2007 que:

"Es cierto que en materia de delitos contra la salud pública, como en aquellos otros tipos penales en los que la jurisprudencia establece cuantías para facilitar la interpretación de algunas figuras delictivas, su aplicación no puede nunca ajustarse a una concepción puramente objetiva, alejada de los principios que informan un derecho penal construido sobre esquemas de culpabilidad. Ya recordábamos en nuestra sentencia 603/2007, 25 de junio, que es labor del órgano jurisdiccional valorar las circunstancias concurrentes, huyendo de una mal entendida fidelidad numérica que, en rigor, produciría un efecto contrario al que se pretende, ayudando a la desnaturalización del significado y alcance de la seguridad jurídica como valor constitucional. La vigencia de este principio no se refuerza, desde luego, cuando la interpretación jurisdiccional se aferra a módulos meramente cuantitativos que, por su propia naturaleza, son manifiestamente insuficientes para la afirmación del juicio de tipicidad."

Pero no es solo la cantidad aprehendida la que pueda dar lugar a la configuración de la preordenación al tráfico, sino el resto de circunstancias que concurren y expone el tribunal validado por el TSJ en la apelación.

En este sentido, la sentencia del tribunal de instancia y la confirmatoria del TSJ llegan a la convicción del destino al tráfico de drogas del recurrente en base a la inferencia de que los actos llevados a cabo en torno a la tenencia de droga en la cantidad fijada en los hechos probados lo era para el tráfico y no para el consumo, ya que no puede exigirse prueba directa en estos casos, debiendo acudir a la inferencia por el carácter deductivo al que llega el tribunal por su intermediación en la práctica de la prueba que ha explicitado y comprobado el proceso del TSJ al llevar a cabo el análisis de la racionalidad en la valoración probatoria.

Señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo 288/2017 de 20 Abr. 2017, Rec. 1226/2016 que:

"El propósito con que se posee una determinada cantidad de droga, en los supuestos normales en que el mismo no es explicitado por el poseedor, es un hecho de conciencia, que no puede ser puesto de manifiesto por una prueba directa sino sólo deducido de la constelación de circunstancias que rodean la tenencia, de manera que es una deducción o inferencia del juzgador, lo que permite afirmar, en orden a la consideración del hecho como típico o atípico, que él presunto culpable se proponía traficar con la droga, o por el contrario consumirla (STS. 724/2014 de 13 noviembre).

En este sentido es cierto que la cantidad de droga ocupada que permite por sí misma, excluir el destino al propio consumo se ha venido modulando en la jurisprudencia (SSTS 1032/2010 de 25 noviembre , 1312/2011 de 12 diciembre y 285/2014 de 8 abril) ... aun cuando tales pautas orientativas no pueden coartar de una forma absoluta la libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del Tribunal, sin impedir por tanto que el órgano judicial llegue a la conclusión de que el tenedor de la droga destinaba al propio consumo una cantidad superior a la fijada en tales módulos, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento.

En esta dirección las SSTS. 492/99 de 26.3 , 2371/2001 de 5.12 , 900/2003 de 17.6 , declara que este criterio, el del exceso de las necesidades del autoconsumo, es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa



eficacia si se quiere implantar de modo genérico. No cabe, consecuentemente, considerar que la detentación de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más su destino al tráfico, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc. a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. Como decíamos en la STS. 1262/2000 de 14.7 : "La cantidad de droga poseída es un elemento para la prueba del elemento subjetivo del delito, esto es el ánimo de destinarla al tráfico, pero no el elemento subjetivo del delito, pues si fuera así bastaría con la comprobación de que la cantidad detentada superaba el baremo legal que permite su acreditación....".

Consecuentemente puede concluirse en relación a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo. Por ello, siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo."

Con ello, es evidente que en los casos de preordenación al tráfico de drogas la prueba directa no puede exigirse, al ser posible la existencia de indicios concurrentes explicados por el tribunal que determinen que la persona a la que se le ocupa la droga en su poder la llevaba encima para traficar con ella, no para su consumo como ahora se alega. Y para llegar a esa deducción los tribunales tendrán en cuenta las circunstancias concurrentes como en este caso ha ocurrido, ya que:

- 1.- Se tiene en cuenta la cantidad de droga aprehendida que, aunque en este caso se cifra en los hechos probados sin ser muy elevada, sí que se entiende que es suficiente para entenderla para el destino del tráfico por los datos que concurren.
- 2.- La diversidad de la misma droga de hachís y cocaína.
- 3.- No existencia de actividad laboral alguna.
- 4.- Aprehensión de más de 2.000 euros en su poder, cantidad que no puede justificar el recurrente fuera del alegato que refiere que no ha probado.
- 5.- No queda justificado el destino del viaje ajeno a una actividad de destino al tráfico de drogas por las circunstancias que concurrían: Hachís y cocaína intervenido, actitud del recurrente cuando interviene la policía, y más de 2.000 euros en su poder.

En el presente caso la cantidad aprehendida nos lleva a que el recurrente llevaba encima en el momento de la detención "cocaína, con un peso de 2,3 gramos y una pureza del 81% y una placa de sustancia, que al ser analizada, resultó ser hachís, con un peso de 83,61 gramos y una pureza de 31%, así como 2050 euros, procedentes de dicho tráfico ilícito".

Pero en el presente caso lo relevante es la preordenación al tráfico de la sustancia que se le interviene que, aunque dada la cantidad aprehendida el recurrente, alega que era para su consumo las conclusiones del tribunal de instancia no fueron esas. Así, señala que:

"Manifiesta que es consumidor de hachis desde los 14 años y que parte del dinero, 1.700 euros, lo llevaba para su madre porque se lo había dado su tía, hermana de esta y el resto del subsidio de desempleo. Toda la droga incautada era, según su versión en juicio, para su consumo, ya que también consume los fines de semana cocaína.

(ü) No obstante dichas manifestaciones, el acusado fue sorprendido con dos clases de drogas, hachis y cocaína, la primera en cantidad de 83,61 gramos y la segunda 2,3 gramos con una pureza del 81%. Pese a que en el acto del juicio manifestó que consumía hachis y cocaína para relajarse, esto no fue lo dijo en fase de instrucción, que solo se refirió al hachis, explicando, además a instancias de su propia defensa, que no era cierto que comprara la droga, como dijo en Barcelona, sino en Cádiz, a donde se dirigía.

