



Roj: **STS 3094/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3094**

Id Cendoj: **28079120012022100718**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2022**

Nº de Recurso: **5757/2020**

Nº de Resolución: **712/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Comunidad Valenciana, 11-11-2020,
STS 3094/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 712/2022

Fecha de sentencia: 13/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5757/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2022

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.: 5757/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 712/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 13 de julio 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. Maximino**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 11 de noviembre de 2020, que desestimó el recurso de apelación formulado por indicado acusado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, de fecha 17 de julio de 2020, que le condenó por delito contra la salud pública, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. M^a del Carmen Jover Andreu y bajo la dirección Letrada de D. Mario Gil Cebrián.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Llíria incoó Procedimiento Abreviado con el nº 729/16, contra Maximino, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, que con fecha 17 de julio de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

" Maximino, DNI NUM000, mayor de edad, el 6 de Agosto de 2016, sobre las 11:05 horas y tras una inspección realizada por la Guardia Civil en el local de su propiedad "Bar Los Amigos" sito en la localidad de Sot de Chera tenía en la caja registradora del local que regentaba con la finalidad de destinarlas a su venta en el mencionado local, diversas sustancias estupefacientes que tras ser debidamente analizadas resultaron ser 1 envoltorio de 0,77 gr de Anfetamina; 7 envoltorios de 3,04 gr de cocaína con una pureza del 61%; 16 comprimidos de MDMA con una pureza de 24% y 1 envoltorio de 0,73 gr. de cocaína, con una pureza del 61%, según informe del área de Sanidad de la Delegación de Gobierno de la Comunidad Valenciana. El valor que hubiera alcanzado en el mercado ilícito estas sustancias es de 308,34 euros, desglosado del siguiente modo: 1 envoltorio con 0,77 gr. de anfetamina (12,97); 7 envoltorios con 3,04 gr de cocaína con una pureza del 61,05 (178,30 euros); 16 comprimidos de MDMA con una pureza del 24% (74,26€) y 1 envoltorio de 0,73 gr. de cocaína con una pureza de 61%. Asimismo en el citado bar, detrás de la barra, encima de una de las neveras, se encontró unos "munchacos" de madera negra que se considera arma prohibida según el artículo 4.1.h) del vigente Reglamento de Armas".

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

"En atención a todo lo expuesto, visto además lo dispuesto por los artículos 24, 25 y 120.3 de la Constitución, los artículos 1 y 2, 10, 15, 27 a 34, 54 a 58, 61 a 67, 70, 73 y 74, 110 a 115 y 127 del Código Penal, los artículos 142, 239 a 241, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, ha decidido: PRIMERO: CONDENAR a Maximino como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de contra la salud pública de drogas grave daño a la salud agravado destinada a su venta en establecimiento abierto al público. ABSOLVER a Maximino del delito de tenencia ilícita de armas por el que venía acusado, acordar la deducción de testimonio suficiente sobre la posesión del "munchacos" para la sanción por las autoridades administrativas competentes. SEGUNDO: Apreciar la concurrencia de circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. TERCERO: Imponerle por tal motivo a Maximino la pena de SEIS AÑOS Y UN DÍA de prisión y MULTA DE 950 €, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio por el tiempo de la condena. CUARTO: Imponerle el pago de las costas procesales. Se acuerdo el comiso de la sustancia intervenida para su total destrucción. Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone, abonamos al condenado todo el tiempo que ha/n estado privado/s de libertad por esta causa si no lo tuviere absorbido por otras. Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el término de cinco días a contar desde su notificación".

Por Auto de 29 de julio de 2020 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, se aclaró la anterior sentencia conteniendo el siguiente fallo:

"LA SALA ACUERDA, estimar la solicitud de aclaración y/o subsanación interesada y rectificar la sentencia en los términos expuestos en el mismo quedando subsistentes el resto de pronunciamientos de dicha sentencia. MODO **IMPUGNACIÓN**: Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados. Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpen desde que se solicitó su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, en su caso. Y en todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de la presente".



Contra indicada sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de Maximino ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que con fecha 11 de noviembre de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"En atención a todo lo expuesto, la Sala Civil-Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ha decidido: PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D. Maximino representado procesalmente por el Procurador D. ALEJANDRO CASTELLANO ANGULO. 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. Maximino**, 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. Maximino**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- El art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los arts. 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con apoyo en el artículo 24 de la Constitución Española, a fin de reforzar la vulneración e infracción denunciada. Por infracción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, del art. 24 de la Constitución, así como por quebrantamiento de forma, al no haber sido admitida en el acto del juicio la copia de las otras actuaciones judiciales seguidas contra mi patrocinado, por el mismo delito, en el mismo local, con intervenciones telefónicas bajo control judicial durante meses, entrada y registro, que finalizó de forma inmediata al terminar la investigación con un auto de sobreseimiento.

Segundo.- Infracción de precepto legal, conforme a lo previsto en el artículo 849.1º del Código Penal, en relación con el artículo 368 del Código Penal (el cual fue conculcado), reforzándose con la invocación del artículo 24 de la Constitución Española, conforme posibilitó y se validó en el Acuerdo Primero letra B) del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de dos mil dieciséis.

Tercero.- Infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española. Ausencia del cumplimiento de los requisitos que exige la Sala Segunda del Tribunal Supremo para poder considerar de aplicación la prueba de indicios, sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia.

Cuarto.- Infracción de precepto legal, conforme a lo previsto en el artículo 849.1º del Código Penal, en relación con el artículo 369.3º del Código Penal (el cual fue conculcado), reforzándose con la invocación del artículo 24 de la Constitución Española, conforme posibilitó y se validó en el Acuerdo Primero letra B) del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de dos mil dieciséis.

Quinto.- Por Infracción de ley conforme a lo previsto en el artículo 849.2º del Código Penal, por falta de aplicación de la atenuante de toxicomanía, al existir documentos que acreditan dicha condición y, como consecuencia, la estimación y apreciación de dicha atenuante prevista en el 212 del Código Penal.

Sexto.- Infracción de ley, conforme a lo previsto en el artículo 849.1º del Código penal, por falta de aplicación del tipo atenuado del artículo 368 del Código penal, habiéndose infringido dicho precepto.

Séptimo.- Infracción de ley, conforme a lo previsto en el artículo 849.1º del Código penal, por infracción del artículo 21.6a del Código penal debido a la apreciación únicamente como ordinaria y no como muy cualificada de la atenuante de dilaciones indebidas.

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

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 12 de julio 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 la representación Legal de Maximino contra la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2020 dictada en el Rollo de Apelación nº 197/2020 por el T.S.J. de la Comunidad Valenciana.

Hay que tener en cuenta que nos encontramos ante sentencia de Audiencia Provincial que ha sido recurrida en apelación ante el TSJ, quien ha confirmado la valoración de la prueba, efectuando un análisis de la racionalidad en la misma y confirmado todos los extremos en cuanto a la prueba concurrente en este caso para el dictado de la sentencia condenatoria, lo que tiene su relevancia a los efectos del análisis del recurso de casación.

SEGUNDO.- Por infracción constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 851.1º de la LECRIM por vulneración de la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del art. 24 de la C.E, así como por quebrantamiento de forma, al no haber sido admitida en el acto del juicio la copia de las otras actuaciones judiciales seguidas por el mismo delito contra el Sr. Maximino .

Señala el recurrente que se pretendió aportar prueba en relación a otro procedimiento y se refería a otras actuaciones iniciadas contra el condenado por delito de la misma naturaleza y un año y **medio** después de las presentes, y que fueron inmediatamente archivadas a pesar de las actuaciones desarrolladas pretendiendo con ello acreditar que el recurrente nunca ha traficado con drogas y que las declaraciones de los agentes que intervinieron en ellas, lo mismo que en las diligencias posteriores, faltaron a la verdad. E incidiendo que tanto en el presente caso como en el investigado con posterioridad se incautó una pequeña cantidad de droga destinada a su exclusivo consumo.

Hay que destacar que se trata de una prueba absolutamente no pertinente y no necesaria, así como no acomodada al objeto y naturaleza del pleito, ya que en modo alguno se puede aportar testimonio de particulares de otras actuaciones distintas por hechos distintos, sin que la circunstancia de la semejanza con los mismos pueda servir para utilizar el recurso a la aportación por la vía del 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un **medio** de prueba al inicio del juicio que nada tiene que ver con los hechos que son objeto de enjuiciamiento.

