



Roj: **STS 767/2021 - ECLI:ES:TS:2021:767**

Id Cendoj: **28079120012021100159**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/02/2021**

Nº de Recurso: **1768/2019**

Nº de Resolución: **164/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 277/2019,**
STS 767/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 164/2021

Fecha de sentencia: 24/02/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1768/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/02/2021

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

Procedencia: TSJ Islas Baleares

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

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1768/2019

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 164/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 24 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1768/2019, por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por el acusado **D. Celso**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, con fecha 15 de marzo de 2019, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del referido acusado contra la sentencia nº 90/2018, de 21 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª, en el rollo de sala nº 85/2017, por delito contra la salud pública, contra D. Conrado y D. Celso. Estando representado el recurrente por la procuradora D.ª Isabel Cordovilla González, bajo la dirección letrada de D. César Pintón Cañon.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª, el rollo de procedimiento abreviado nº 85/2017, procedente de diligencias previas número 1047/2016, incoado por el Juzgado de Instrucción número 10 de Palma de Mallorca, se dictó sentencia con fecha 21 de septiembre de 2018, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- Probado y así se declara que el día 11 de junio de 2016, en una hora no determinada de la madrugada, los acusados D. Conrado y D. Celso, ambos mayores de edad, sin antecedentes legales, y en situación administrativa regular en España e Italia, respectivamente, se encontraban en la calle General García Ruiz, de Magalluf (Calvia) cuando fueron detenidos por agentes de la Guardia Civil que habían observado cómo los acusados, de común acuerdo, entregaban a un turista extranjero, a cambio de la cantidad de 100,00 euros, tres bolsas de una sustancia que, una vez analizada, resultó ser marihuana con un peso de 3'671 gramos y una pureza del 21'3% que habría alcanzado en el mercado ilícito un valor de 18,50 euros.

SEGUNDO.- En el momento de la detención, los agentes incautaron en poder del acusado D. Celso la cantidad de diez comprimidos de una sustancia que, una vez analizada, resultó ser MDMA con un peso de 2'105 gramos de una pureza del 52,4% y que habría alcanzado en el mercado ilícito un valor de 98,18 euros, sustancia que dicho acusado llevaba consigo con la intención de distribuirla a terceros a cambio de dinero. No ha quedado acreditado que el acusado D. Conrado conociera que su compañero D. Celso portara esa sustancia y que se hubiera concertado con éste para proceder a la venta de la misma a terceros.

El acusado D. Conrado llevaba consigo la cantidad de 120,00 euros, mientras que el acusado D. Celso llevaba la suma de 15,00 euros, cantidades procedentes de la actividad ilícita de distribución de sustancias estupefacientes (sic)".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva:

"1. Que debemos condenar y condenamos a D. Conrado, cuyas circunstancias personales ya constan, como autor responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, previsto y penado en el artículo 368.1 párrafo segundo, del Código Penal, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de una multa por importe de 18,00 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad, en caso de impago.

El acusado deberá abonar la mitad de las costas causadas.

2. Que debemos condenar y condenamos a D. Celso, cuyas circunstancias personales ya constan, como autor responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el artículo 368.1 párrafo segundo, del Código Penal, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y ocho meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de una multa por importe de 100,00 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de cinco días de privación de libertad, en caso de impago. Conforme al art. 89 del Código Penal se sustituye la pena de prisión impuesta a D. Celso por la expulsión de territorio nacional por un periodo de cinco años.

El acusado deberá abonar las costas causadas, la mitad de ellas al cincuenta por ciento con el otro acusado.

Se acuerde el comiso y destrucción de la sustancia estupefaciente intervenida y de sus muestras.

Se acuerda el comiso del dinero intervenido a los acusados(sic)".



TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por uno de los acusados; dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, con fecha 15 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es la siguiente:

1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de D. Celso , con asistencia del Letrado D. Jaime Calvar Antón, contra la sentencia nº 90/2018 dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera.