No hay constancia alguna de que el mismo sea consumidor de ambas sustancias, al contrario, siempre manifestó que consumía hachis para relajarse por sus problemas de ansiedad e impulsividad, y eso es también lo que consta en su historial médico, donde siempre refirió que consumía porros, negando expresamente consumo de otros tóxicos salvo alcohol de forma ocasional (20/10/2010, folio 32 del rollo sala), "consumo habitual de cannabis y tabaco. No alcohol ni otras drogas"(19/11/2013, folio 32 vuelto del rollo sala), "consumo habitual de cannabis, no abstinente. No otras drogas" (21/08/2015, folio 33 del rollo de sala). "Está en



tratamiento de drogodependencia y se mantiene abstinentes del consumo de cannabis" (folio 28/03/2014 folio 34 del rollo sala).

La única conclusión posible en dichas circunstancias es que el acusado es consumidor de hachís, pero no hay constancia que lo fuera de cocaína.

(iii) La cantidad de hachís aprehendida en su poder, cuando volvía de Barcelona a Cádiz, era de 89 gramos, la preordenación al tráfico de la posesión de una sustancia estupefaciente se infiere, fuera de los casos de los que se acredita además algún acto de venta, de múltiples factores y no exclusivamente de la cantidad incautada, salvo que esta fuera muy desproporcionada."

De esta manera, como hemos expuesto, el tribunal construye la relación de datos indiciarios que le llevan a la convicción acerca del destino al tráfico de drogas de las sustancias que llevaba por cuanto:

- 1.- Se trata de hachís y cocaína, cuando consumía solo la primera.
- 2.- Se le intervienen en su poder 2.050 euros sin justificar su origen, entendiéndose que era de la venta de droga que llevaba encima.
- 3.- No tiene actividad laboral alguna que justificara la posibilidad de poder tener esa cantidad.
- 4.- Tampoco se entiende la razón de llevar en su poder tal suma de dinero, y la conclusión es obvia: Llevaba dos tipos de drogas e importe económico muy elevado sin razón alguna para ello.

La inferencia es concluyente.

Así, se recoge por el tribunal de instancia que:

"Relata el Policía Nacional que cuando realizaban una inspección ordinaria en el Talgo procedente de Barcelona con destino Cádiz, observaron cómo el acusado que portaba gorra ocultando su rostro, se hacía el dormido, al percatarse de la presencia policial. Le realizaron un cacheo y encontraron las sustancias que llevaba en un riñonera y un fajo de billetes. No es cierto que los entregara voluntariamente, sino que fueron hallados por las agentes, aunque tampoco consta que presentara una actitud resistente.

El acusado además de hachís, portaba cocaína, sin que conste que fuera consumidor, es decir llevaba más de una sustancia estupefaciente, lo que viene a ser indicativo de tráfico.

Llevaba encima más de dos mil euros aunque carece de medios de vida, lo que también se debe relacionar con el cobro por la venta o transporte de sustancias estupefacientes.

Se encontraba en tránsito entre Barcelona y Cádiz sin que se acredite cual era la finalidad o duración de su viaje, ni porqué llevaba encima cantidades considerables de hachís cuando dice que volvía a su domicilio en Cádiz y la había comprado allí.

El acusado, que no desempeña actividad laboral alguna y ya fue condenado por delito contra la salud pública con anterioridad.

En la documentación médica aportada en su descargo consta, folio 32 vuelto del rollo de sala, que el 19/12/2013 "Acude a urgencias, solicita un informe porque ha sido detenido cuando transportaba un kg. de cannabis.

...

Ninguna prueba de todo ello acredita. Dice que 1.700 euros eran para dárselos a su madre de parte de una hermana de esta. Se aporta como acreditación de todo ello la fotocopia de un dni y un manuscrito que aparentemente se corresponde con el de una hermana de su madre, que carece de toda trascendencia probatoria."

Y de la misma manera, frente a la petición de prueba del recurrente el tribunal ya expone lo que es doctrina consolidada acerca del uso del art. 786.2 LECRIM, cual es que la parte que pretenda proponer prueba al inicio del juicio la debe llevar allí ese día, y no instar de forma antecedente, como hizo con la petición de informe forense, o que se citara a testigos, cuando las pruebas hay que llevarlas el día del juicio y no instar la actividad del tribunal. La vía del art. 786.2 LECRIM exige de la parte su aportación y no la del tribunal.

Añade, así, el tribunal de instancia que:

"La argumentación de la defensa de que Caridad no ha sido traída al plenario porque no se sabía si se iba a admitir o no la prueba, ya que se había denegado su propuesta previa, no puede modificar tal conclusión valorativa. Las reglas del proceso son sobradamente conocidas y cumplen una finalidad esencial de dotar de seguridad jurídica y garantías a la decisión que resulte del mismo. El Tribunal ya remitió a la defensa a] artículo

786.2 de la Lecrim que exige para la admisión de la testifical que el testigo propuesto esté en estrados, sin que aparentemente exista impedimento alguno para que así fuera."

De esta manera, hemos señalado que el recurrente debió llevar la prueba al día del juicio, entre ellos el informe pericial de parte con respecto a la afectación que alega para construirla como eximente completa o incompleta, y no instar una diligencia instructora como prueba anticipada judicial, pudiendo hacerlo de parte ex art. 786.2 LECRIM; y lo mismo con las testificales que estimara conveniente, pero llevando al juicio a los testigos, no pidiendo la citación por el tribunal, ya que es sabido que la vía del art. 786.2 LECRIM se erige como una fórmula complementaria de proposición de prueba fuera del marco del escrito de defensa, pero con una operativa distinta, ya que fuera del momento procesal para hacerlo en calificación provisional cabe la de aportarlo por la parte, pero no instar actuación del tribunal al respecto.