Nótese que el cauce excepcional de la aportación de **medios** de prueba al inicio del juicio oral por la vía antes indicada debe referirse a aquellos que tengan una conexidad con los hechos objeto de enjuiciamiento, y esta vía no da oportunidad a las partes a aportar cualquier prueba que estimen por oportuna, sino aquellas que tengan los requisitos de pertinencia y necesidad exigidos en materia de admisión de prueba, por lo que la circunstancia de que hechos parecidos a los que son objeto de enjuiciamiento hayan tenido un resultado diferente no significa que operen en grado de vinculación a lo que deba resolverse en el presente procedimiento, ya que no puede constituir un precedente en modo alguno, sin conocer y saber las características del mismo, o, aun sabiéndolo, sin tener una eficacia vinculante lo resuelto en otro procedimiento en el que está siendo objeto de enjuiciamiento.

El recurrente pretende hacer ver que en otro procedimiento con otra investigación se ha concluido que no es cierto que se traficara con droga en el local, entendiéndose que ello debiera tener una relación con el presente procedimiento y que considera que es una prueba, o indicio relevante, que en el procedimiento seguido posteriormente la causa se iniciara en las mismas condiciones y circunstancias, y, pese a ello, se acordó el sobreseimiento de las actuaciones, lo cual entiende que es un indicio de relevancia en el presente procedimiento.

Hay que señalar que el TSJ en su sentencia, al haberse planteado este mismo motivo, ya rechazó la queja del recurrente, aunque incidiendo en cuestiones que son importantes desde el punto de vista de la forma, ya que se incumple la protesta, que es requisito inexcusable cuando se propone una prueba al inicio del juicio oral y se deniega la misma, ya que se hace constar que no se protestó en legal forma, sino que se hizo en el turno de informe, lo cual es improcedente desde el punto de vista procesal realizar una protesta frente a denegación de prueba fuera del momento en que la misma se está proponiendo, y al ser inadmitida por parte del Tribunal. El recurrente, en todo caso, debió hacer la protesta en el acto, pero en cualquier caso no puede admitirse la misma por su no pertinencia y la ausencia de vinculación de lo resuelto en otro procedimiento con el presente.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Infracción de precepto legal, conforme a lo previsto en el artículo 849.1 LECRIM en relación con el artículo 368 del Código Penal (el cual fue conculcado), reforzándose con la invocación del artículo 24 de la Constitución Española.

Se postula la imposibilidad de que una cantidad tan pequeña de droga estuviera preordenada al tráfico, disintiendo en tal sentido de la interpretación del Tribunal.



Pero como se plantea por la vía de la infracción de ley del art. 849.1 LECRIM el motivo es preciso recordar que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Los hechos probados destacan el destino al tráfico de drogas de las sustancias intervenidas. Veamos.

" Maximino , DNI NUM000 , mayor de edad, el 6 de Agosto de 2016, sobre las 11:05 horas y tras una inspección realizada por la Guardia Civil en el local de su propiedad "Bar Los Amigos" sito en la localidad de Sot de Chera tenía en la caja registradora del local que regentaba con la finalidad de destinarlas a su venta en el mencionado local, diversas sustancias estupefacientes que tras ser debidamente analizadas resultaron ser 1 envoltorio de 0,77 gr de Anfetamina; 7 envoltorios de 3,04 gr de cocaína con una pureza del 61%; 16 comprimidos de MDMA con una pureza de 24% y 1 envoltorio de 0,73 gr. de cocaína, con una pureza del 61%, según informe del área de Sanidad de la Delegación de Gobierno de la Comunidad Valenciana. El valor que hubiera alcanzado en el mercado ilícito estas sustancias es de 308,34 euros, desglosado del siguiente modo: 1 envoltorio con 0,77 gr. De anfetamina (12,97); 7 envoltorios con 3,04 gr de cocaína con una pureza del 61% (178,30 euros); 16 comprimidos de MDMA con una pureza del 24% (74,26€) y 1 envoltorio de 0,73 gr. De cocaína con una pureza de 61%. Así mismo en el citado bar, detrás de la barra, encima de una de las neveras, se encontró unos "munchacos" de madera negra que se considera arma prohibida según el artículo 4.1.h) del vigente Reglamento de Armas ."

La sentencia estimó que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, tipificado en el artículo 368. 1 inciso primero del CP en relación con el artículo 369. 1. 3ª del CP.

Hay que significar que en la sentencia del Tribunal de instancia se hace especial hincapié al hallazgo de la droga que se encontraba debajo del cajetín del dinero, y a disposición del recurrente, que era el encargado de su distribución y por tanto estaba en posesión de la sustancia estupefaciente en la caja registradora. El Tribunal llega a la conclusión de la compatibilidad de la forma en que estaba guardada la droga con su preordenación al tráfico dentro del establecimiento, ya que si fuera para su consumo exclusivo no la tendría dispuesta en ese lugar y de esa manera.

Hace constar el Tribunal en su sentencia las dificultades puestas por el recurrente a la hora de abrir la caja registradora y tuvo que ser otra persona quien pulsando un botón la apertura y en el interior se encontró la droga cuyo descubrimiento intentaba evitar el recurrente al ser consciente de las consecuencias.

Hace constar el Tribunal la disposición de las sustancias estupefacientes que era compatible con su distribución inmediata en el lugar a personas que frecuentan el mismo a cambio de cantidades de dinero que se depositan en la caja de forma similar al cobro de una consumición legal para no hacerlo de forma evidente, y quedando camuflado el intercambio dentro del local. Se da importancia al lugar donde se encontraba la droga para ser el lugar donde los adquirentes de la misma pagaban y se depositaba el importe en la misma caja registradora, por lo que ello da pie a justificar la preordenación al tráfico de la sustancia estupefaciente encontrada, y no destinada a su puro consumo.

Insiste el Tribunal de instancia en el estado en que se encontraba el establecimiento con numerosos vestigios de consumo de sustancias estupefacientes que describe en varios sitios con papelinhas en el suelo, sobre los altavoces, en el tocadiscos, en el baño y restos de polvo blanco por todos los sitios, así como precintos tirados en el baño. La conclusión a la que llega el Tribunal es que se consumía droga de una forma ostensible y pública.

Pero es que destaca el Tribunal que esto mismo lo han confirmado los testigos de descargo que han sido traídos por el recurrente que han admitido de forma rotunda esta circunstancia en cuanto al consumo en el local de droga por clientes y amigos del recurrente.

Concreta y aclara el Tribunal de instancia, lo que es importante a los efectos de la aplicación de la agravación de la pena por venta en establecimiento abierto al público al que luego nos referimos, que existe una gran similitud entre los restos hallados en el local y la presentación de las drogas incautadas y al Tribunal no le merece duda alguna, como expusieron los agentes que depusieron en el juicio, que las papelinhas vacías y los precintos



encontrados en el local eran iguales o similares a las que estaban en la caja registradora lo que determina y evidencia que allí se consumía droga y que el recurrente se aprovechaba del establecimiento abierto al público para la venta de sustancias estupefacientes a los clientes que allí acudían precisamente a eso.

Pone el acento el Tribunal de instancia en la variedad de las sustancias incautadas como sustancias estupefacientes y ubicadas en el interior de una caja registradora de un establecimiento abierto al público, con evidentes muestras de consumo inmediato anterior a la entrada de la policía en el mismo y con hallazgo de papelinas vacías, rayas de polvo blanco, un papel enrollado junto con restos de polvo blanco y precintos tirados en el suelo del baño.

Con ello, en este tema hay que destacar que lo que nos encontramos es con la aprehensión de 25 envoltorios en un local abierto al público por parte del recurrente llegando el Tribunal a la indiferencia del destino de la droga encontrada al tráfico de drogas en establecimiento abierto al público. En este tipo de casos resulta necesario valorar y precisar cuál ha sido el proceso de convicción del Tribunal y la inferencia en cuanto al destino al narcotráfico que se deduce en cuanto a la cantidad de los envoltorios encontrados y su dispersión en cuanto a la distinta naturaleza y clase de sustancia estupefaciente encontrada, ya que se aprecia anfetamina, cocaína y MDMA.

A la hora de resolver este motivo el Tribunal Superior de justicia descarta la queja casacional. Pero el destino al tráfico de drogas está perfectamente recogido en la sentencia y al plantearse el motivo por infracción de ley los hechos probados recogen claramente que la droga encontrada estaba destinada para la venta a terceros, y se fijan una serie de indicios en cuanto al hallazgo de las sustancias, la diversidad de las encontradas, el lugar donde estaban escondidas, y coincidencia de envoltorios con los hallados distribuidos por el local, lo que permite llegar al Tribunal a la indiferencia del destino al tráfico de drogas de las sustancias intervenidas.