2º.- Confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

3º.- Declarar de oficio las costas procesales del recurso(sic)".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación procesal del acusado **D. Celso** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación procesal del recurrente **D. Celso** se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, artículo 24.2 de la Constitución.

2.- Subsidiariamente al anterior motivo, por infracción de ley, al amparo del artículo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con relación vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, al haber infringido el principio acusatorio al haber sustituido la pena de un año y ocho meses de prisión impuesta a don Celso por la expulsión del territorio nacional por un período de cinco años.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso presentado de contrario, por el Ministerio Fiscal se interesa la inadmisión a trámite del recurso interpuesto por el recurrente, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉTIMO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 23 de Febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Baleares, Sección 1ª, condenó al acusado Celso como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, del artículo 368, párrafo segundo, del Código Penal, a la pena de un año y 8 meses de prisión y multa de 100 euros, acordando la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español durante cinco años. Contra la sentencia interpuso recurso de apelación alegando vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Contra esta sentencia interpone recurso de casación.

En el único motivo denuncia vulneración de la presunción de inocencia. Sostiene que la prueba de indicios valorada en la sentencia es insuficiente. Sostiene que, dado que las pastillas estaban en bolsitas separadas de dos en dos, pero todas ellas dentro de un mismo envoltorio de plástico, que no están en la jardinera donde escondían la marihuana y que, no sabiéndolo el coacusado, no podría venderlas sin que éste lo percibiera, existe un margen objetivo de incertidumbre y falta de acreditación que deberían haber conducido a la absolución.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica, en el marco del proceso penal, que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso con todas las garantías, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2) (STC 185/2014). Todo ello supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción



inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza que pueda considerarse objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables.

El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar, de un lado, la regularidad de la prueba utilizada, es decir, su ajuste a la Constitución y a la ley, y, de otro lado, la racionalidad del proceso argumentativo. Esta forma de proceder en el control de la racionalidad del proceso valorativo no implica que el Tribunal que resuelve el recurso pueda realizar una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente las de carácter personal. Se trata, solamente, de comprobar que el Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica, no ha desconocido injustificadamente las máximas de experiencia y no ha ignorado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, su valoración de las pruebas no ha sido manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.

Por otro lado, en cuanto a la prueba indiciaria, la STS nº 220/2015, de 9 de abril, recogía el contenido de la STC 128/2011, de 18 de julio, la cual, enlazando con ideas reiteradísimas, sintetiza la doctrina sobre la aptitud de la prueba indiciaria para constituirse en la actividad probatoria de cargo que sustenta una condena: "*A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes" (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3 ; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/2010, FJ 3). Asumiendo "la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad" (SSTC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3), sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando "la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4 ; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 ; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3 ; 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3 ; 25/2011, de 14 de marzo, FJ 8)".*

Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos en los que, tras la reforma operada por la Ley 41/2015, existe un recurso de apelación previo a la casación, al igual que ocurre con los seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, donde deberá haber procedido a las comprobaciones antes mencionadas. En consecuencia, en estos aspectos, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto 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 intermediación que sí ha tenido el 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 del Tribunal del Jurado, 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.

2. Según los hechos probados, el recurrente fue detenido por agentes no uniformados de la Guardia Civil cuando, junto con el coacusado no recurrente Conrado, acababan de vender a un turista una pequeña cantidad de marihuana. En poder del recurrente, sin que se considerara acreditado que el coacusado lo supiera, se encontraron, además, 10 pastillas de MDMA con un peso de 2'105 gramos de una pureza del 52,4%, considerando el Tribunal que estaban destinadas a la venta a terceras personas. Para alcanzar esa conclusión, el Tribunal de instancia se basó en la forma en que estaban repartidas las diez pastillas, en bolsitas conteniendo cada una dos pastillas; en la falta de acreditación de la adicción del acusado al consumo de pastillas de éxtasis, y el hecho de que hubiera sido sorprendido instantes antes vendiendo marihuana a terceros.