No existe justificación alguna de los extremos que alega para destruir la evidencia de la convicción a la que llegó el tribunal con los datos que obtuvo y que fueron elevados a la categoría de prueba en el juicio, existiendo la conclusión del tribunal de que la droga que llevaba en su poder era para ser distribuida a cambio de precio. No hay probanza alguna del consumo de cocaína, ya que solo alegó que consumía hachís, y la localización de una importante cantidad de dinero en su poder sin justificar su origen enlaza los indicios entre sí para construir una conclusión razonable por la inferencia.

El recurrente cuestiona que los indicios sean relevantes y concluyentes para entender concurrente los suficientes para el dictado de la condena. Pero ello ha sido explicado por el tribunal de instancia y validado por el TSJ de forma razonada.

Resulta importante el alegato que efectúa el recurrente respecto a cómo podía explicar el origen del dinero que llevaba de tan elevada cuantía, al apuntar que:

"Es más, en relación al dinero justificó su origen desde el principio, pues como ya hemos indicado, en su declaración en calidad de detenido (Folio 23 de las actuaciones) afirmó Que el dinero que llevaba procede, parte de lo que cobra del paro y otros 1700 que se los dio su tía para que se lo diera a su madre que está enferma y que vive en Barcelona."

Declaración sobre el origen del dinero que no pudo ser corroborada debido a la denegación de la citación judicial que esta parte interesó que se practicara a su tía D. Caridad."

No puede recurrirse al alegato de si se considera antieconómico, o no, llevar la droga que portaba para ir de un lugar a otro, sino que por el importe con el que es sorprendido la deducción es la que obtiene el tribunal en torno a que el mismo era el producto de la venta de la droga de las características de la que portaba cuando es sorprendido, por lo que el cálculo para estimar la preordenación al tráfico no es solo el valor de la droga que queda en su poder tan solo, sino la aprehendida y su valor en relación con el importe de dinero que llevaba encima sin justificar (más de 2.000 euros) y sin desempeñar probada actividad laboral alguna, ya que no es posible sostener el alegato de que "no pudo corroborar de dónde obtuvo el dinero porque se denegó la citación de su tía", cuando de ser cierto este alegato bien pudo llevarla directamente al juicio por la vía del art. 786.2 LECRIM, dada la facilidad de hacerlo si pretendía probar la procedencia del dinero que en elevada cantidad portaba con la droga.

Se han relacionado los indicios concurrentes para entender probada la preordenación al tráfico, y, así se cumplen las exigencias concurrentes en este tipo de casos donde se acude a los indicios:

- a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados;
- b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base;
- c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y
- d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

En definitiva, se han explicado estos indicios concurrentes con un razonamiento suficiente. El tribunal ha argumentado por qué rechazó el alegato del autoconsumo, ya que si bien las cantidades de hachís y cocaína no son muy elevadas, siendo el recurrente consumidor de hachís, concurren indicios expuestos de preordenación al tráfico que llevan a admitir la autoría del delito del art. 368 CP. No es solo la cantidad de droga aprehendida, sino los presupuestos concurrentes a esa aprehensión que permiten deducir el destino al tráfico de drogas.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Al amparo del art. 849.1 LECr., infracción de ley por inaplicación del art. 368.2 CP.

Se pretende la apreciación del subtipo atenuado previsto en el segundo párrafo del art. 368 CP.

Pues bien, señaló el tribunal de instancia sobre ello que:

"Debemos descartar la aplicación del artículo 368.2 del Código Penal, de menor entidad del delito, puesto que y pese a que las sustancias incautadas, según ya se ha explicado, no son grandes, las circunstancias personales del acusado, condenado por múltiples delitos, con una personalidad claramente antisocial por incumplimiento de las normas, por tanto peligroso y con riesgo de reiteración delictiva, sin que conste su adicción, con una condena previa por un delito contra la salud pública, no entran dentro de los parámetros jurisprudenciales que determinarían la aplicación de una atenuación muy cualificada a aquellos supuestos en los que efectivamente se trataría del último eslabón de una cadena de distribución, no es el caso, puesto que llevar la droga en un tren en el que se desplazaba de Barcelona a Cádiz, donde reside y dice que había adquirido la sustancia portando una cantidad importante dinero 2000 euros producto de su ilícita actividad, sin que conste que se trata de una persona con una adicción grave, que realice dicha actividad para mantener su propio consumo, sino más bien una forma de vida dentro de trayectoria delincencial."

El TSJ señaló sobre ello, al desestimar el motivo que:

"En el presente caso no concurren circunstancias que permitan aceptar la forma atenuada del delito, dada su personalidad antisocial por incumplimiento de normas, basta con examinar sus antecedentes, lo que puede llevar a la reiteración delictiva, en el año 2013 acude a urgencias y solicita un informe porque ha sido detenido cuando trasportaba un Kg de cannabis, fecha aproximada en la que se producen los hechos por los que consta la condena por delito de tráfico de drogas; condena por tráfico de drogas en cuya ejecución se le sustituyó por una pena de multa. Por otro lado, no aparecen efectivamente circunstancias personales en el recurrente que justifiquen la aplicación del tipo atenuado".

Sobre la reclamada atenuación del art. 368.2 CP debemos recordar que esta Sala se ha pronunciado con exquisito detalle sobre este subtipo atenuado que plantea el recurrente en casación, y así en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 821/2012 de 31 Oct. 2012, Rec. 2207/2011 (SSTS 32/2011 de 25.1, 76/2011 de 23.2) señala que es doctrina del Tribunal Constitucional que se recoge desde sus primeras Sentencias, como es exponente la 65/1986, de 22 de mayo, que en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto.

Esta Sala, en un pleno no jurisdiccional celebrado el día 25 de octubre de 2005, acatando el mandato del artículo 117 de la Constitución, tomó como Acuerdo la conveniencia de que por el legislador se modificara la redacción del artículo 368 del Código Penal en el sentido de reducir la pena cuando se trate de cantidades módicas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y como alternativa se proponía añadir un segundo párrafo a dicho precepto con el siguiente texto: "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable".