Nótese que en este tipo de casos de narcotráfico la prueba directa puede resultar difícil, y el Tribunal puede recurrir a la indiciaria a la hora de fundar la predeterminación del destino al tráfico de la sustancia hallada en el local comercial, con lo cual no se trata de una inferencia ilógica o abierta que admita multitud de conclusiones alternativas, ya que la diversidad de sustancias intervenidas y la declaración de los agentes policiales al referir que había distribuidos por el establecimiento restos de envoltorios, alguna incluso con restos de sustancias que parecían drogas, dan a entender el destino al tráfico de los envoltorios diversos encontrados.

Según los agentes que declararon esas sustancias tenían la misma textura de plástico que las encontradas en el local en el registro, y también declararon los agentes que el establecimiento estaba "empolvado", y que eran restos del día anterior, lo cual hace razonable deducir la inferencia de que era un sitio donde se vendían sustancias estupefacientes como consta por las encontradas en el lugar donde se hallaron las requisadas por los agentes policiales y que recogen los hechos probados.

Pero lo relevante es que plantea el motivo por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM, y los hechos probados determinan el destino al tráfico de drogas de las sustancias encontradas, con lo cual se desestima la queja casacional, como ya realizó el TSJ ante el recurso de apelación deducido.

En el presente caso, pese a que el recurrente hace hincapié en cuestiones relativas a la cantidad de sustancia aprehendida, lo cierto y verdad es que donde se debe poner el acento, como se recoge en la sentencia recurrida, es en la distribución de las drogas, la diversidad de la sustancia aprehendida, y, en consecuencia, la convicción de los actos de narcotráfico mediante la utilización del establecimiento comercial para facilitar su difusión.

Con ello, el acento no se puede poner, en consecuencia, tan solo en la cantidad de la sustancia aprehendida, sino en la distribución de los distintos envoltorios que en cifra de 25 se alcanzaba, con lo cual el tipo penal por el que han sido condenados del artículo 368 CP, lo que sanciona es el narcotráfico de la sustancia estupefaciente que se evidencia por la inferencia a la que llega el Tribunal en base a la prueba indiciaria de la concurrencia de una diversidad de drogas encontradas, del aprovechamiento del establecimiento para su difusión, así como el número de envoltorios que se encuentran y la declaración de los agentes policiales con respecto a restos de drogas también en el local de similares características a las encontradas, lo que determina la conclusividad del Tribunal de que el local se utilizaba para la venta de droga y que concurren los elementos del tipo para la apreciación de la condena por el artículo 368 del Código Penal, desarticulándose, con ello, el alegato del recurrente con respecto a la alegada menor cantidad de droga encontrada, ya que el delito se comete por la distribución y venta de droga que era el caso previsto y fijado en los hechos probados.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española. Ausencia del cumplimiento de los requisitos que exige la Sala Segunda del Tribunal Supremo para poder considerar de aplicación la prueba de indicios, sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia.



Considera el recurrente que la condena se ha basado en simples conjeturas y presunciones, entrando a examinar y valorar el conjunto de los elementos probatorios en los que la Sala de instancia habría apoyado su decisión que ha sido confirmada por la Sala de apelación, incidiendo en la diferencia entre indicios y sospechas y apoyándose en la Doctrina de esta Sala en torno a la prueba indiciaria para negar que en el presente caso se cumplan los parámetros necesarios para tal consideración.

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, suficiencia y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

No obstante, no hay que olvidar que suele plantearse con frecuencia en sede de recurso de casación la presunción de inocencia cuestionando de nuevo ante el Tribunal Supremo que lleve a efecto una nueva revisión de la valoración probatoria que ya ha tenido efecto ante el TSJ en virtud del recurso de apelación.

Pero el planteamiento de la presunción de inocencia en casación no puede consistir en volver a plantear que se opte en la sentencia de casación ante el recurso deducido por la forma en que debió valorarse la prueba por el tribunal de instancia, cuando ya eso sí ha sido misión del TSJ en virtud del recurso de apelación.

Cierto y verdad que es posible el análisis de la suficiencia en cuanto a la constancia de la prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, pero ello no lleva a un nuevo proceso valorativo por el Tribunal Supremo, sino al análisis de la racionalidad de la valoración probatoria reflejada por el TSJ en su sentencia de apelación.



Llevar a efecto una nueva revisión de la valoración probatoria supone hurtar la virtualidad de la casación cuando ya habido una previa sentencia de apelación por el TSJ, en virtud de la reforma procesal que estructura la interposición de un recurso de apelación entre la sentencia de instancia y el recurso de casación.

El enfoque que debe darse al planteamiento de la presunción de inocencia por la vía de los artículos 852 de la ley de enjuiciamiento Criminal y del artículo 24 de la Constitución solo puede llevarse a cabo bajo el marco de cómo ha resuelto el TSJ su análisis de la racionalidad de la valoración probatoria y qué respuesta ha dado al planteamiento que se hizo en el recurso de apelación con respecto a la valoración de la prueba, así como si, efectivamente, había suficiente prueba de cargo para dictar sentencia condenatoria, o la de descargo tendría virtualidad relevante para contrarrestar la prueba de cargo mantenida y sostenida por la acusación.

Es de esta manera como debe realizarse el enfoque de la casación por la vía de la presunción de inocencia y no postulando una repetición de cuál ha sido la prueba de descargo que se propuso y practicó ante el tribunal de instancia. Con ello, la repetición mimética de cuál fue la prueba de descargo y la negativa a aceptar el valor dado a la de cargo, que ya se expuso ante el TSJ, no pueden servir de cauce para enfocar la forma de plantear la presunción de inocencia en sede casacional.

De esta manera, el motivo planteado por la vía de la presunción de inocencia en el recurso de casación tienen enfoque directo con respecto a cómo resolvió el TSJ ese mismo motivo en el recurso de apelación, y es ante esa respuesta sobre la que se debe verificar el motivo de la presunción de inocencia, y no mediante un regreso a la valoración de la prueba en el tribunal de instancia, que debe dejarse aparte para introducirse en ese análisis de la racionalidad de la valoración probatoria que efectuó el TSJ en la sentencia. Y es desde ese punto de partida donde se enraíza el planteamiento del motivo de casación ante el Tribunal Supremo, porque la perspectiva del regreso a la valoración llevada cabo por el tribunal de instancia supone desoír el nuevo enfoque de la casación respecto de la presunción de inocencia tras la existencia un recurso de apelación.

Así, el enfoque en este caso es el siguiente:

Uno.-Valoración de la prueba por el tribunal de instancia de la practicada en el juicio oral

Dos.-Análisis de la valoración probatoria por el TSJ en virtud del recurso de apelación respecto a la valorada por el tribunal de instancia.

Tres.-Análisis de la racionalidad de la valoración probatoria efectuada por el TSJ en virtud del recurso de apelación.

De esta manera, el TSJ en el FD nº 4 desarrolla el análisis de la racionalidad de la valoración probatoria que ha llevado al tribunal de instancia a la condena. Y, así, se destacan los siguientes indicios:

1.- La constatada contradicción de las declaraciones prestadas por el acusado quien tras haber declarado que la droga incautada era para su propio consumo, manifiesta en el plenario, al igual que los tres testigos presentados por su defensa, que tal droga estaba destinada al consumo compartido.

2.- Que la Guardia Civil halló en el interior de la caja registradora 1 envoltorio de 0,77 gr de Anfetamina; 7 envoltorios de 3,04 gr de cocaína con una pureza del 61%; 16 comprimidos de MDMA con una pureza de 24% y 1 envoltorio de 0,73 gr. de cocaína, con una pureza del 61%, según informe del área de Sanidad de la Delegación de Gobierno de la Comunidad Valenciana. El valor que hubiera alcanzado en el mercado ilícito estas sustancias es de 308,34 euros, desglosado del siguiente modo: 1 envoltorio con 0,77 gr. De anfetamina (12,97); 7 envoltorios con 3,04 gr de cocaína con una pureza del 61% (178,30 euros); 16 comprimidos de MDMA con una pureza del 24% (74,26€) y 1 envoltorio de 0,73 gr. De cocaína con una pureza de 61%.

3.- Que todas estas sustancias se encontraban dentro de la caja a disposición únicamente del recurrente. Era él quien disponía de la sustancia y la guardaba debajo de la caja registradora, lo que facilitaba la entrega de droga y el cobro de la misma para situar el dinero en la misma caja y evitar sospechas.

4.- Que había distribuidos por el establecimiento restos de envoltorios e incluso que alguno de ellos presentaba restos de sustancias que podía ser también droga.

5.- Que había bolsitas de dos colores y que tenían la misma textura de plástico que las encontradas en la caja registradora (agente NUM001);

6.- Que el GC NUM002 llegó a declarar que parecía que el establecimiento estaba "empolvado", todos eran restos del día anterior.

