



Roj: **STS 319/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:319**

Id Cendoj: **28079120012021100076**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/02/2021**

Nº de Recurso: **1221/2019**

Nº de Resolución: **90/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 90/2021

Fecha de sentencia: 03/02/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1221/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1221/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 90/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 3 de febrero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1221/2019 interpuesto por **Donato**, representado por el procurador D. José Ignacio de Noriega Arquer, bajo la dirección letrada de D. Jorge García González, contra la Sentencia nº 5/2019, de fecha 4 de febrero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en el Rollo de Apelación nº 39/2018 por delito contra la salud pública.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Gijón, Sección Octava, el 19 de octubre de 2018, se dictó sentencia condenatoria a Donato como responsable de un delito contra la salud pública, que contienen los siguientes **Hechos Probados**:

"El acusado Donato, el 12/07/2017 en el recinto de la Semana Negra sita en la Calle Mariano Pola de Gijón, entregó, a cambio de dinero a Fulgencio, una papelina con una sustancia que una vez analizada, resultó ser 1,86 gramos de cocaína con una pureza del 59,5%, que hubiera obtenido un valor en el mercado ilícito de 162,27 €, siendo observada la venta por agentes del Cuerpo Nacional de policía que procedieron a intervenir la sustancia al comprador y a proceder a la detención del acusado, momento en el que éste tiró al suelo otra bolsita que contenía una sustancia que resultó ser 0,64 gramos de ketamina con un valor en el mercado ilícito de 32,64 €, portando asimismo 383 euros procedentes de la venta a terceros de dichas sustancias. El acusado, que se encuentra en situación regular en España por tener concedido permiso de residencia permanente desde el 22/06/2009, no tiene antecedentes penales".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente fallo:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Donato, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de ciento noventa y cuatro euros con noventa y cuatro céntimos (194,94 euros), con la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada 50 euros impagados, y abono de las costas causadas.

Se acuerda la destrucción de las sustancias aprehendidas así como el comiso del dinero intervenido, a los que se dará el destino legal".

Interpuesto Recurso de Apelación contra la sentencia anteriormente citada, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias dictó sentencia con el siguiente antecedente:

"La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Gijón, dictó el diecinueve de octubre de dos mil dieciocho la Sentencia número 28/2018, en autos de procedimiento abreviado número 1349/2017, Rollo de Sala número 12/2017, procedente del juzgado de instrucción número 4 de los de Gijón".

Con fecha 4 de febrero de 2019 la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias dictó sentencia con el siguiente FALLO:

"DESESTIMAR íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Alfredo Villa Álvarez en nombre y representación del condenado, Donato, contra la Sentencia número 28/2018, pronunciada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias el 19 de octubre de 2018, en el Rollo de esta Sala de Apelación, número 39/2018, correspondiente al Rollo número 12/2017 de la Audiencia Provincial, con sede en Gijón.

En consecuencia, la sentencia recurrida queda íntegramente confirmada, imponiéndose a la apelante las costas causadas".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de Donato 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

"1.- Al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Crm por infracción de los artículos 21.1, por inaplicación en relación al 20.2.



- 2-. Al amparo del artículo 849.1 por infracción del artículo 24.1 de la Constitución.
- 3-. Al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Crm por infracción del artículo 72 del Código Penal.
- 4-. Al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Crm, por infracción del artículo 368.2 del Código Penal.
- 5-. Al amparo del artículo 849.2 por error de hecho en la apreciación de la prueba de la L.E.Crm en relación a los folios 24 a 34 del Rollo de Sala.
- 6-. Al amparo del artículo 849.2 por error de hecho en la apreciación de la prueba de la L.E.Crm en relación a los folios 11, 41 y 42 de las actuaciones.
- 7-. Al amparo del artículo 851.1 de la L.E.Crm, por error de hecho en la apreciación de la prueba de la L.E.Crm en relación a los folios 24 a 34 del Rollo de Sala.
- 8-. Al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a la consignación de hechos probados que han implicado la predeterminación y esencia del fallo, así como la motivación y tipificación de la conducta del penado en lo relativo al delito contra la salud pública.
- 9-. Al amparo del artículo 852 de la L.E.Crm por Vulneración de Derechos Fundamentales.
- 10-. Por Vulneración del Principio de Presunción de Inocencia.
- 11-. Por Vulneración de lo previsto en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución al producirse Indefensión al encausado y posteriormente penado al vulnerarse sus Derechos Fundamentales en sede policial".