Esta propuesta alternativa fue acogida en el Proyecto de Código Penal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 15 de enero de 2007 y definitivamente ha sido incorporada por la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio en cuyo Preámbulo se dice que en materia de tráfico de drogas se producen algunos reajustes en materia de penas y, entre ellos, se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes.

Así, se modifica el artículo 368, que queda redactado como sigue: " *Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurre alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370".

Varios preceptos del Código Penal ya habían atribuido al Juzgador parecidas facultades discrecionales en la individualización de las penas. Así en la regla 6ª del artículo 66.1 se dispone que cuando no concurren



atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho; en el delito de lesiones, el apartado segundo del artículo 147 contiene también un subtipo atenuado en el que se dispone que no obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido; el apartado cuarto del artículo 153, en las lesiones relacionadas con la violencia de género, expresa que no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado; el apartado sexto del artículo 171 que regula las amenazas en relación a la violencia de género dispone que no obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado; el apartado cuarto del artículo 242, en el delito de robo, se dispone que en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores; el artículo 318, apartado sexto (ahora quinto por Ley Orgánica 5/2010) dispone que los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrá imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada; el artículo 565, en el delito de tenencia ilícita de armas, establece que los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.

La jurisprudencia de esta Sala, sobre los mencionados subtipos atenuados, viene estableciendo una doctrina cuyos aspectos más significativos son los siguientes:

- 1.- Necesidad de motivar el uso de esa discrecionalidad reglada (Cfr. Sentencia 233/2003, de 21 de febrero).
- 2.- Las expresiones "circunstancias personales del delincuente" no se limitan a las condenas penales previas, que sólo pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia, en todo caso dentro de los límites del principio de culpabilidad por el hecho.

Es claro que las circunstancias personales del autor del delito no se limitan a la reincidencia en el sentido del artículo 20 CP (Cfr. Sentencia 233/2003 de 21 de febrero); los Jueces son soberanos, en principio, para imponer las penas en la cuantía que procede según su arbitrio, facultad eminentemente potestativa, que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios, modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos (Cfr. Sentencias 1426/2005 de 7 de diciembre y 145/2005 de 7 de febrero); la gravedad del hecho a que se refiere este 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 infracción. 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.

Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla 6ª (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas (Cfr. Sentencia 480/2009, de 22 de mayo); en relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinas de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio); cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho, que debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio).

Estos subtipos atenuados responden a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas



que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado.

En Sentencia de 17 de febrero de 2011 se recoge que "en el plano objetivo, la escasa entidad del hecho se hace presente en el factum".

La Sentencia del Tribunal Supremo 652/2012 de 27 de julio señala que: "La "escasa entidad del hecho" debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9.6.2010, en la que se invoca la "falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido", siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica, menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido".

Por ello, puede afirmarse que el concepto "escasa entidad del hecho" entra en juego con otros elementos como la cantidad, calidad y dosis mínima psicoactiva.

Con respecto a si puede relacionarse el concepto "escasa entidad" con "escasa cantidad" es significativa la sentencia de este Tribunal Supremo 506/2012 de 11 Jun. 2012, Rec. 1707/2011 que recuerda que:

"1.- No se alude a la cantidad de droga, sino a la entidad del hecho. No estamos ante la contrapartida del subtipo agravado de "notoria importancia" (art. 369.1.5ª).

Hay que evitar la tentación de crear una especie de escala de menos a más:

- a.- cantidad por debajo de la dosis mínima psicoactiva (atipicidad);
- b.- escasa cuantía (368.2º);
- c.- supuestos ordinarios (tipo básico: art. 368.1º);
- d.- notoria importancia (art. 369.1.5ª); y
- e.- cantidad superlativa (art. 370). El art. 368.2º se mueve en otra escala no coincidente con esa especie de gradación.

Así viene a demostrarlo la posibilidad legal, introducida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, de aplicarlo a los casos del art. 369 y entre ellos, al menos por vía de principio, a supuestos en que la cantidad sea de notoria importancia. No se está hablando de "escasa cantidad", sino de "escasa entidad". Hay razones diferentes al peso reducido que pueden atraer para el hecho la consideración de "escasa entidad" (sin afán de sentar conclusión alguna, se puede pensar en labores secundarias; facilitación del consumo a través sencillamente de informaciones sobre lugares de venta; tareas de simple vigilancia realizadas por alguien externo al negocio de comercialización; suministro de droga por unas mal entendidas motivaciones compasivas; actuación puntual y esporádica que no supone dedicación y ajena a móviles lucrativos...).

No obstante ello, la citada sentencia viene a admitir incluirlo en la escasa cantidad al añadir que:

"Siendo conveniente la aclaración anterior, también lo es que la cuantía es uno de los criterios -no el único- que la ley toma en consideración para medir la gravedad de los delitos de tráfico de drogas. Lo evidencia la gradación que se acaba de hacer supra al dictado de los subtipos agravados de los arts. 369 bis y 370. No es el único parámetro para evaluar la gravedad (se maneja también la naturaleza de la sustancia -mayor o menor afectación de la salud-, los medios utilizados, la intervención plural organizada o puramente individual, las condiciones del destinatario de la droga ...). Pero indudablemente la cantidad es un punto de referencia nítido para la ley. De ahí que uno de los principales datos que pueden llevar al intérprete a estimar en materia de delitos contra la salud pública que el hecho tiene "escasa entidad" será justamente la reducida cuantía de la droga manejada. De la misma forma, cuando, en atención al tipo aplicable la cuantía es alta (sin llegar a la prevista en el art. 370, donde está legalmente excluida la atenuación), habrá base para negar la "escasa entidad" del hecho. No significa que no pueda catalogarse como tal una conducta cuando se rebasan ciertos volúmenes; pero sí que las otras posibles circunstancias que lleven a esa consideración habrán de tener una significación más intensa o poderosa para contrarrestar ese dato".



Sin ánimo de enredarse con sutiles debates filológicos y sin pretender dotar a este argumento gramatical de más importancia de la que tiene, parece relevante el adjetivo elegido por el legislador: "escasa". La entidad -"importancia"- del hecho ha de ser "escasa".