7.- Incidiendo además en que resultaba significativo que el Sr. Demetrio hablaba de la compra de la droga para una fiesta pasada, no para la fiesta reggae que alegaba el recurrente y que no llegó a producirse;

8.- Que los propios testigos de la defensa declararon que en tal local se consumían sustancias estupefacientes;



9.- Que era el único local de esas características del pueblo.

Con ello, el TSJ refiere que los indicios que se relatan en la sentencia de instancia cumplen los presupuestos para la admisión de la prueba indiciaria en el delito de tráfico de drogas, tales como el hallazgo de droga diversa, la distinta sustancia aprehendida en el lugar, que se trata de establecimiento público, lugar escondido donde estaban los diferentes envoltorios de sustancias estupefacientes, así como coincidencia de estos envoltorios con los hallados distribuidos por todo el local, así como contradicciones entre recurrente y los testigos.

Estos factores determinan la concurrencia de los presupuestos exigidos respecto a la prueba indiciaria en cuanto a la pluralidad de los indicios, la concatenación de los mismos y el enlace preciso que determinan un juicio de racionalidad y motivación por parte del Tribunal de instancia que es ratificado por el TSJ en su sentencia al resolver el recurso de apelación con respecto al motivo interpuesto de presunción de inocencia, entendiéndose con ello que la prueba de indicios resulta concurrente y admitida en este caso ante la referencia de las condiciones y circunstancias que concurren en el presente supuesto y que determinan la preordenación de la droga destinada al tráfico en local abierto al público, y con una diversidad de envoltorios que llega en torno a 25 de semejantes características con los que había esparcidos por el local.

Todo ello, lo que determina es que no se tratara de que los clientes llegaran allí con los envoltorios, o sustancia estupefaciente, sino que al haberlo encontrado la policía en un lugar perteneciente al recurrente dentro del establecimiento abierto al público, la consecuencia deductiva del Tribunal es acertada, en tanto en cuanto se considera que la droga la adquirirían los asistentes y clientes del local allí mismo, en lugar de traerla para el autoconsumo, lo que determina la corrección y concreción de lo recogido en el relato de hechos probados, en tanto en cuanto la diversa existencia de envoltorios en el local lo era a disposición del recurrente para su venta a terceros, tal cual constaba en las declaraciones de los propios agentes policiales que vieron restos de droga en el local en similares características y condiciones que los que fueron encontrados ocultos en el lugar que consta en los hechos probados, lo que determina, como decimos, que los clientes adquirirían allí la droga y la consumirían de igual manera.

Pese a la queja del recurrente en torno a que lo que se ha tenido en cuenta son sospechas hay que constatar que los indicios se han referenciado y concurren los requisitos exigidos por la doctrina de la sala con respecto a la concurrencia de los mismos, y el proceso deductivo a que ha llegado el Tribunal para admitir la concurrencia y su pluralidad, y, en consecuencia, la conclusión del Tribunal de que los envoltorios que fueron encontrados tenían como destino específico la distribución y la venta de sustancia estupefaciente, que era lo que se halló en el establecimiento abierto al público en correlación con los restos de sustancias también hallados por la policía y la inferencia que se alcanzaba con respecto a que el operativo que se realizaba en el local era la compra de sustancia en el mismo, aprovechándose el recurrente de la tenencia del local para ese fin, así como el consumo al mismo tiempo, tal y como se dedujo de los restos de drogas que había en el local y que daba lugar a la deducción lógica y coherente del consumo de las también adquiridas en el mismo local al recurrente en días precedentes.

El recurrente minusvalora en su recurso los indicios, o datos, con los que ha contado el Tribunal para el dictado de la sentencia condenatoria, pero la conclusión del Tribunal acerca de la reseña de los indicios, que no sospechas como fórmula el recurrente, se deben entender suficientes en razón a la correlación entre los mismos y la relevancia y categoría de los expuestos para llegar a una conclusión de condena, como ha sido fijada por el Tribunal de instancia y validado por el TSJ.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Infracción de precepto legal, conforme a lo previsto en el artículo 849.1 LECRIM en relación con el artículo 369.3 del Código Penal (el cual fue conculcado), reforzándose con la invocación del artículo 24 de la Constitución Española.

Nuevamente se formula un motivo basado en infracción de ley que exige el respeto de los hechos probados, y lo que se cuestiona en el presente caso es que se haya aplicado la agravación de la circunstancia tercera del artículo 369 CP cuando dice expresamente que se impondrá la pena superior en grado cuando los hechos fueron realizados en establecimiento abierto al público por los responsables o empleados de los mismos que son circunstancias que concurren en el presente caso.

Consta, así, en los hechos probados que:

" Maximino , DNI NUM000 , mayor de edad, el 6 de Agosto de 2016, sobre las 11:05 horas y tras una inspección realizada por la Guardia Civil en el local de su propiedad "Bar Los Amigos" sito en la localidad de Sot de Chera tenía en la caja registradora del local que regentaba con la finalidad de destinarlas a su venta en el mencionado local, diversas sustancias estupefacientes".



No puede desconocer el recurrente, u ocultar, que el propio relato de hechos probados describe claramente que la droga aprehendida se encontraba en un local abierto al público propiedad en este caso del recurrente, con lo cual resulta perfectamente aplicable la circunstancia referida en el número 3 del artículo 369 CP, en cuanto se desarrolla la actividad de la venta de la sustancia estupefaciente en un lugar o establecimiento abierto al público, lo que determina directamente la aplicación de la agravación referida, en cuanto consta en el relato de hechos probados la utilización del local para este fin y haber previsto el legislador una agravación de la responsabilidad penal en estos casos cuando la distribución de las sustancias se hace en estos establecimientos comerciales, al aprovecharse el recurrente de la mayor facilidad de difusión de la sustancia estupefaciente que tiene en estos supuestos en lugar de hacerlo en otras circunstancias, lo que determina un mayor reproche penal al propio delito del narcotráfico.

Y, además, pese a la oposición del recurrente consta el aprovechamiento que realiza el recurrente con respecto al local para la distribución y venta de droga, caracterizándose en la sentencia la continuidad y no el carácter esporádico, ya que el proceso deductivo del Tribunal con respecto a la existencia y aprehensión de los 25 envoltorios en conjunto con las declaraciones de los agentes con respecto a la existencia de restos de drogas de días anteriores determina la conclusividad del Tribunal acerca de que no se trató de un acto esporádico, sino que existía una pluralidad de los mismos por días precedentes que habían dejado restos de droga en el local, lo que da a entender el cumplimiento del requisito de la pluralidad de los mismos y el propio aprovechamiento del local para la venta de la sustancia y consumo en el mismo, con lo que la deducción del Tribunal resulta acertada al no tratarse de un hecho aislado, sino de una pluralidad, como resulta de las declaraciones de los agentes al momento de hacer la inspección en el local.

Destaca el Tribunal de instancia en el aprovechamiento del local para la distribución de la droga a terceros y las facilidades que reportaba el establecimiento público cuyo uso para la venta de droga favorecía el tráfico de las sustancias. Incide el Tribunal de instancia en este sentido en que se trataba de un establecimiento de un pueblo con pocos habitantes que en verano se llena de visitantes y que fue en esta época la fecha donde se suceden los mismos, con lo cual los visitantes acudían a dicho lugar para el despliegue de la actividad ilícita del recurrente en la distribución de sustancias estupefacientes. Nótese que los hechos ocurrieron en el mes de agosto cuando mayor afluencia de público había en el local y es por ello por lo que surge el aprovechamiento del mismo para la venta de droga a todos aquellos que fueran al local para ese fin de adquisición.

Señala al respecto el Tribunal Superior de justicia en el fundamento jurídico quinto de su sentencia que existe un dato objetivo cuál es que la droga estaba en el establecimiento abierto al público, ya que estaba en la caja registradora, un lugar al que solamente tiene el recurrente acceso, lo que facilitaba la disposición de las dosis para la venta posterior.

Se hace referencia a la mención del Tribunal de instancia de que los envoltorios de las dosis que tenía el recurrente en la caja registradora eran iguales a los que halló la Guardia Civil, y que se encontraban en el suelo del establecimiento, y así consta en las fotografías llevadas a cabo y en el testimonio de uno de los agentes actuantes. Ello determina que concurra la prueba indiciaria, al no exigirse la directa en estos casos y el proceso de deducción del tribunal acerca de la repetición de esos actos y no su carácter aislado. Quedó constatado, pues, el aprovechamiento del local para ello y la continuidad. Los 25 envoltorios estaban, además, en la caja registradora donde se cobra por las consumiciones y en este caso por la venta de droga de los envoltorios que tenía ya preparados y dispuestos para la venta.