El recurrente sostiene que las pastillas estaban destinadas a su propio consumo.

La voluntad o el propósito de destinar al tráfico la droga poseída es un elemento interno del sujeto que, generalmente, solo puede acreditarse mediante una inferencia basada en indicios suficientemente indicativos y debidamente probados.

El Tribunal Superior de Justicia entendió que existía prueba bastante acerca de la posesión de la sustancia, la cual no fue discutida por el recurrente. También respecto de la forma en la que se encontraba distribuida la droga, pues según la testifical de los agentes, las diez pastillas de MDMA se encontraban distribuidas en bolsitas individuales que contenían dos pastillas cada una, bolsitas todas ellas que estaban dentro de un plástico de los que suelen contener pañuelos Kleenex.

Y, en cuanto al destino al tráfico de la misma, consideró razonable la conclusión alcanzada por el de instancia, en cuanto estaba basada en varios indicios suficientemente significativos.

Tiene en cuenta el Tribunal, además de los indicios mencionados en la sentencia de instancia, antes aludidos, que no se practicó ninguna prueba que pudiera acreditar que el recurrente era consumidor de esa sustancia. Ni sobre el momento y la forma en la que había adquirido las pastillas, pues no fue preguntado sobre ello. También razona que el que no estuvieran escondidas en la jardinera junto con la marihuana encuentra explicación en la ignorancia del coacusado respecto de su posesión por el recurrente. A ello cabe añadir que la posesión en la calle, en horas ya de la madrugada, de esa cantidad de pastillas distribuidas de esa forma encuentra su explicación más razonable, ajustada a la lógica y a las máximas de experiencia, en su destino a la venta a terceros.

Finaliza el TSJ de Baleares señalando que *" En consecuencia, no cabe atender la argumentación del recurrente, debe concluirse, con la Audiencia, que existen indicios que llevan a inferir de forma racional que el Sr. Celso se dedicaba al tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, puesto que está acreditado que tire sorprendido instantes antes vendiendo estupefacientes a terceros, hecho reconocido por él; lo que debe unirse al hecho de que estaba en posesión de diez pastillas distribuidas en forma de cinco dosis individuales y al hecho de la ausencia de prueba de la adicción del recurrente al consumo de pastillas de éxtasis para desvirtuar dicha inferencia; por ello la conclusión a la que se llega de forma lógica es que la única finalidad de que el condenado tuviera en su poder esas pastillas era, de igual modo, su venta a terceros "*.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En un segundo motivo, subsidiariamente al primero, denuncia vulneración del principio acusatorio, al haber acordado la expulsión del territorio español como sustitución de la pena de prisión de un año y ocho meses, cuando el Ministerio Fiscal solamente la solicitó para el caso de que se acreditara que el acusado se encontraba en situación irregular en España, circunstancia que no concurre. En el desarrollo del motivo realiza algunas consideraciones que, excediendo del principio acusatorio, se refieren a la procedencia de haber acordado finalmente la expulsión en sustitución de la ejecución de la pena de prisión.

1. Se recordaba en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020, que "Hemos señalado en otras ocasiones 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.

" Como afirma la STS 84/2018, de 15 de febrero, con cita de la STS 54/2008, 8 de abril, "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a



resolver la apelación- 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. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTs 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, 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 (SSTs 1256/2002 4 de julio , y 545/2003 15 de abril)". (STS nº 290/2019, de 31 de mayo).