En otros subtipos atenuados se habla de "menor gravedad" (arts. 147 o 242 del Código Penal) o "menor entidad" (arts. 351 o 385 ter) lo que parece contener una exigencia menos intensa. El calificativo "escasa" evoca la nimiedad de la conducta. La locución "menor gravedad o entidad" introduce un factor de comparación con el tipo básico: los hechos han de tener no una gravedad ínfima por sí, sino una gravedad inferior a la ordinaria del tipo básico (vid. STS 329/2012, de 27 de abril).

En el art. 368 se prescinde de ese índice comparativo y se sugiere más bien una idea de valoración objetiva en sí. Sin poder extremarse las consecuencias de esta observación, sí que se subraya de esa forma el carácter más excepcional de esta atenuación. El tipo ordinario, el previsto para los supuestos habituales, es el art. 368.1º. Ahí se incorpora el reproche que el legislador considera adecuado para esas conductas. La comprobación de que el mínimo de esa pena resultaba en algunos casos desproporcionado condujo al legislador, a impulsos de un acuerdo no jurisdiccional de esta Sala como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 a introducir un nuevo párrafo para permitir en esos casos atemperar su penalidad a su real gravedad. No es aventurado intuir que se pensaba especialmente en sustancias que causan grave daño a la salud donde el mínimo imponible de prisión era de tres años, aunque tanto la propuesta como su plasmación legal se extienden a las dos modalidades del art. 368.1º. El tipo básico sigue estando ahí: ese es el llamado a recoger en su ámbito los supuestos ordinarios. El subtipo atenuado es lo extraordinario. Sería contrario a la voluntad de la ley invertir los términos de forma que el art. 368.2º se convierta en la figura ordinaria, y el art. 368.1º en la residual. Esa praxis nos situaría en pocos años en la misma situación anterior a la reforma de 2010: la equiparación penológica de supuestos muy dispares estimularía para la elaboración de un nuevo subtipo atenuado para no dar la misma respuesta a casos de muy distinto relieve.

El precepto obliga a atender también a las circunstancias personales del autor. Pero así como en cuanto a la entidad del hecho sí requiere que sea "escasa", en este segundo parámetro se abstiene de exigir que concurren circunstancias que aconsejen la atenuación. Solo obliga a valorar esas circunstancias personales, referente de otros muchos lugares del Código donde se dan orientaciones para la individualización (destacadamente en el art. 66.1.6ª; pero no en exclusiva: arts. 68, 153.4, 318 bis.5). La ponderación obligada de esas circunstancias (edad, grado de formación intelectual y cultural, experiencias vitales, extracción social, madurez psicológica, entorno familiar y social, actividades laborales, comportamiento posterior al delito ...), simplificando las cosas, puede arrojar tres resultados.

- 1.- El primero, sería el descubrimiento de algunas circunstancias que militan a favor de la atenuación.
- 2.- En el extremo opuesto estaría la detección de factores subjetivos que la desaconsejan.
- 3.- Por fin es imaginable que ese examen no alumbrase nada significativo; es decir, que ese parámetro sea neutro o indiferente. De acuerdo con la dicción legal no queda excluida radical y necesariamente la atenuación en los dos últimos supuestos; aunque en el segundo caso será exigible una intensidad cualificada del parámetro objetivo.

Sí que es factible que pudiendo catalogarse el hecho como "de escasa entidad", concurren condiciones en el culpable que se erijan en obstáculo para la apreciación del subtipo. Como se dice en la STS 188/2012, de 16 de marzo, "siendo determinante el criterio objetivo basta que el subjetivo no lo obstaculice negativamente".

Por ello, concurre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinás, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico".

Hay que recordar, también otros parámetros relevantes para la apreciación, o no, de la existencia de este subtipo atenuado, y así:

1º.- Nótese que el precepto se refiere a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Pero, aunque se incluya la disyuntiva "y" se puede apreciar considerando que concurre en el caso concreto fijado en los hechos probados en una de ellas.

2º.- Los actos de tráfico deben venir referidos al último escalón en esta tipología delictiva - SSTS 242/2011, de 6 de abril; 371/2011, de 13 de mayo; 248/2011, de 6 de abril-, pues este tipo atenuado tendrá justificación, entre otras posibilidades, en aquellos casos en los que la conducta enjuiciada se refiere a un vendedor de papelinás que constituya el último eslabón en la venta al menudeo, siendo poseedor de escasa cantidad de sustancias estupefacientes y en unas circunstancias personales que no permiten sostener una mayor entidad en esa conducta de tráfico de drogas, y



3º.- Sobre todo, que la venta sea expresiva de una conducta puntual que por tanto no revele un modo usual de vida. Así, quedarán fuera de la atenuación las actividades de venta que se realicen al amparo de un domicilio, y este es el supuesto contemplado en la sentencia de esta Sala en sentencia 292/2011, de 12 de abril; tampoco se aplica en supuestos de dedicación generalizada del acusado a actividades de tráfico, como el supuesto contemplado en la sentencia de esta Sala 327/2011, de 1 de abril, donde se otorga plena credibilidad a las declaraciones de los agentes policiales, como en este caso también ocurre en cuanto la Sala otorga plena credibilidad a los agentes que deponen que el dispositivo se instala en las inmediaciones del domicilio del ahora recurrente ante quejas vecinales, sin ser preciso que comparezcan quienes llamaron expresamente a la policía para que llevaran a cabo alguna actuación, que es lo que finalmente se hizo, ya que para ello no es precisa ninguna autorización, ya que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en su labor de investigación sin afectar a derechos fundamentales pueden instalar dispositivos de control en las zonas donde existan sospechas de llevarse a cabo actos de tráfico, que es lo que aquí ocurrió; en otros casos se ha rechazado, también, el subtipo atenuado por la reiteración de actos de ventas en días distintos -(STS 269/2011, de 14 de abril)-, o la detentación de un número importante de papelinas destinadas a la venta, y/o útiles o sustancias de corte, o de varios tipos de sustancias estupefacientes (STS 371/2011, de 13 de mayo)".