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó a la Sala la inadmisión de los recursos interpuestos y, subsidiariamente, la desestimación de los mismos, de conformidad con lo expresado en su informe presentado con fecha 21 de junio de 2019; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 2 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se articula el presente recurso de casación, de una forma un tanto asistemática, enumerando ocho motivos, que son más, y que iremos tratando de reordenar de con un mejor orden, por lo que empezaremos por una análisis del octavo, en que, con invocación del art. 852 LECrim, se alega vulneración de derechos fundamentales, porque en él se van realizando quejas, muchas de ellas relacionadas con la valoración de la prueba que, de alguna manera, se encuentran en línea con alguna de las realizadas en motivos anteriores.

Además, con la respuesta que demos a las quejas que se despliegan en ese octavo motivo, queda dada respuesta al segundo motivo, por cuanto que no es más que una remisión a las impugnaciones que se recogen en aquél.

A continuación iremos abordando el resto de motivos de recurso de la manera que consideramos que se acoplan a una mejor sistemática.

Dicho lo anterior, conviene comenzar recordando que nos encontramos ante un recurso de casación, precedido de uno de apelación, a cuyo respecto, viene insistiendo este Tribunal que, tras la reforma operada en nuestra LECrim. por Ley 41/2015, varió sustancialmente el régimen de este recurso, porque lo que se ha de impugnar es la sentencia de segunda instancia, esto es, la que resuelve el recurso de apelación, que es frente a la que deberá mostrar su discrepancia quien recurra.

Por esta razón, no debe consistir el recurso de casación en una reiteración del contenido del previo recurso de apelación, porque esto supone convertir la casación en una nueva apelación, ni tampoco en plantear cuestiones nuevas no introducidas en la apelación, porque, al no haber sido discutidas con ocasión de esta, se trata de cuestiones ya consentidas.

El recurso de casación ha de entablar, pues, un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia, pero lo que no es correcto es reproducir en casación lo ya desestimado en la apelación, por cuanto que esos mismos argumentos ya ha habrán sido objeto de estudio con ocasión del primer recurso, y tenido respuesta en él, lo que no quita para que se deba ignorar la primera sentencia.

Esta es la doctrina seguida por esta Sala en diferentes sentencias, de entre las cuales, citamos una reciente, como la STS 495/2020, de 8 de octubre, en la que decíamos lo siguiente:



"A partir de la reforma de 2015 lo impugnabile en casación es la sentencia dictada en segunda instancia, es decir la que resuelve la apelación (art. 847 LECrim). Cuando es desestimatoria, la casación no puede convertirse en una apelación bis o una segunda vuelta del previo recurso, como un nuevo intento en paralelo y al margen de la previa impugnación fracasada. El recurso ha de abrir un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no es correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; es decir, como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que el recurrente aparca y desprecia sin dedicarle la más mínima referencia.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en esa primera fiscalización realizada en la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida por el Tribunal Superior de Justicia, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo".

Ahora bien, tampoco esta tesis es incontrovertible, porque, como decíamos en nuestra STS 308/2017, de 28 de abril de 2017, "En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación. Pero sí es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación si tiene cabida en uno de los motivos tasados de casación (arts. 849 a 852 LECrim) en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior de Justicia perpetua el defecto".

SEGUNDO.- Avanzábamos que, en el motivo octavo del recurso, se dice que se articula "al amparo del artículo 852 de la L.E.Crim por Vulneración de Derechos Fundamentales", que desglosa en cuatro subapartados, a los que se irá dando respuesta por separado.

1.- "Por Vulneración del Principio de Presunción de Inocencia".

En lo que concierne al control casacional cuando se cuestiona el derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida esa doble instancia, el juicio de revisión de este Tribunal se ha de centrar en el examen de racionalidad sobre la motivación de la sentencia de apelación, relativo a la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba.