Por ello, concluye el Tribunal que no estamos en una conducta aislada, sino ante la evidencia de restos hallados el día de la inspección que permite concluir que la actividad delictiva se desarrolló en días anteriores, al ser los restos hallados iguales a los envoltorios de las dosis que tenía a su disposición el recurrente. Ello determina concluir al TSJ que el recurrente se aprovecha de esta cobertura de su propio establecimiento para desarrollar su actividad delictiva, y resulta hecho notorio y evidente la aprehensión de la droga en el citado local, las circunstancias concurrentes de que días antes también se había distribuido y la similitud entre las mismas sustancias y el análisis de lo que fue hallado como sustancia estupefaciente, con lo cual se facilita su distribución al llevarse a cabo en establecimiento abierto al público, lo que determina el mayor reproche penal y la elevación de la pena impuesta en este caso al recurrente.

Es reiterada la jurisprudencia de la Sala en torno al fundamento de esta agravación y el mayor reproche penal que tiene disponer de drogas en un local comercial abierto al público por el condenado. Y nótese que podemos citar:

- 1.- Mayor facilidad para la venta y aprovechamiento del local para la distribución de la droga.
- 2.- Los autores pueden prevalerse del local que les pertenece o donde actúan para dar noticia de que en ese lugar se distribuye droga.



- 3.- Se facilita encontrar el lugar a los posibles clientes de la droga.
- 4.- Se fija un punto de concentración para la adquisición.
- 5.- La capacidad de distribución se multiplica.
- 6.- Debe tratarse de un aprovechamiento plural y no esporádico.

Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo 528/2021 de 17 Jun. 2021, Rec. 10011/2021 señalamos que:

"En la STS 920/2013, de 11 de diciembre de 2013, que menciona el recurrente y de la que transcribe unos párrafos, entre los cuales hay referencias a la interpretación restrictiva de que ha de ser objeto el subtipo que nos ocupa, o que no deberá ser de aplicación cuando solo conste un acto aislado de tráfico de poca entidad, pero no es aquí donde ha de ponerse el acento, sino que la sentencia ha de ser entendida en su íntegro contexto, siendo en la mayor y mejor disponibilidad que proporciona el negocio, donde habremos de centrarnos para determinar si cabe la agravación, como así resulta de pasajes de la misma, como el siguiente:

"En concordancia con lo expuesto esta agravación debe operar cuando los actos de tráfico de drogas realizados en el establecimiento abierto al público por el regente o empleado del mismo revelen una cierta dedicación y pluralidad, por lo que no deberá apreciarse la agravante específica cuando solo conste un acto aislado de tráfico de poca entidad, en cuanto en tal supuesto no concurre la razón justificativa de la agravante, consistente en el aumento de peligro contra la salud pública, por el incremento de las transmisiones que facilita la apertura al público del bar (STS. 211/2000 de 17.7, 840/2006 de 20.7). Deben quedar excluidos los actos puramente esporádicos y aislados, porque en ellos no se aprecian las razones agravatorias que fundamentan este subtipo agravado, al no revelarse en ellos un mayor peligro para el bien jurídico (SSTS. 783/2008 de 20.11, 1153/2009 de 12.11)".

En el mismo sentido otras SSTS, como la 808/2017, de 11 de diciembre de 2017, que vuelve a incidir en que los actos esporádicos y aislados no son suficientes para la cualificación".

Nótese que hemos destacado en algunos casos que los actos de carácter aislado y esporádico pueden determinar la no aplicación de la agravación, pero en el presente supuesto los indicios e inferencias del Tribunal con respecto al destino plural reiterado y no esporádico en la venta de drogas son evidentes ante las declaraciones de los agentes policiales que habían detectado consumo de drogas en días anteriores de similares características a aquellas que fueron encontradas, con lo que desaparece la circunstancia del carácter aislado, o esporádico, que muchos supuestos a determinada no aplicación de la agravación.

En la sentencia del Tribunal Supremo 820/2012 de 24 Oct. 2012, Rec. 2487/2011 se recoge que:

"El fundamento de esta agravación se encuentra, como hemos dicho, en el incremento del peligro para el bien jurídico, en cuanto que pone al alcance del consumidor una mayor facilidad de acceso a la droga y permite al vendedor aprovecharse de las condiciones del establecimiento, en cuanto responsable o empleado del mismo, y de la presencia indiscriminada de clientes en aquél para proceder a la ejecución de los actos de tráfico."

Pero importante es a los efectos que en este caso nos ocupan la sentencia del Tribunal Supremo 637/2015 de 29 Oct. 2015, Rec. 10507/2015 con la que, además, se da respuesta al motivo 6º, en cuanto a la exclusión del reclamado subtipo atenuado del art. 368 párrafo 2º CP, ya que apunta que:

"Es cierto que no existe una incompatibilidad objetiva entre todos y cada uno de los tipos agravados previstos en el art. 369 del CP y la atenuación prevista en el párrafo 2º del art. 368. Así lo recuerda el Fiscal y así lo ha proclamado esta Sala en numerosos precedentes, de los que las SSTS 33/2011, 26 de enero; 574/2011, 3 de junio; 833/2011, 15 de julio; 345/2011, 28 de abril y 600/2011, 9 de junio, no serían sino meros exponentes.

Hemos declarado que el precepto que autoriza la rebaja de la pena -como se deduce de su propia lectura y de la utilización de la conjunción copulativa-" y" asocia aquélla a la concurrencia acumulativa de la menor entidad del hecho y de ciertas circunstancias personales que hagan aconsejable la reducción.

Una interpretación sistemática, ligada también a los antecedentes de la reforma y a su tramitación parlamentaria, autoriza la idea de que el párrafo segundo del art. 368 del CP no sería excluible, con carácter general, en todos y cada uno de los supuestos agravados a que se refiere el art. 369 del CP.

Conviene reparar en que el nuevo apartado establece su propia regla de exclusión. Y de acuerdo con ésta, sólo la pertenencia a una organización delictiva -art. 369 bis-, la utilización de menores de 18 años o disminuidos psíquicos, la condición de jefe, administrador o encargado de las organizaciones encaminadas a favorecer la comisión del delito o los supuestos de extrema gravedad -art. 370- determinarían la exclusión del precepto.

Sin embargo, la ausencia de obstáculos aplicativos a los supuestos agravados no mencionados en la regla excluyente, no debe hacer perder de vista la idea de excepcionalidad que ha de presidir la determinación del



alcance del art. 368 párrafo segundo. Y es que la escasa entidad a que se refiere el art. 368 párrafo 2º, parece frontalmente incompatible, por ejemplo, con la notoria importancia sancionada como tipo agravado en el art. 369.5 del CP. Carecería de sentido construir un tipo agravado a partir de la notoria afectación del bien jurídico para autorizar, al mismo tiempo, la degradación de la pena en atención a la escasa entidad del hecho.

Esta Sala ha declarado, con ocasión de una venta del hachís que se realizaba en un establecimiento abierto al público, lugar en el que se guardaba también la cocaína, que "... aunque las cantidades de sustancias estupefacientes fueran de escasa cuantía, su ubicación excluye la aplicación del subtipo atenuado aunque no llegue a justificar la aplicación del subtipo agravado" (STS 1262/2011, 18 de noviembre). Hemos dicho también que "... no todo acto de menudeo, sin más, se hace merecedor de la aplicación del tipo atenuado. En supuestos en los que se describen varios actos, cronológicamente diferenciados, de venta de sustancia estupefaciente y en los que, además, existe la referencia locativa representada por un bar abierto al público, que sirve de punto de encuentro para las transacciones, el hecho imputado deja de ser de escasa entidad, como exige el art. 368.2 del CP" (STS 852/2013, 14 de noviembre).

El Fiscal cita en apoyo de su tesis otras sentencias de esta Sala. Así, la 394/2011, 17 de mayo, que excluyó expresamente, en ausencia de datos que justificaran una menor culpabilidad del autor, la posibilidad de que se aprecie el subtipo atenuado del art. 368.2 en casos de venta en establecimiento público. También, las SSTs 111/2012, 23 de febrero y 370/2013, 30 de abril. En esta última afirmábamos que "... es patente la incompatibilidad conceptual de aplicar tal tipo privilegiado cuando se aplica el subtipo de venta en establecimiento público precisamente porque tal subtipo exige una cierta habitualidad como ya se ha dicho y no una mera venta episódica".

Más allá de la fijación de una regla general inducida a partir de todos esos precedentes, lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria se muestra reacia a la posibilidad de admitir una compatibilidad entre el subtipo agravado previsto en el art. 369.3 del CP y el tipo atenuado a que se refiere el párrafo 2º del art. 368 del CP. Alguno de esos precedentes, sin embargo, concluyen esa inaplicabilidad a partir de un análisis del plano puramente objetivo reflejado en el ámbito de la antijuridicidad y en ausencia de datos que permitan ponderar lo que aquel precepto denomina "las circunstancias personales del culpable". Y es consolidada doctrina de esta Sala -como hemos apuntado supra- que la aplicación del tipo atenuado puede estar justificada, en el plano objetivo, cuando se trate de una disminución de la gravedad del injusto, al tratarse de una acción que lesiona en menor medida el bien jurídico protegido, o en el plano subjetivo, cuando la culpabilidad predicable del sujeto, asociada a sus circunstancias personales, haga menos reprochable su conducta. También hemos declarado que, pese a la utilización de la conjunción copulativa "y", no faltarán casos en los que el peso de lo objetivo o subjetivo sea de tal intensidad que desequilibre la exigencia literal de ambos elementos, hasta el punto de que lo que aparece como objetivamente grave en el plano de la antijuridicidad, relativice su alcance en el ámbito de la culpabilidad."

Como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo 1153/2009 de 12 Nov. 2009, Rec. 774/2009 "No cabe, pues, cuestionar que el acusado destinó su negocio a la clandestina distribución de sustancias estupefacientes.... era garante de que en el mismo no se cometieran delitos de esta gravedad, pues la obligación de impedir la comisión de tales hechos surge del amplio concepto de favorecimiento del tráfico de drogas que prevé como alternativa típica el art. 368 del C. Penal".

Los hechos probados describen que el recurrente *en el local de su propiedad "Bar Los Amigos" sito en la localidad de Sot de Chera tenía en la caja registradora del local que regentaba con la finalidad de destinarlas a su venta en el mencionado local, diversas sustancias estupefacientes.*

De esta manera, el recurrente pone a disposición de los posibles clientes la compra y el consumo de drogas en el establecimiento comercial como punto de encuentro, o lugar donde adquirir la sustancia estupefaciente. Y, asimismo, disponía en el local envoltorios diversos con distintas sustancias estupefacientes que en el momento en que los agentes policiales entran en el local llegaba a una cifra de 25. Todo ello, permite entender, en consecuencia, el aprovechamiento del local comercial para el destino al narcotráfico que era el objetivo en este caso del recurrente aprovechando y utilizando el lugar para facilitar la distribución de la sustancia estupefaciente, y que al decir de los agentes policiales y de la inspección que realizaron en el lugar como declararon en el acto del juicio oral no solamente se disponía a la compra de droga sino también a su consumo, habida cuenta los restos que había en el establecimiento como declararon los agentes en el acto del juicio.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por Infracción de ley conforme a lo previsto en el artículo 849.2º del Código Penal, por falta de aplicación la atenuante de toxicomanía, al existir documentos que acreditan dicha condición y, como consecuencia, la estimación y apreciación de dicha atenuante prevista en el 21.2 del Código Penal.



Se postula por la vía del art. 849.2 LECRIM la atenuante del art. 21.2 CP por afectación por consumo de drogas. Se apoya el recurrente para justificar el error de valoración en el informe de la UCA acompañado al escrito de Defensa y ratificado y ampliado en el juicio oral, al informe pericial de la Generalitat Valenciana aportado en la vista que acredita un trastorno moderado por consumo de anfetamina en remisión inicial y un trastorno leve por consumo de alcohol; y en las declaraciones de tres testigos propuestos por la defensa que declararon que el acusado es consumidor de sustancias estupefacientes de larguísima evolución.

Pues bien, señala el art. 21.2 CP que es circunstancia atenuante *La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.*

Requisitos se exigen para apreciar esta atenuante:

1. La constatación de la grave adicción.
2. La adicción sea el motivo de la actuación delictiva.
3. La capacidad intelectual y volitiva del sujeto esté mermada, si bien de forma mínima.

Una vez constatada la adicción, deberá valorarse ésta como grave. Es el juez el que ha de valorar esa gravedad de la adicción de acuerdo con el criterio que da la experiencia. El número de años de adicción podría ser un dato para apreciar esta gravedad.

Es necesario, además, que la adicción sea el motivo o la causa de la actuación. Se hace referencia, por tanto, a la llamada "delincuencia funcional".

Aunque el Código no menciona la necesidad de que las facultades intelectivas y volitivas del sujeto resulten alteradas, éstas deben estarlo, puesto que el fundamento de la atenuante reside en que afecta a la imputabilidad del sujeto.

Esta necesidad de la alteración mínima de las facultades intelectivas y volitivas del drogodependiente implica también que no será suficiente la mera condición de drogadicto, como ya he mencionado, para la aplicación de la atenuante.

La STS de 23 de abril de 2004 señala que para la aplicación del art. 21.2 CP "no basta que se acredite el padecimiento por el recurrente de una grave adicción a las sustancias estupefacientes, sino que a ello debe añadirse el carácter motivacional o funcional de tal adicción en relación al delito cometido. Para apreciar la atenuación es necesario, por tanto, además de la adicción una relación de conexidad o lazo de causalidad entre tal efecto y el delito perpetrado (...).

Lo básico en el juego de la atenuante, es la relevancia motivacional de la adicción.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 265/2015 de 29 de abril de 2015, Rec. 10496/2014 que:

"Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación.

No se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal. Por todo ello, en el caso enjuiciado, en el que el recurrente captó a un familiar para que se desplazase a América para importar una cantidad relevante de cocaína, debe rechazarse la aplicación de la atenuante".

También, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 25/2019 de 5 de diciembre de 2018, Rec. 2778/2018 señala que:

"La existencia de una grave adicción al consumo de sustancias estupefacientes o droga, siendo preciso señalar que la simple condición de consumidor no basta (vid., STS 200/2017, de 27 de marzo), sino que es necesario que el sujeto despliegue la actividad delictiva como un **medio** para obtener los ingresos necesarios para subvenir a su compulsiva e imperiosa necesidad de consumir, propia de la grave adicción (vid., en este sentido la STS 412/2017, de 7 de junio).

Es preciso también acreditar la correspondiente merma en las facultades del sujeto, pues, en definitiva, lo que conforma y alienta la atenuante no es, en sí, el consumo de sustancia estupefaciente, sino la imposibilidad o la dificultad de aquél de adaptar su conducta a los dictados de la Ley, por déficit en las facultades volitivas, cognitivas e intelectivas (vid., SSTS 08/2014, de 6 de noviembre y 895/2016, de 30 de noviembre).



En tal sentido, hemos declarado que el mero consumo o la mera adicción a esas sustancias no implica, por sí mismo, atenuación alguna. Para ello sería necesario que la adicción pudiera considerarse grave y que se acreditara algún efecto causal en relación con el delito cometido o bien que quedara probada la existencia de alguna perturbación mental relevante a consecuencia de la adicción (SSTS 877/2005, de 4 de julio; 1101/2005, de 30 de septiembre; 1321/2005, de 9 de noviembre; 912/2006, de 29 de septiembre; 1071/2006, de 8 de noviembre; 444/2008, de 2 de julio). En definitiva, no basta con ser drogadicto, cuando no alcanza una gravedad que le compele a la conducta delictiva, para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la incidencia de la ingestión de la droga en sus facultades intelectivas y volitivas del sujeto y esa afectación de la capacidad de culpabilidad del acusado ha de constar suficientemente probada (SSTS 1167/2004, de 22 de octubre; 842/2005, de 28 de junio; 223/2007, de 20 de marzo; 524/2008, de 23 de julio; 16/2009, de 27 de enero)".

"La atenuación de grave adicción no se basa en las alteraciones que produzca la adicción en la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, como ocurría en aquéllas, sino en la incidencia que ha tenido la adicción en la motivación para cometer el delito como causa que es de ella, por tanto, lo que se pretende regular con esta atenuante son los estados intermedios en que el drogodependiente no se halla en situación de intoxicación por el consumo de drogas, ni en una situación de síndrome de abstinencia al tiempo de cometer el delito".

Los requisitos exigidos para su apreciación, que deben cumplirse acumulativamente, son tres:

a) Existencia de adicción.

Que exista adicción al consumo de una droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica.

1. No es suficiente la mera drogadicción que no afecte a la culpabilidad para la apreciación de esta atenuante.
2. Parece exigirse la existencia de una influencia apreciable de la drogadicción en el psiquismo de quien la padece, que sea leve o poco acusada en el momento de cometer el delito.
3. Si la prolongada adicción ha producido un deterioro mental desembocando en anomalías y alteraciones psíquicas y menoscabando o eliminando la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, estos casos se tratarían dentro de la eximente del art. 20.1.º CP, no en la del 20.2 CP ni en la atenuante ahora estudiada;

b) Que dicha adicción sea grave.