A la hora de hacer juicios comparativos en este tema decir que se admitió en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 336/2012 de 10 May. 2012, Rec. 11707/2011 donde se admite el subtipo atenuado del art. 368.2 CP recogiendo que:

"Los únicos datos objetivos recogidos en los hechos probados hacen referencia al intento de venta de un envoltorio conteniendo cocaína, con un peso total de 0,190 gramos de cocaína con un porcentaje de sustancia pura del 30 %, declarándose probado igualmente que el acusado tenía en su poder otro envoltorio similar, del que se deshizo antes de que se pudiera efectuar la detención. Teniendo en cuenta estos datos, y la ausencia de otros de sentido contrario, puede entenderse que se trata del último escalón del tráfico, sin otras circunstancias añadidas y que en consecuencia puede ser considerado como un supuesto de menor entidad, aun cuando la ausencia de constatación de la condición de consumidor y el lugar donde pretendía vender la sustancia permitan la imposición de la pena inferior en grado en su mitad superior".

Se considera, pues, que se trata del último escalón del tráfico en este caso tal y como se ha efectuado el relato de hechos probados, no hay circunstancias añadidas personales que hagan rechazar la aplicación del subtipo atenuado, el importe intervenido es escaso, de una operación, la agravante de reincidencia no puede operar como "circunstancia personal del culpable" impeditiva de la aplicación del subtipo atenuado, y la cantidad de droga intervenida es reducida."

Con ello, hay que puntualizar que la agravante de reincidencia no puede ser tenida en cuenta para desestimar la aplicación del subtipo atenuado, pero sí que es cierto que del relato de hechos probados no puede desprenderse que pueda aplicarse el art. 368.2 CP, debido a que la cantidad no es tan reducida para ello, y aunque no sea un dato relevante la "escasa cantidad", las circunstancias personales del autor no evidencian en modo alguno que sea merecedor de esta rebaja penal, además de que no puede concluirse que se trate el recurrente del "último eslabón de la cadena" cuando es sorprendido con más de 2.000 euros en su poder sin que conste acreditada actividad laboral alguna, lo que lleva a concluir que reconduce su actividad al tráfico de drogas, ya que dado el valor de la droga que le quedaba en su poder y el importe de dinero aprehendido al recurrente evidencia una elevada potencialidad de conseguir droga que era hachís, y, nada menos, que cocaína, siendo ésta de las que causan grave daño a la salud.

En ningún momento podría, pues, aplicarse la rebaja penal de este subtipo atenuado. No concurren razones para admitir que los hechos son de escasa entidad, o las circunstancias del autor lo evidencien, aunque se le haya reconocido una atenuante analógica según se ha expuesto, pero lo que, por sí solo, no acredite mérito alguno para que prospere este subtipo atenuado.

Además, articulándose ex art. 849.1 LECRIM no existe dato alguno en los hechos probados que admita la aplicación del subtipo atenuado.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Al amparo del art. 849.1 LECr., infracción de ley por inaplicación del art. 20.1, 21.1, 21.2 y 21.7 CP.

Solicita el recurrente que se aplique la eximente completa de trastorno psíquico al amparo del art. 20.1 del Código Penal, o con carácter subsidiario la eximente incompleta o atenuante analógica muy cualificada de los arts. 21.1 y 21.7 del C.P. que debería entenderse como muy cualificada. O de manera subsidiaria a lo anterior, la atenuante analógica de drogadicción prevista en el art. 21.7 en relación el art. 21.2 del C.P.

Señaló sobre ello el Tribunal de instancia que:



"Concorre la atenuante analógica de drogadicción del artículo 21.7 en relación con el artículo 21.2 del Código penal.

La defensa solicita la aplicación de la eximente de alteración o anomalía psíquica, alegando los diagnósticos de trastorno mental de su defendido y su adicción a las drogas, subsidiariamente la eximente incompleta o la atenuante.

En el artículo 20.2 CP se contemplan los supuestos en los que esos efectos anulatorios de las funciones cognoscitivas y volitivas del sujeto se producen en el momento del hecho como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien por encontrarse el sujeto bajo un síndrome de abstinencia severo a causa de su dependencia de tales sustancias."

Hemos expuesto que no concurren datos o circunstancias que hagan asumible la aplicación de un mayor grado de aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal en orden a entender que las que se alegan concurrían al momento de ocurrir los hechos, y ello no ha sido acreditado fuera de la atenuante analógica apreciada por el tribunal en base a la documental. Pero regresamos a la motivación expuesta en el FD nº 2 antes desarrollado en cuanto a que la parte bien pudo aportar esa pericial ex art. 768.2 LECRIM y no proponiendo una diligencia instructora al momento procesal en el que se solicitó. Y, más aún, como se expuso, cuando la parte bien pudo aportarla al inicio del juicio.

El TSJ desestimó este motivo en sede de apelación apuntando que:

"La sentencia considera de aplicación la de la atenuante por analogía del art 21.7 en relación con el 21.2, en base a que "trastorno mental o personalidad que unido a un consumo abusivo de hachís, permite exclusivamente aplicarle una atenuante analógica por la vía del artículo 21.7 en relación con el artículo 21.2 del Código Penal, ya que sin ser la adicción grave junto a su personalidad muy problemática supone una dificultad de adaptación que le lleva a presentar una conducta impulsiva".

En esta alzada se comparte la valoración de la prueba realizada en la sentencia puesto que no procede la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal más allá de la apreciada en la instancia, ya que no consta patología psiquiátrica, ni dependencia grave, ni adicción que altere sus facultades intelectivas y volitivas en la amplitud que pretende su representación; la medicación que se le prescribe es para modular su impulsividad; sus asistencias al médico coinciden con episodios con las fuerzas del orden, con riñas, con hechos con su pareja; presenta un trastorno hiperactivo disociado, es decir, un déficit en el control de sus impulsos que le ha llevado a múltiples problemas; solo consume hachís como forma de conciliar el sueño, ni consume otra drogas ni alcohol. Con lo que resulta procedente la apreciación de la atenuante analógica aplicada en la sentencia."

En este escenario no existe dato alguno que evidencia la concurrencia de datos que avalen la aplicación de la vía propuesta por el recurrente para rebajar la pena impuesta. Ni como eximente, ni como eximente incompleta ni la atenuante añadida a la ya reconocida.