En el caso que nos ocupa, estamos ante una reproducción, en muchos casos, literal de los motivos, con sus correspondientes argumentaciones, que encontramos en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada por la Audiencia Provincial, y abordados en la suya por el TSJ al resolver dicha apelación, con la circunstancia añadida de que son dos sentencias de un nivel técnico más que aceptable, ante lo cual el presente recurso de casación incurre en ese defecto de haberse convertido en una nueva apelación, que, como decíamos, es en lo que no se debe convertir, pero que, a la vez, facilita nuestra labor de control casacional, que pasamos a desplegar en los siguientes razonamientos, ajustándonos a las pautas que también hemos apuntado más arriba.

No obstante, alguna consideración se hará, en la medida que encontramos cuestiones encierran una queja sobre la valoración de la prueba que ha llevado a la condena, si bien, al ser desde el punto de vista de ese control casacional al que venimos refiriéndonos, habremos de centrarnos en el análisis de su racionalidad, esto es, en su estructura racional, y si ello nos lleva determinar que hay prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, que sí consideramos que la hay; y, para decir esto, simplemente, apuntaremos los elementos básicos a tal efecto.

Dicho de otro modo, cuando se pone en cuestión el derecho a la presunción de inocencia, como se dice en la STS 819/2015, de 22 de diciembre, "nos lleva a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba (SSTS 25/2008 y 128/2008)". Es decir, en el juicio de revisión que nos corresponde, lo que se trata es de controlar si la sentencia recurrida adolece de defectos de lógica o se aparta del contenido esencial de las máximas de experiencia o incurre en



arbitrariedad, que es lo que pasamos a verificar, bien entendido que donde nos hemos de centrar es en los elementos que han servido para construir el relato fáctico subsumible en el delito por el que se condena.

En el caso, la existencia de esa sentencia de apelación convalida la valoración de la prueba realizada en la sentencia de instancia, de manera que, superado el juicio de revisión sobre la misma, hecho por el tribunal de apelación, el motivo no debería prosperar porque, en realidad, se está utilizando la vía del *error facti*, del art. 849. 2º LECrim, sin siquiera cumplir con los requisitos mínimos que la jurisprudencia viene exigiendo para su valoración, comenzando porque no se cita con precisión el documento del que se desprende el error padecido a la hora de valorar la prueba; ahora bien, en la medida que se invoca el art. 852 y la queja es por vulneración de la presunción de inocencia, teniendo en cuenta la voluntad impugnativa que subyace en el motivo, nos centraremos en lo concerniente a esta, como es la licitud de la prueba practicada, así como en su suficiencia para desvirtuarla y la razonabilidad de las inferencias realizadas, por ser el marco que nos impone, al respecto, nuestro control casacional desde este punto de vista.

La jurisprudencia, en este sentido, es abundante y, por mencionar alguna STS, acudiremos al resumen que encontramos en la 64/2016, de 8 de febrero de 2016, que dice como sigue: "la misión de un tribunal de casación, cuando conoce de la impugnación por denuncia del derecho a la presunción de inocencia, no es la de decidir el relato fáctico, ni elegir la actividad probatoria a valorar, sino controlar la función jurisdiccional realizada por otro tribunal que ha percibido de forma inmediata la prueba y para ello ha de examinar la existencia de una actividad probatoria ilícita y regular, la suficiencia de esa actividad probatoria como prueba de cargo capaz de enervar el derecho que asiste al imputado, y comprobar la racionalidad de la motivación expresada en la sentencia, como obligación del tribunal y como explicación su función realizada".

Por lo tanto, en el juicio de revisión que nos corresponde, sí cabrá verificar la estructura racional del proceso valorativo, y rechazar aquel discurso considerado ilógico, irracional, absurdo o arbitrario, o constatar si se respetan principios como el *in dubio pro reo* o el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Sentado lo anterior, conviene recordar que en nuestro sistema procesal rige el principio de libre valoración conjunta de toda la prueba practicada, sin que se pueda decir que tiene prevalencia cualquiera de las practicadas sobre cualesquiera otras, precisamente, porque se trata de una valoración de conjunto de todas ellas, como resulta del art. 741 LECrim, a valorar "según las reglas del criterio racional", según dice el art. 717 LECrim., que es lo que ha hecho el tribunal ante cuya presencia se practicó.