La doctrina del Tribunal Supremo ha establecido dos criterios según la Sentencia de 2 de diciembre de 1998:

"Cuando la persona afectada lleve presa de las drogas un tiempo que pueda considerarse prolongado, o bien, cuando la adicción, aunque no se prolongue en exceso retrospectivamente, lo sea a productos especialmente esclavizadores", y continúa que "en estos casos, aunque no se haya acreditado que el sujeto ejecutó el hecho delictivo con sus capacidades mermadas (lo que precisaría de un examen médico inmediato, no siempre factible), debe entenderse la concurrencia de una cierta disminución de dichas facultades -especialmente las volitivas- en la acción comisiva, porque tal grave adicción socava la resistencia de la voluntad a delinquir, reduciendo en la misma medida la capacidad de autodeterminación con el consiguiente impacto en la imputabilidad del agente"; y

c) Que el delito se cometa a causa de esa adicción.

Que exista una relación de causalidad entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto en un momento determinado, que es lo que le impulsa al delito para acceder a ellas o al dinero que necesita para adquirirlas.

En base a todo ello y según la Jurisprudencia, se apreciará dicha atenuante cuando el culpable actúe a causa de una grave adicción a las drogas, y cuando hay un síndrome de abstinencia leve, en que la imputabilidad está menos disminuida que en los casos de eximente incompleta, pero siempre que, además, exista una relación entre el delito cometido y la carencia de droga que padece el agente, de forma que la finalidad del delito sea aliviar el síndrome padecido a causa de la drogodependencia.

En consecuencia, en el presente caso el recurrente basa su alegato en informes que se citan y en testigos, pero no se cumplen los presupuestos señalados para la viabilidad de la atenuante.

Pues bien, señala el efecto del Tribunal Superior de justicia en su sentencia en el fundamento sexto que el Tribunal de instancia rechazó ya la aplicación de esta atenuante en base a la doctrina que ya hemos expuesto con carácter precedente, ya que la circunstancia de ser toxicómano no puede determinar la aplicación de la atenuante y es preciso fijar y probar que la conducta se realizó a consecuencia de la adicción a las drogas.



Señala, pues, el TSJ que en el presente procedimiento la actividad que desarrollaba el recurrente en su local respecto a la venta de sustancias estupefacientes está constatado y acreditado, aunque en ningún momento se acredita que esta actividad se llevara a cabo para obtener beneficios que le permitieran costearse su adicción, o que la actividad delictiva lo fuera por su adicción y le limitara ello sus facultades intelectivas y volitivas.

Contrariamente a lo pretendido por el recurrente la actividad desarrollada implica una planificación, ya que disponía de los envoltorios en la caja registradora del local, y ello es difícilmente compatible con una alteración de sus facultades intelectivas y volitivas, lo que destaca con sumo acierto el TSJ en su sentencia para descartar la aplicación de esta atenuante, y se constata en la sentencia que el informe pericial solo señala la condición de consumidor, pero no se determina la concurrencia de los requisitos expuestos anteriormente para la viabilidad de la atenuante que se postula.

De todos modos, hay que hacer constar también en el presente caso que el motivo por el que se articula se refiere a la vía del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece un rigor con respecto a los documentos que se pueden aportar para el uso de esta vía de error en la valoración de la prueba, exigiendo la literosuficiencia de estos documentos que se cuestiona en el caso de los que refiere en este supuesto el recurrente con relación a las dudas que existen respecto a los documentos aportados y el carácter de literosuficiencia que exige al efecto el precepto, además de estar contradichos por otros elementos probatorios y la inexistencia de corroboración con respecto a la concurrencia de los elementos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación de la atenuante postulada por el recurrente.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Infracción de ley, conforme a lo previsto en el artículo 849.1 LECRIM por falta de aplicación del tipo atenuado del artículo 368 del Código penal, habiéndose infringido dicho precepto.

Ya hemos señalado en el fundamento de derecho quinto la incompatibilidad de la aplicación de este subtipo atenuado con la agravación del artículo 369 circunstancia tercera, CP en torno al aprovechamiento del uso de un local para la distribución y venta de sustancia estupefaciente, como es el caso que se constata en los hechos probados de la presente resolución que es objeto de **impugnación** casacional en el presente caso. Y resulta evidente que la menor entidad del hecho a que se refiere el párrafo segundo del artículo 368 CP resulta absolutamente incompatible con el aprovechamiento por parte del recurrente de un establecimiento en donde ubicaba los envoltorios de la sustancia estupefaciente en la caja registradora para facilitarle la distribución y cobro por parte de los consumidores de droga de la sustancia que vendía en su local.

Mal puede reflejarse en estos casos una aplicación de un subtipo atenuado apelando a la escasa entidad del hecho y circunstancias del culpable cuando él mismo se aprovecha de un establecimiento comercial para proceder a la distribución de la droga por el incremento del reproche penal que ello lleva consigo por el mayor riesgo de atentar en mayor medida al bien jurídico protegido de la salud pública. Y ello, al aprovecharse de un establecimiento comercial para ubicar en él los puntos de venta de droga, así como en el consumo que los agentes de la policía pudieron constatar en el lugar de los hechos al realizar la inspección como declararon en el acto del juicio oral.

No puede, en consecuencia, aplicarse una rebaja de la penalidad por la formulación de un subtipo atenuado que choca frontalmente con otro subtipo agravado que incrementa la pena por la utilización de un local para distribución y venta de la droga.

En esta misma línea, destaca el TSJ en su sentencia en el fundamento séptimo que nos encontramos ante una actividad desarrollada por el recurrente en el establecimiento abierto al público de su propiedad, donde vendía droga a clientes que, como declararon los agentes de la Guardia Civil, según les manifestaron varios vecinos entraban y salían del local. No puede, por ello, considerarse una actividad aislada, sino premeditada y dilatada en el tiempo, como declaró un agente de la Guardia Civil al describir el local, y que había restos de papelinas por el suelo, e, incluso, de sustancias.

Por ello, ya lo establece la sentencia de instancia recurrida ante el TSJ que el hecho de vender sustancias estupefacientes en un local abierto al público es incompatible con la escasa entidad del hecho, circunstancia ya referida en la jurisprudencia de esta sala y que se ha reflejado anteriormente. No existe en este caso una menor gravedad del injusto típico, sino todo lo contrario al quedar constatado justo lo contrario; es decir, la mayor gravedad por el aprovechamiento del local para la distribución de la sustancia estupefaciente. No es válido poner el acento, como realiza el recurrente, en la cantidad de droga encontrada, sino en la facilidad de distribución de la misma en 25 envoltorios que facilitan la preordenación y destino al tráfico de sustancia estupefaciente mediante el aprovechamiento del uso del local para operar esa distribución, con lo que no es la cantidad de sustancia aprehendida lo relevante, sino la distribución en varios envoltorios que da lugar a la presunción de la preordenación al tráfico de drogas como actividad que llevaba a cabo el recurrente.



El motivo se desestima.

OCTAVO.- 7.- Infracción de ley, conforme a lo previsto en el artículo 849,1" del Código Penal, por infracción del artículo 21.6 del Código penal debido a la apreciación únicamente como ordinaria y no como muy cualificada de la atenuante de dilaciones indebidas.

Se postula la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada cuando ha sido reconocida como simple, pero hay que tener en cuenta que si los hechos ocurren en agosto del 2016 y el juicio oral se celebra en julio del 2020 no es posible aplicar una mayor caracterización de la consideración de la atenuante para elevarla al grado de muy cualificada.

Pues bien, como bien apunta el fiscal de sala del Tribunal Supremo esta cuestión no fue planteada en el recurso de apelación y se trata de una cuestión nueva "per saltum" que ha eludido el planteamiento ante el TSJ en su recurso de apelación, y lo suscita ex Novo ante esta sala de casación.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 621/2021 de 13 Jul. 2021, Rec. 3697/2019 que:

"No pueden traerse a casación cuestiones que no han sido objeto de debate en apelación. No podríamos revisar la decisión de la Audiencia sobre esos puntos, sencillamente porque no ha adoptado ninguna decisión al respecto en cuanto eran temas no planteados. Eso comporta la inadmisibilidad del recurso.

Es este criterio ya consolidado en la jurisprudencia de esta Sala que solo admite excepciones muy marcadas cuando se trate de cuestiones vinculadas estrechamente a un marcado orden público: SSTS 41/2020, de 6 de febrero.

Esa doctrina clásica adquirió 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.

Tampoco se justifica cuando se alega en casación una infracción de derechos fundamentales que no ha sido planteada en apelación. Esta Sala ha excluido del recurso de apelación las alegaciones amparadas en el artículo 852 de la LECrim cuando se trata de recursos contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias provinciales. Por lo tanto, el hecho de que se alegue la vulneración de un derecho fundamental no justifica por sí mismo que se examine la cuestión nueva en casación.



Además de estos supuestos que puedan encuadrarse en la noción de cuestiones de orden público, la jurisprudencia ha admitido otros casos que tienen una justificación diferente. Se trataría de cuestiones que, o bien no pudieron ser planteadas en el recurso de apelación, por razones obvias, o bien de cuestiones que, aunque desde otras perspectivas, en realidad ya habían sido planteadas en aquel recurso.

Así, en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020, se decía que esta doctrina general que limita las alegaciones en casación, "no impide que, excepcionalmente, en algunos casos se examinen por el Tribunal de casación cuestiones que, en rigor, no fueron planteadas en la apelación. Como se ha dicho, en primer lugar, por razones evidentes, ello será posible en aquellos casos en los que la infracción denunciada se atribuya al tribunal de apelación, bien en la tramitación o bien en la resolución del recurso. En segundo lugar, prescindiendo de formalismos exacerbados y atendiendo al significado real de las cuestiones planteadas, en aquellos otros en los que lo planteado en casación resulte en realidad una distinta consideración de lo ya cuestionado en el recurso de apelación. Solo así se respetaría la estructura del proceso en relación a los recursos, y la misma naturaleza del recurso de casación. En sentido similar la STS nº 12/2017, de 19 de enero".

Aun así, todavía podrían plantearse supuestos en los que, muy excepcionalmente, se justificaría el examen de una cuestión no planteada en apelación.

Esta Sala ha admitido esa posibilidad cuando se trata de la prescripción o de otras cuestiones que deban apreciarse de oficio por los Tribunales. Así, en la STS nº 174/2006, de 22 de febrero. (...)

A esta posibilidad también se ha referido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la Sentencia de 17 de marzo de 2016, *Bensada Benallal*, (Cuando de conformidad con la legislación nacional, un motivo planteado por primera vez ante un tribunal nacional de casación, basado en la violación del derecho interno, sólo es admisible si es de orden público, un motivo basado en la violación del derecho a ser oído, tal y como garantiza el derecho de la UE, y que se plantea también por primera vez ante el mismo tribunal de casación, debe ser declarado también admisible si cumple las condiciones exigidas por la legislación nacional para ser considerado como un motivo de orden público, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente). En similar sentido la STJUE de 14 de noviembre de 2017, *Caso British Airways contra Comisión Europea*.

En definitiva, aunque las excepciones a la regla general han sido interpretadas y aplicadas en ocasiones con amplia generosidad, una vez que se ha generalizado el recurso de apelación, en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo".

La STS 345/2020, de 25 de junio, del Pleno de esta Sala Segunda refrendó ese criterio explayándose en argumentos en su apoyo. Esa pauta luego ha sido reiterada en múltiples ocasiones, tanto en sentencias, como en centenares de providencias de inadmisión."

En cualquier caso, hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en la Sentencia 366/2020 de 2 Jul. 2020, Rec. 4003/2018 que:

"En cuanto a su consideración como muy cualificada, esta Sala Segunda, STS 650/2018, de 14 de diciembre, tiene dicho que si para apreciar la atenuante simple se requiere una dilación indebida "extraordinaria" en su extensión temporal, ello debe comportar que los elementos que configuran la razón atenuatoria se den de forma intensa y relevante.

En concreto en relación a la dilación se exige que supere el concepto de "extraordinaria", que sea manifiestamente "desmesurada", esto es que esté fuera de toda normalidad. También cuando la dilación materialmente extraordinaria, pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad por la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales (SSTS 95/2016 de 17 febrero, 318/2016 de 15 abril, 320/2018, de 29 de junio).

En definitiva, se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria.

Como explica y compendia la STS 668/2016 de 21 de julio "en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo,



se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003 de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003 de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002 de 21 de marzo (9 años); 39/2007 de 15 de enero (10 años); 896/2008 de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008 de 12 de febrero (16 años); 440/2012 de 25 de mayo (diez años); 805/2012 de 9 octubre (10 años); 37/2013 de 30 de enero (ocho años); y 360/201, de 21 de abril (12 años)." Más recientemente la STS 760/2015 de 3 de diciembre estimó una atenuante de dilaciones muy cualificada en un supuesto de 13 años de duración del proceso, en el que la única actividad procesal relevante en los últimos cinco fue el nombramiento de Letrado a un responsable civil y la formulación de conclusiones provisionales por éste."

No concurren estas circunstancias en el presente caso, por lo que debe entenderse que se debe desestimar el motivo al no existir una duración desmesurada de la causa, o paralizaciones que supongan un plus, además de no haberse planteado este motivo en sede de apelación.

Con respecto al escrito presentado en esta Sala en fecha 28 de Junio de 2022 postulando la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada en atención al tiempo transcurrido entre la interposición del recurso de casación y la fecha de deliberación, votación y fallo y dictado de la sentencia hay que negar esta posibilidad categóricamente.

Esta Sala ya ha señalado en Auto de 30 Nov. 2021, Rec. 5689/2019 que:

"No puede apreciarse una atenuante de dilaciones indebidas en esta sede casacional en el periodo de tiempo hasta la fecha de deliberación, votación y fallo de la sentencia y el dictado de la misma.

No se puede pretender reparar un daño no causado ni real por la tramitación del recurso de casación interpuesto por la propia parte en la respuesta penológica a imponer por el delito cometido y que ha quedado probado y fijado en una sentencia que puede haber sido objeto de recurso de apelación, incluso, y después de casación al referirse el alegato, o el motivo que se desea plantear ex post a la interposición del recurso, porque ello nos llevaría a un recorrido interminable en el que ante recursos que se puedan interponer la parte alegara atenuantes ex novo posteriores a la sentencia que se dicta resolviendo los hechos probados, y que podría llegar, incluso, de admitirse esta tesis a dilaciones alegadas que pudieran llegar a surgir durante la fase de ejecución.

De todos modos, desde el punto de vista de la conexión que se pretende de las alegadas dilaciones, ello no provoca ninguna vulneración de derechos fundamentales. La apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas es un problema de legalidad; y no de vulneración del derecho fundamental (derecho al plazo razonable) con el que está relacionada (STC 142/2012, de 2 de julio). El derecho se viola por el proceso, no por la sentencia. Ésta, si no aplica una atenuante, no quebranta el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, sino tan solo el art. 21 CP (STS 327/2013, de 4 de marzo).

La vinculación con un derecho fundamental debe ser directa; no basta una conexión indirecta. Una interpretación más laxa acabaría con la doctrina de la cuestión nueva. Difícilmente habrá una cuestión en casación que no guarde relación, aunque sea oblicua, con algún derecho fundamental (arts. 24 o 25 CE). Todo pronunciamiento penal tiene una vinculación más o menos directa con algún derecho de ese orden, aunque sea la libertad (art. 17 CE) o el principio de legalidad (art. 25 CE). Por tanto no es suficiente constatar que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas tiene rango constitucional. Lo que se quiere debatir es si procede una atenuación. El derecho fundamental se lesiona con el proceso; no con la sentencia. La apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas es cuestión de legalidad; y no de conculcación del derecho fundamental con el que se relaciona. No hay así pues un derecho fundamental procesal directamente implicado.

Son claras, pues, las dificultades de admitir atenuantes post enjuiciamiento y post sentencia de instancia, en donde no se vulnera derecho fundamental alguno y cuyo tratamiento lo es por recurso de la parte que ahora insta la dilación, lo que no puede conectarse con la limitación del derecho a recurrir, pero que no puede llevar asociado un pretendido derecho a plantear atenuantes ex novo que no han sido objeto de debate en la sentencia de instancia, que es la objeto de análisis y no el trámite procedimental del recurso de apelación o de casación que haya interpuesto la parte."

No es válido plantear nuevos motivos ex post al interpuesto y en menor medida por hechos ajenos al contenido de lo resuelto en la sentencia de instancia que es la que es objeto de recurso en su contenido.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 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 de Maximino , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 11 de noviembre de 2020, que desestimó el recurso de apelación formulado por indicado acusado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, de fecha 17 de julio de 2020, que le condenó por delito contra la salud pública. Condenamos a dicho recurrente 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.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Vicente Magro Servet

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