Además, articulándose ex art. 849.1 LECRIM no existe dato alguno en los hechos probados que admita la aplicación de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal propuestas.

La doctrina de esta Sala ha exigido la existencia de prueba suficiente aportada por la parte, lo que no hizo, ya que se limitó a proponerla, pero no llevarla a cabo cuando había transcurrido el plazo para hacerlo, quedándole sólo la posibilidad de verificarlo de parte, pero sin haberlo hecho, y es en estas pruebas que debe aportar la defensa donde se analiza y examina el material probatorio atinente al elemento biopatológico, y se establece el grado y la intensidad del padecimiento psíquico. Y después se extrae de forma directa de tal base biopatológica la conclusión sobre si el autor de la conducta delictiva actuó comprendiendo la ilicitud del hecho y con posibilidad de actuar conforme a esa comprensión, o, en su caso, con una comprensión o una capacidad de actuación limitadas o excluidas (SSTS 914/2009, de 24 de septiembre; 983/2009, de 21 de septiembre; 90/2009, de 3 de febrero; 649/2005, de 23 de mayo; 314/2005, de 9 de marzo; 1144/2004, de 11 de octubre; 1041/2004, de 17 de septiembre; y 1599/2003, de 24 de noviembre, entre otras muchas).

Pero nada de esto concurre y no existen datos que permitan llegar a la convicción de esta afectación de la conciencia y voluntad limitada "al momento de los hechos".

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Al amparo del Art. 849.1º LECr., infracción de ley por aplicación indebida del art. 22.8 CP.

El recurrente sostiene que está incorrectamente aplicada la agravante de reincidencia a los efectos de la cancelación de antecedentes penales y afirma que, en su caso, sí estaban cancelados y por tanto, no concurre



la agravante de reincidencia. Y todo ello, afirmando que el TSJ no se ha pronunciado sobre dicha cuestión. Pero nos encontramos ante una cuestión nueva, no planteada en la apelación y por ello, tal y como admite el recurrente, no abordada en la sentencia recurrida.

En cualquier caso, la actuación del órgano judicial es correcta, ya que cuando una sentencia condena a pena de prisión de un año, supone una extensión de doce meses y cinco días (365 días se computan como doce meses más 5 días), lo que supone en la práctica que el plazo de cancelación será de tres años al exceder de 12 meses que marca el art. 136 CP. Señaló el tribunal de instancia de forma acertada que: *los meses serán de 30 días y los años de 365 días, no puede más que concluirse que la pena impuesta al acusado era superior a doce meses, puesto que era de un año y por tanto su cancelación no procedería sino hasta el 15/02/2019 y por tanto cuando cometió el delito que ahora se juzga estaban vigentes sus antecedentes penales por delito de tráfico de drogas.*

De todos modos, ya hemos expuesto en el FD nº 1 que aquellas cuestiones que se han "hurtado" de su conocimiento y respuesta por el TSJ no pueden plantearse "per saltum" en sede casacional.

Hay que recordar que sobre la alegación en sede casacional de las denominadas "cuestiones nuevas" señalamos la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 21/2020, de 28 de Enero señala que:

"1. Nuestra jurisprudencia tiene recogido que el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que las partes plantearon en sus escritos de conclusiones formulados en la instancia, sin alcanzar cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado en tiempo, afloran en el trámite casacional sin poder ser discutidas en el plenario ni someterse a la debida contradicción. El recurso de casación se circunscribe así al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar las cuestiones que las partes le plantearon, sin que puedan formularse alegaciones ex novo y per saltum relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes, y que, por tanto, no aparecen expresamente razonadas y resueltas en la sentencia de instancia (SSTS 320/2018, de 29 de junio; 176/2018, de 12 de abril; 445/2010, de 13 de mayo; 344/2005, de 18 de marzo o 707/2002, de 26 de abril).

Tras la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre y, con ello, la generalización del sistema de doble instancia en la jurisdicción penal, se abrió la vía de la casación por motivo de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM respecto de sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, facultando así que la Sala Segunda del Tribunal Supremo pueda analizar el alcance de aquellos tipos penales cuyo enjuiciamiento es ordinariamente competencia de los Juzgados de lo Penal, lo que posibilita fijar doctrina jurisprudencial sobre la práctica totalidad de los preceptos del Código Penal.

A esta nueva realidad procesal le resulta igualmente aplicable la doctrina que se ha expuesto. Puesto que la decisión que se impugna es la sentencia dictada en apelación por las Audiencias Provinciales, el planteamiento ex novo de un motivo casacional con el que se discrepe de la sentencia de instancia, supondría emplear un instrumento establecido para evaluar la corrección de la resolución dada en segunda instancia, si bien proyectándolo a una cuestión jurídica sobre la que la sentencia impugnada guarda silencio, al ser una materia que no fue expresamente debatida por las partes.

En el mismo sentido, el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, después sustentado en reiterada jurisprudencia, define como requisito de admisibilidad del recurso de casación por infracción de ley contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, que la cuestión jurídica suscitada presente un interés casacional. En el acuerdo, el concepto de "interés casacional" se interpreta a la luz de la propia exposición de motivos de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que introdujo dicha vía impugnatoria en nuestra práctica procesal, de suerte que se entiende que existe interés casación: a) Si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) Si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y c) Si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Es evidente que la introducción ex novo de la cuestión sometida a la consideración de esta Sala impide que nos encontremos en cualquiera de los dos primeros supuestos que, conforme el referido acuerdo, conforman un interés casacional. La inexistencia de un pronunciamiento de la Sala de apelación sobre un aspecto no sometido a su análisis, impide que la sentencia impugnada pueda contener un posicionamiento que contradiga a la jurisprudencia de esta Sala, o que se pueda enfrentar a la interpretación normativa que haya realizado otra Audiencia Provincial. Y puesto que el debate tampoco viene referido a ninguna novedad legislativa, podría negarse que la infracción de ley que sostiene el recurso tenga el interés casacional anteriormente perfilado.