En efecto, así lo consideramos, y, tras una lectura del segundo fundamento de derecho de la sentencia de instancia, solo podemos concluir con lo que sobre este particular dice la sentencia de apelación, porque tampoco nosotros, al igual que al TSJ, podemos revalorar *ex novo* la prueba, más si se trata de prueba personal, al carecer de intermediación, que es lo que se vuelve a pretender en el recurso de casación, con ese extenso relato que, más que otra cosa, es una crítica sobre el testimonio de los funcionarios policiales, uno de los cuales relata que vio cómo el acusado entregaba la bolsita con la sustancia estupefaciente a otro individuo, cuyo testimonio pretende desacreditar, entre otras consideraciones, con el de este, cuya credibilidad es razonable que la ponga en entredicho el *a quo*, porque lo normal es que fuera favorable al individuo que le suministra dicha sustancia, esto es, al acusado. Así lo relata la sentencia de instancia, que explica que se decanta por el testimonio de los agentes "por su imparcialidad", y no por las del testigo que fue a comprar la droga, que las considera "poco creíbles" por las contradicciones en que incurrió y se detallan en el propio fundamento.

Por lo tanto, si el testimonio de los funcionarios policiales se pone en relación con la incautación de la bolsita, la diligencia de análisis y pesaje inicial de la sustancia, así como con el posterior pericial farmacológico, ratificado en juicio, en cuanto que tal material probatorio ha sido valorado con arreglo a esa estructura racional y acorde con las reglas de experiencia, nos debe llevar a rechazar la queja que se formula en el recurso por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

2.- "Por vulneración de lo previsto en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución al producirse Indefensión al encausado y posteriormente penado al vulnerarse sus Derechos Fundamentales en sede policial".

Se concreta la queja de este bloque "al no informarse por escrito [entiéndase al detenido] de los hechos delictivos que se le atribuyen, y de las razones motivadoras de su privación de libertad, así como el no permitir el acceso a las actuaciones".

Es también alegación que fue esgrimida con ocasión del recurso de apelación y que tuvo respuesta en la sentencia recurrida, con argumento que compartimos, de manera que solo podemos remitirnos a lo que en ella se dice y, en consecuencia, a lo argumentado en la sentencia de instancia, donde se explica que al folio 8 consta la lectura de derechos desde el momento de la detención; al 9 está la declaración, en comisaría, como detenido del condenado, donde expresamente se hace constar que ha sido "nuevamente informado de los hechos que se le imputan en presencia de su letrado", así como que "en presencia de su abogado es informado



de los elementos esenciales de las actuaciones para poder impugnar su legalidad"; al folio 18 a 20 el Letrado de la Admon. de Justicia le informa de sus derechos, y designa abogado, precisamente, al mismo que firma el escrito de recurso, y al folio 21 y 22 se encuentra su declaración en el juzgado.

Parece que la queja se dirige a que no se considera suficiente con una información verbal, sino que tendría que haberse permitido acceder a las actuaciones en sede policial, alegación que no podemos compartir, porque, como resulta de las secuencias anteriores, el detenido y su abogado pudieron disponer de cuanto había actuado hasta el momento en que se tomó declaración al primero, y, si en ese momento lo consideró insuficiente el segundo, debió haber dejado constancia de las irregularidades en que entendiéndose que se incurrió, lo que no consta que hiciera.

Por lo tanto, a la vista de esas anteriores secuencias, no acabamos de encontrar donde se encuentra la vulneración que se alega, pues las mismas describen con puntualidad el trámite a seguir contemplado para los casos de detención por el art. 520 LECrim, y, desde luego, con esa información ya contaba la defensa con suficiente material para impugnar cualquier ilegalidad que pudiera haberse producido con ocasión de la detención, que, de haber sido así, debiera haberlo hecho constar en ese momento; pero no lo hizo entonces, ni tampoco lo hace ahora, que se limita a decir se ha producido una vulneración de los derechos de su patrocinado, pero sin exponer en qué se concreta esa vulneración, y, sobre todo, qué tipo de indefensión material y efectiva le pudo ocasionar la manera en que se procedió, que sería factor fundamental para la estimación de la queja, que, en consecuencia, se rechaza.

3.- "Por vulneración de lo previsto en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución al conculcarse las garantías del Procedimiento, en cuanto a la cadena de custodia".

Vaya por delante que una irregularidad de la cadena de custodia no supone, por sí mismo, vulneración de derecho fundamental alguno, mientras que, por otra parte, en el planteamiento de esta cuestión, no cabe partir de una presunción en contra de su irregularidad, sino que precisa, al menos, de algún indicio que apunte en tal sentido.

Pues bien, se viene a alegar en esta queja "que no se trata la misma sustancia la intervenida y que se analiza y resulta ser heroína y aquella que posteriormente resultó ser Ketamina", lo que no acabamos de entender, porque, si leemos los hechos declarados probados, como procede desde el momento en que hemos rechazado el motivo en que se cuestiona la valoración de la prueba realizada por el tribunal de enjuiciamiento, se puede comprobar que son dos los envoltorios ocupados con ocasión de la intervención policial que termina con la detención del condenado; por un lado, se habla de la papelina que entrega al testigo que contiene "una sustancia que una vez analizada, resultó ser 1,86 gramos de cocaína con una pureza del 59,5 %, que hubiera obtenido un valor en el mercado de 162,27 €, siendo observada la venta por agentes del Cuerpo Nacional de policía, que procedieron a intervenir la sustancia al comprador y a proceder a la detención del acusado", que es momento distinto a otro inmediatamente a continuación del anterior, en que se relata que cuando se procede a la detención, por lo tanto después de la venta de la papelina de cocaína, el acusado "tiró al suelo otra bolsita que contenía una sustancia que resultó ser 0,64 gramos de ketamina con un valor en el mercado ilícito de 32,64 €", y esto que se relata en los hechos probados se precisa en el fundamento de derecho segundo, donde se vuelve a decir que son dos las bolsitas intervenidas, y, en concreto, la que se vendió al testigo, conteniendo cocaína, ante lo cual solo cabe atribuir a un error en el planteamiento a quien firma el escrito de recurso, pues lo que queda acreditado es que al acusado se le sorprende cuando acababa de vender la papelina de heroína, suficiente para llenar el verbo nuclear del tipo por el que ha sido condenado, cualquiera que fuese el contenido de la otra papelina y en poder de quien fuera ocupada.

Con menor extensión que la que se dedica en este recurso de casación fue alegado este mismo motivo con ocasión del recurso de apelación, con lo que, ante tan endeble y escasamente fundamentada atención, es bastante la respuesta que se da en la sentencia del TSJ, por lo que no podemos compartir que se diga, como se dice en el recurso, que tal conculcación fue reiterada en el Recurso de Apelación y no resolvió sobre ella el TSJ, sencillamente porque no es cierto, sino que le prestó más que suficiente dedicación, vistos los pobres términos en que se articuló la alegación.

En cualquier caso, a lo que dice la sentencia recurrida para rechazar el motivo, incidiremos en que, como principio de arranque, el motivo incurre en un error de base en su planteamiento, pues poner en duda la cadena de custodia solo se entiende a costa de arrojar una duda sobre la actuación policial, cuando es jurisprudencia asentada de este Tribunal que no puede presumirse que tales actuaciones sean ilegítimas o irregulares, mientras no se acredite lo contrario, para lo cual hubiera sido preciso practicar alguna prueba tendente a ello, que la defensa no ha intentado. Así lo reitera nuestra jurisprudencia, y encuentra apoyo en artículos, como el 770 LECrim., que, entre otras diligencias a practicar por la Policía Judicial, "3.ª Recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición



de la autoridad judicial", o en otros, en este caso de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como el 5, en que se recogen los principios básicos de su actuación, entre ellos, "ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", o "colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley".

En resumen, no se aporta dato alguno que nos permita poner en duda una actuación policial regida, además, por los principios que hemos expuesto, por lo que, también, este motivo de recurso ha de ser rechazado.

4.- "Por vulneración de lo previsto en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución al producirse indefensión al penado al conculcarse el Principio de Congruencia de la Resoluciones Judiciales, su contenido y parcialidad, en su caso".

El presente motivo guarda relación con el anterior, en cuanto invoca incongruencia omisiva de la sentencia de apelación, porque dice que no se ha dado cumplida respuesta a la alegación formulada en relación a la cadena de custodia relativa a la sustancia intervenida, lo que, como hemos dicho, no ha sido así, sino que la que se ha dado es más que suficiente para los términos en que se planteó la alegación.

En efecto, el tercero de los motivos del recurso de apelación de intitulaba "sobre la incongruencia omisiva" y a su desarrollo se le dedicaban seis líneas que, al transcribirlas, se han convertido en alguna más, y que reproducimos a continuación:

"La Resolución que nos ocupa, incurre en el vicio de incongruencia omisiva, y ello, como ya se expuso en relación a que no se ha dado cumplida respuesta a la alegación formulada por esta parte, en relación a la vulneración de Derechos Fundamentales, como ya se expuso el inicio del presente Recurso de Apelación, en relación a la Cadena de Custodia, relativa a las sustancias estupefacientes supuestamente incautadas.

Tal extremo conlleva a entender que se produce un quebrantamiento de forma que afecta directamente al derecho Constitucional a la TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, con las lógicas consecuencia que tal extremo conlleva, y que no son otras que la nulidad de la Resolución".

Como, ciertamente, se dice en la anterior alegación, en la primera de las que articuló su recurso de apelación la defensa, relativa a "vulneración de derechos fundamentales", se contiene una más que dice como sigue:

"Se alega vulneración de derechos fundamentales en su vertiente de vulneración de la cadena de custodia de las sustancias intervenidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución, y ello al no constar expresamente especificada la cadena de custodia, dado el día de las aprehensiones efectuadas, y el tiempo transcurrido hasta que se pone a disposición del órgano designado para el análisis de las sustancias intervenidas, concurriendo además que existe una total disconformidad entre la naturaleza de la sustancia aprehendida supuestamente al Sr. Donato, y el resultado del análisis obrante en las actuaciones, dado que al parecer se trata de sustancias diferentes, dado el resultado que se aprecia en el análisis policial, y aquel que determina en análisis de la inspección".

Los anteriores pasajes, que son los que dedica el recurso de apelación al cuestionamiento de la cadena de custodia, visto su escaso, huero, genérico, difuso e impreciso discurso, sin apoyo en el más mínimo dato objetivo que pueda poner en duda una actuación policial, que, insistimos, por principio no puede ser tachada de ilegítima o irregular, reciben, como decíamos, más que adecuada respuesta en la sentencia de apelación, en su fundamento de derecho primero b), en los siguientes términos:

"Sin razonamiento y sin soporte indicativo alguno, se denuncia, luego, la vulneración de la cadena de custodia.

Con numerosa cita jurisprudencial, en nuestra Sentencia de 22 de enero de 2019 dijimos lo siguiente:

"...cuando se denuncia la ruptura de la cadena de custodia, ha de aportarse los datos objetivos que racionalmente puedan llevar a esa convicción, argumentando con datos que fundamenten la denuncia. Lo cual no se ha realizado en este caso, que no hay elementos probatorios que hagan dudar de la corrección de la cadena de custodia".

Por el silencio durante el procedimiento sin denunciar la supuesta vulneración de la cadena de custodia -la referencia a ello en el escrito de conclusiones es irrelevante-; por la inexistente fundamentación que realiza la Defensa, procede sin más, estando como estamos, con alegaciones de simple palabrería sobre vulneración de derechos fundamentales, desestimar este primer motivo de impugnación".

En consecuencia, lo dicho por el TSJ, a lo que hay que añadir lo dicho por este Tribunal, quien, además, convalida lo argumentado por aquel, ha de llevar a la desestimación de este motivo de recurso, pues, en definitiva, cuanto se ha hecho para cuestionar esa cadena de custodia no ha pasado de una mera alegación, sin aportación del menor dato del que pudiera desprenderse alguna duda sobre la realidad de la sustancia



analizada, entregada a cambio de una cantidad de dinero por el condenado al individuo que se la compró, como ha dejado acreditado la prueba testifical.

TERCERO.- El quinto motivo de recurso se plantea "al amparo del artículo 849.2, por error de hecho en la apreciación de la prueba de la LECrm en relación a los folios 11, 41 y 42 de las actuaciones".

Es cuestión que ha sido tratada en el segundo fundamento de derecho, por lo que nos remitimos a lo que en él se ha dicho, e insistir tan solo que no se indica en qué documento está la base de ese error.

CUARTO.- El séptimo motivo se enuncia "al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a la consignación de hechos probados que han implicado la predeterminación y esencia del fallo, así como la motivación y tipificación de la conducta del penado en lo relativo al delito Contra la Salud Pública del art. 368.2 del Código Penal, en relación con el apartado primero".

En la escasa atención que se dedica a este motivo, se transcriben las expresiones de los hechos probados donde se considera que está el defecto que se denuncia: "entregó a cambio dinero", "siendo observada la venta", "que procedieron a intervenir la sustancia al comprador", "portando asimismo 383 euros procedentes de la venta a terceros de dichas sustancias".

Como dice el M.F. en respuesta a este motivo, "la predeterminación en el fallo requiere para su estimación la inclusión en el relato fáctico de expresiones técnico-jurídicas, asequibles solo a juristas y ajenas al lenguaje común, que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado, que tengan valor causal respecto al fallo, y que suprimidas dejen el hecho histórico sin base alguna".

Desde el momento que compartimos el anterior discurso, no conseguimos encontrar cuál de esas frases que acota el recurrente reúne un contenido técnico-jurídico que pueda condicionar el fallo, pues se trata de expresiones de lo más común en un lenguaje vulgar.

Procede, por lo tanto, la desestimación de este motivo de recurso.

QUINTO.- El tercer motivo del recurso se esgrime "al amparo del art. 849.1 de la LECrm por infracción del art. 72 del Código Penal", y el cuarto al amparo del mismo artículo "por infracción del artículo 368.2 del Código Penal". Se tratan en un mismo bloque por la interrelación que guardan.

1.- Habida cuenta que los motivos se articulan en base al *error iuris* del art. 849.1 LECrim, habremos de partir de un escrupuloso respeto a los hechos que declara probados la sentencia de instancia, más cuando ya hemos rechazado las impugnaciones realizadas por error en la apreciación de la prueba y vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

En el segundo de estos dos motivos se mantiene que existe infracción del art 368.2 CP, porque no ha existido ninguna de las acciones que contempla el precepto penal como típicas de ese delito, pues no ha habido intercambio de sustancia estupefaciente a cambio de dinero, aseveración en abierta contradicción con el hecho probado, en que se relata que el acusado "entregó a cambio de dinero a BDR, una papelina con una sustancia que una vez analizada, resultó ser 1,86 gramos de cocaína", lo que consideramos suficiente para rechazar esa alegada negación del delito contra la salud pública por el que ha sido condenado el acusado, al que por lo demás se le ha tratado muy favorablemente al imponérsele la pena más baja que cabía imponerle.

En efecto, y por eso tampoco es fácil comprender la queja que se formula por infracción del art. 72 CP, pues, al margen de que no cabía imponer una pena inferior al año y seis meses que le impone la Audiencia Provincial en aplicación del subtipo privilegiado del pf. II del art. 368 CP, ésta explica, en el quinto fundamento de derecho de su sentencia, la razón de ir a ese mínimo.

Y lo que resulta más sorprendente es que se invoque, en relación con la aplicación de tal precepto, vulneración del principio acusatorio, cuando la sentencia aplica un subtipo atenuado, en favor del acusado, porque, caso de que llegara a prosperar este motivo, supondría eliminar su aplicación, con la consecuencia de que tendríamos que elevar la pena a una no menor de tres años de prisión.

2.- No obstante no haberse atendido a ninguna de las alegaciones que se realizan en este motivo de recurso, pero teniendo en cuenta la voluntad impugnativa que encierra, y por ser de estricta legalidad, procederemos a reducir la pena de multa que viene impuesta desde la sentencia de instancia, por no haber sido aplicado a la misma la reducción contemplada en el pf. II del art. 368 CP, dejándola establecida en 100 €, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada 50 euros impagados, lo que supone una estimación parcial del motivo del recurso, aunque sea por consideraciones ajenas a las planteadas por el recurrente.



SEXTO.- También por la relación que guardan, trataremos los motivos primero y sexto, en este se cuestiona la valoración de la prueba relativa a la drogodependencia del acusado y en aquel que no se le fuera apreciada como circunstancia de atenuación.

El sexto motivo es "al amparo del art. 851.1 de la LECrm, por error de hecho en la apreciación de la prueba de la LECrm en relación a los folios 24 a 34 del Rollo de Sala", y el primero "al amparo del artículo 849.1 LECrm por infracción de los artículos 21.1, por inaplicación en relación al 20.2".

Si repasamos las sentencias de instancia y de apelación, comprobamos que en ambas se admite la dependencia a opiáceos del acusado, tal como resulta de la prueba pericial y documental obrante a los folios 24 a 34, lo que sucede es que no se considera de aplicación, porque la sola dependencia es insuficiente para ello; así lo resume la sentencia de instancia y lo desarrolla con una extensa cita de jurisprudencia la sentencia de apelación, a la que, por cierto, no se dedica la más mínima atención en el recurso, para rebatir sus argumentos, por lo que, de estar a una estricta aplicación de lo que decíamos en el primer fundamento de derecho, bastaría con que nos remitiéramos a lo razonado por el TSJ para desestimar este motivo de recurso, porque compartimos íntegramente los argumentos para rechazar la aplicación de la referida atenuante; no obstante lo cual, algo más se dirá, aunque sea a costa de incurrir en alguna reiteración.

En este sentido, citaremos la STS 384/2019, de 23 de julio de 2019, en la que decíamos lo siguiente:

"La doctrina jurisprudencial de esta Sala, de la que es muestra la STS 738/2013, de 4 de octubre, con cita de otras varias, expone: "el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuante. 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. La exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de un toxicómano, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

Para poder apreciarse la drogadicción, sea como una circunstancia atenuante, sea como una eximente incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia, así como a la influencia que de ello pudiera derivarse sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica afirmación de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles, permita autorizar o configurar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones" (STS 323/2015, de 20 de mayo)".

En el caso que nos ocupa, la representación del condenado se limita a invocar algo que no se le niega, como es la drogodependencia de su patrocinado, pero no dedica atención alguna relativa a la eventual intensidad que pudiera haber tenido tal dependencia en la imputabilidad, y, desde luego, tal como resulta del propio relato fáctico de la sentencia, no se puede concluir que una persona que está en la vía pública vendiendo cocaína y con capacidad para reaccionar ante la detención que se le practica, tenga afectadas sus facultades mentales como para apreciar la atenuante que se pretende. De hecho, la defensa nada acredita en esta línea, que, tal como se desarrollan los hechos, ni siquiera permiten apreciar una atenuante, cuyos efectos penológicos sin embargo, dicho sea de paso, serían irrelevantes, visto que la condena ha sido con la pena mínima que podía haber sido aplicada.

Se desestiman, por tanto, los motivos de recurso abordados en el presente fundamento.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de la estimación parcial del recurso, procede declarar las costas de oficio.

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR a la estimación parcial del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Donato** contra la sentencia nº 5/2019, dictada con fecha 4 de febrero de 2019 por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en Recurso de Apelación 39/2018, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la nº 28/2018 dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias en P. Ab. 1349/2017, que se casa y anula, con declaración de las costas de oficio, procediéndose a dictar segunda sentencia.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de las actuaciones que en su día remitió, interesando acuse de recibo.



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

Así se acuerda y firma.

D. Julián Sánchez Melgar D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 1221/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 3 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1221/2019 interpuesto por **Donato** . Por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias se dictó sentencia 5/2019, con fecha 4 de febrero, dictada en el recurso de Apelación 39/2018, que ha sido casada y anulada, en virtud, del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Donato , por sentencia de esta Sala Segunda, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián, quienes, a continuación, dictan la presente en los siguientes términos:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Procede la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **Donato** por las razones que se han dejado expuestas en el apartado 2 del fundamento de derecho quinto de la anterior sentencia de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Se mantiene la condena que viene impuesta en la sentencia recurrida y de instancia a **Donato** , si bien reduciendo la pena de multa a la cantidad de 100 €, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada 50 euros impagados.

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

Así se acuerda y firma.



D. Julián Sánchez Melgar D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