En el mismo sentido, decíamos en la STS nº 781/2017, de 30 de noviembre, citando la STS nº 700/2012, que " ha de recordarse que el recurso de casación en el procedimiento seguido ante el tribunal del jurado, se dirige contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, revisando a su través tanto las respuestas que el órgano de apelación haya dado a las cuestiones que le fueron planteadas, como la misma actuación de este tribunal al tramitar y resolver dicho recurso. No se trata, pues, de una nueva oportunidad para dirigir el recurso contra la sentencia dictada por el tribunal del jurado que resolvió en la instancia tras el juicio oral, incluyendo quejas no planteadas en apelación, sino que el recurso de casación está orientado a la revisión de la actuación jurisdiccional del tribunal de apelación al tramitar y resolver esa clase de recurso. De manera que las cuestiones planteadas en el recurso de casación debieron serlo primeramente ante el tribunal de apelación, con la única excepción de aquello que el recurrente considere infracciones cometidas precisamente por este último tribunal y que no pudieron ser atribuidas al primero. En este sentido, esta Sala, entre otras en la STS nº 895/2001 , ya señalaba que " ...como recuerda la Sentencia de 26 de febrero de 2001 este recurso extraordinario se dirige a impugnar lo resuelto en la segunda instancia y ha de tratar únicamente sobre si los argumentos empleados por el Tribunal Superior de Justicia son o no adecuados a derecho, sin que aquí se puedan plantear cuestiones diferentes de las tratadas en la sentencia recurrida. En este sentido la sentencia de 31 de mayo de 1999 dice que "ha de señalarse que el recurso de casación se formula contra la sentencia dictada por el Tribunal de apelación, no pudiéndose introducir cuestiones nuevas que no pudieran ser examinadas por éste. En consecuencia, en la reproducción de este motivo no cabe incorporar nuevas versiones de las supuestas infracciones derivadas de la actuación del Magistrado- Presidente que no figuraron en el precedente motivo de apelación". De la misma forma, en la STS nº 293/2007 se decía 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". En sentido similar la STS nº 911/2007, STS nº 992/2007 y STS nº 329/2001, entre otras.

Esto no impide que, 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.

2. En el caso, el recurrente no planteó en la apelación la vulneración del principio acusatorio, ni tampoco cuestionó la procedencia de sustituir la pena de prisión por la expulsión del territorio español. Argumenta ahora que en la apelación sostenía la vulneración de la presunción de inocencia, lo que, de estimarse, habría supuesto la condena a una pena inferior a un año por el tráfico de marihuana, por lo que la expulsión habría quedado sin efecto. De manera, señala, que la alegación contraria a la expulsión estaba implícita en el único motivo entonces alegado.

Es cierto que una consecuencia de la estimación de la alegación de vulneración de la presunción de inocencia respecto al tráfico de las pastillas de MDMA dejaría subsistente solamente los hechos constitutivos de delito por el tráfico de marihuana, lo que supondría una pena inferior a un año, al aplicarse el párrafo segundo del artículo 368 CP, y consiguientemente, la improcedencia de la sustitución de esa pena por la expulsión. Pero, con carácter general, y por razones obvias, no puede entenderse que la alegación de vulneración de la presunción



de inocencia en el recurso de apelación implique la posibilidad de alegar en casación cualquier otra vulneración o infracción que de ser estimada condujera a la absolución.

El recurrente tuvo oportunidad de plantear la infracción del principio acusatorio, tal como hace ahora, aunque fuera con carácter subsidiario. E igualmente, pudo sostener la infracción de ley si consideraba que la expulsión había sido acordada indebidamente.

Sin embargo, se limitó a alegar la vulneración de la presunción de inocencia, y sobre eso se ha pronunciado el Tribunal de apelación. No hay nada en la sentencia impugnada que permita entender que se planteó la infracción del principio acusatorio o la del artículo 89 CP. Tampoco alega el recurrente que en su recurso de apelación se contuvieran esas alegaciones, aunque no se plantearan en motivos independientes, por lo que no puede entenderse que esas fueran cuestiones también planteadas en apelación, de forma que pudieran ahora constituir el objeto del recurso de casación.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

FALLO

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

1º. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Celso , contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, con fecha 15 de marzo de 2019, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 90/2018, de 21 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª, en el rollo de sala nº 85/2017, por delito contra la salud pública .

2º. Condenar a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Díaz

Angel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García