Es cierto que este criterio no es absoluto. La Sala, considerando que la inadmisión de motivos ex novo podría producir situaciones de patente indefensión y de indebida denegación de justicia, ha excepcionado dos supuestos en los que admitir el análisis y resolución de cuestiones nuevas: a) Cuando se trate de infracciones de preceptos constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión y b) Cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo, siempre que la infracción subsanable pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional y por cauce del artículo 849.1 LECRIM, al recogerse en el inmutable relato fáctico de la sentencia impugnada todos los requisitos necesarios para la estimación de la pretensión. Se trata de supuestos en los que el relato fáctico recogido en la sentencia impugnada describe, de manera cerrada e incontrovertible, el sustrato histórico que indiscutiblemente conduce a la conclusión jurídica que se reclama; algo que, como se verá, no concurre en el caso impugnado."

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 345/2020 de 25 Jun. 2020, Rec. 1366/2019 que:

"Emerge ahora, al examinar con detalle el recurso y sus antecedentes, otro problema de admisibilidad: se suscita una cuestión nueva en tanto no fue planteada ni en la instancia ni en apelación. No es ello posible, salvo supuestos marcadamente excepcionales. Lo impide la naturaleza revisora del recurso de casación. Lo que se recurre es la sentencia de apelación. Se analiza si ha acertado al resolver el recurso planteado. No pueden traerse a casación cuestiones que no han sido objeto de debate en apelación. No podemos revisar la decisión de la Audiencia sobre ese punto, sencillamente porque no ha adoptado ninguna decisión al respecto en cuanto el tema no le fue planteado. Eso comporta la inadmisibilidad del recurso.

Explica al respecto la STS 41/2020, de 6 de febrero: "En efecto, el recurso por infracción de ley contra sentencias dictadas en grado de apelación por las Audiencias Provinciales y que se regula en el artículo 849.1.b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, debe ser objeto de interpretación estricta, para que este Tribunal Supremo cumpla su función primordial de unificación de doctrina. La sobrecarga de recursos impediría el cumplimiento de esa función y la propia ley, al limitar el recurso al motivo del artículo 849.1 de la LECrim o al establecer la posibilidad de inadmisibilidad por falta de interés casacional, expresa de forma patente la exigencia de estos límites.

(...)

Esta pauta interpretativa es antigua y citaremos por su claridad la argumentación que sobre esta cuestión se hizo en la STS 707 de 26 de abril de 2002, en la que se puede leer: "Este criterio se fundamenta esencialmente en dos razones, una referida a los principios del proceso penal y otra a la naturaleza del recurso de casación, pero que están íntimamente relacionadas. Respecto de la primera se señala que la aceptación de cuestiones nuevas en la casación obligaría al Tribunal Supremo a decidir, por primera vez y no en vía de recurso, sobre temas que no fueron discutidos en el plenario ni, por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, no habiéndose sometido a la debida contradicción. Respecto de la segunda se argumenta que es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. En tal caso el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas".

Esa doctrina, clásica pero que adquiere nuevos perfiles y renovada aplicación ante la implantación de la segunda instancia en el orden penal, es reiterada, con más extensión y ciertas modulaciones, aquí no apreciables, en la STS 67/2020 de 24 de febrero:

"... La jurisprudencia ha venido insistiendo en la necesidad de que las cuestiones que se plantean en casación lo hayan sido anteriormente en apelación. Así decíamos en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020 que " la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquel. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo". (En sentido similar, entre otras, STS 781/2017, de 30 de noviembre; STS nº 451/2019, de 3 de octubre; o STS nº 495/2019, de 17 de octubre).

La jurisprudencia había admitido dos excepciones a esta doctrina general. Así, esta Sala había reconocido la necesidad de arbitrar un cauce absolutamente excepcional para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (cfr. SSTS 683/2007, 17 de febrero y 57/2004, 22 de enero).



Sin embargo, estas excepciones estaban pensadas para los casos en que no existía otro recurso que el de casación, lo que justificaba un ensanchamiento de los cauces propios del mismo, lo cual ya no aparece como necesario al generalizarse la apelación, permitiendo al recurso de casación recuperar su esencia.

De todos modos, la segunda de las citadas excepciones, especialmente, estaba referida a los casos en los que, no habiéndose alegado en el plenario, la concurrencia de una atenuante o de un subtipo atenuado o de una circunstancia similar, resultara directamente de los hechos que el Tribunal había declarado probados la base fáctica que permitiría apreciar su concurrencia. Posición generalizable a cualquier otra alegación omitida que cumpliera esas exigencias. Así, el recurrente, aunque hubiera omitido indebidamente esa alegación en el plenario, podía reclamar en apelación la aplicación de aquello que resultara directamente de los hechos probados de la sentencia recurrida.

No ocurre así cuando ya existe un previo recurso de apelación. Esta alegación omitida en la instancia, es posible en ese recurso, pero si se prescinde de ella, como ocurre con cualquier otra en la apelación, nada justifica su planteamiento per saltum en casación.

...

No estamos ante una singularidad de la doctrina de esta Sala de casación, sino ante un tema transversal propio y característico de la teoría general de los recursos procesales, sea cual sea el orden jurisdiccional en que nos movamos.

Cuando coexisten dos escalones impugnativos (normalmente apelación y casación), al segundo solo podrán acceder las cuestiones que hayan sido objeto de debate en la instancia previa. Tal axioma constituye una derivación de la doctrina de la cuestión nueva en el ámbito de los recursos, campo donde además adquiere connotaciones más rígidas. A la segunda instancia puede llevarse todo lo tratado en el juicio de instancia de forma explícita o implícita. También cuestiones que no hubieran sido alegadas pero que han aflorado en la sentencia como consecuencia de la amplitud del conocimiento en esa instancia, marcado tan solo por los principios acusatorio, en materia penal, y de rogación o dispositivo en otros ámbitos. No en cambio aquellos temas novedosos que fueron silenciados sin razón alguna en la instancia.

Pero a un recurso posterior solo podrá acceder lo delimitado por la impugnación previa."

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Landelino** sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 10 de marzo de 2020, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de indicado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 9 de diciembre de 2019, que le condenó por delito de tráfico de drogas. Condenamos a indicado dicho al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián