



Roj: **STS 2734/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2734**

Id Cendoj: **28079120012021100589**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/07/2021**

Nº de Recurso: **3656/2019**

Nº de Resolución: **617/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 617/2021

Fecha de sentencia: 08/07/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3656/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**

Procedencia: T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3656/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 617/2021

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. **Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 8 de julio de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación 3656/2019 interpuesto por Gabino , representado por la procuradora Doña Carolina Luisa GRANADOS BAYON bajo la dirección letrada de Doña María Reyes SANJURJO ALONSO, contra la sentencia dictada el 8/07/2019 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, Sala de lo Penal, por la que se desestima el Recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 12/03/2019 dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 19/2018, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud del artículo 368 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Tomelloso incoó Diligencias Previas 428/2017 por delito de contra la salud pública, contra Gabino Y Javier , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera. Incoado el Procedimiento Abreviado 19/18, con fecha 12/03/2019 dictó sentencia número 8/2019 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Por unanimidad, declaramos expresamente probados los siguientes hechos:

PRIMERO.- Sobre las 0:00 horas del día cuatro de julio de 2017, los acusados Gabino Y Javier , de nacionalidad española y sin antecedentes penales computables para esta causa, fueron interceptados por agentes de la Guardia Civil, que realizaban un punto de verificación de personas y vehículos, en la rotonda de la carretera CM400 con CM42 de Tomelloso (Ciudad Real), cuando circulaban con el vehículo Audi A. matrículaWXY , el que conducía Javier y en el que viajaba como ocupante Gabino .

SEGUNDO.- Tras un cacheo superficial, los agentes hallaron en el bolsillo del pantalón de Gabino una bolsita de plástico que contenía, a su vez, cinco bolsitas- dosis de distintos tamaños cuatro de ellas heroína y una de ellas cocaína. Debajo de la palanca de cambios hallaron una bolsa conteniendo heroína en roca. La cantidad de heroína así hallada en el vehículo asciende a un peso neto de 6,1 gramos; 6, 6 gramos de riqueza media del 75% y o, 6 gramos una riqueza de 7,7%. El precio en el mercado ilícito de venta al por menor asciende a 252 euros. Dichas cantidades estaban destinadas a su venta en el mercado ilícito, sin que conste que Javier conociera que Gabino portaba dicha cantidad de sustancia ni su destino.

La dosis de cocaína responde a un peso neto de 0,17 gramos, y un valor en el mercado ilícito de 38,33 euros.

Se les incautaron igualmente 220 euros, de los cuales 160 estaban en posesión o disponibilidad de Gabino , -110 los portaba y otros treinta en una cartera hallada en el vehículo- y procedentes de la comisión de delitos contra el patrimonio. 60 euros eran portados por Javier , cuya procedencia lícita no consta. Igualmente se les incautaron dos teléfonos móviles y alambre de color verde útil para cerrar bolsitas de dosis. El dinero consta ingresado por los agentes actuantes en la cuenta del Juzgado correspondiente a las Diligencias Previas 421/17 seguidas por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tomelloso.

TERCERO.- Como quiera que a Gabino estaba siendo investigado por la comisión de un delito contra el patrimonio, por el Juzgado de Instrucción núm.1 de Tomelloso, en las diligencias previas 421/17, se dictó auto autorizando la entrada y registro en su domicilio sito en la CALLE000 de Tomelloso para localizar efectos procedentes de un presunto delito de robo. En dicha entrada y registro fueron halladas sustancias estupefacientes, autorizando el Juzgado en nuevo auto su aprehensión.

En la vivienda se hallaron 1,21 gramos de cannabis sátiva, valorado en 6,60 euros, 1, 93 gramos de cannabis sátiva, valorado en 10, 53 euros, 12,21 gramos de cannabis sativa, valorado en 66,66 euros, 0, 39 gramos de heroína, valorada en 9,94 euros, una báscula de precisión, una bolsa de recortes de plástico y un rollo de alambre similar al hallado en el vehículo. La cantidad de heroína estaba destinado al mercado ilícito.

Al margen de lo expuesto, en la vivienda se le incautaron 17.000 euros que el acusado afirma son procedentes del robo perpetrado y que dio origen a aquella causa.

CUARTO.- Javier era consumidor habitual de dichas sustancias a la fecha de los hechos. Gabino , había sido consumidor de las mismas desde los 16 años, si bien desde el 23 de mayo de 2017, fecha anterior a estos hechos, hasta, al menos, el doce de marzo de 2018, se mantuvo abstinentemente en opiáceos y cocaína, manteniéndose en el consumo activo de cannabis, iniciado su tratamiento el trece de febrero de 2017. "

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:



"POR UNANIMIDAD CONDENAMOS a Gabino , como autor responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud del art. 368 del Código Penal, a la pena **3 años prisión**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como a la **MULTA DE 300,6 EUROS**, con responsabilidad subsidiaria de 1 mes en caso de impago, así como al pago de las costas del juicio en su proporción correspondiente.

SE DECRETA EL COMISO del dinero y efectos aprehendidos, dándose a la droga incautada el destino legal.

POR UNANIMIDAD ABSOLVEMOS A Javier del delito contra la salud pública del que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas del juicio en su proporción correspondiente.

Y para el cumplimiento de la pena le será de abono al acusado Gabino el período de prisión preventiva sufrida por el mismo por la presente causa. "

3. Notificada la sentencia, la representación procesal de Gabino , interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha , formándose el rollo de apelación 12/2019. En fecha 8/07/2019 el citado tribunal dictó sentencia 23/2019, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que, desestimando el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D. ANTONIO NAVARRO LOZANO, en representación de D. Gabino , contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2019, dictada por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en autos de PA 19/2018, dimanante de PA 428/17 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Tomelloso, por un delito contra la salud pública, siendo parte recurrida el MINISTERIO FISCAL; debemos **confirmar y confirmamos** la citada resolución, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada."

4. Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Gabino , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

5. El recurso formalizado por Gabino , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Se formula por infracción de precepto constitucional, por la vía de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del principio de presunción de inocencia conforme a los artículos 24.1 y 2 de la Constitución.

2. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto en la Sentencia de instancia existe error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documentos que demuestran la equivocación del Tribunal no desvirtuado por otras pruebas.

3. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebidamente del artículo 368 del Código Penal.

4. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal.

6. Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 11/12/2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 07/07/2021 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Presunción de inocencia

1.1 El recurrente resultó condenado por la sentencia de 12/03/2019 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real como autor de un delito contra la salud pública. Impugnada la condena, se desestimó el recurso de apelación por sentencia número 23/2019, de 8 de julio de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. Y frente a esta última resolución se ha interpuesto recurso de casación en el que el condenado en la instancia articula cuatro motivos de impugnación.

En el primer motivo se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, proclamada en el artículo 24 CE. Se reprocha a la sentencia una lectura sesgada y arbitraria del informe de la Guardia Civil de 12/03/2018 ya que en dicho informe se reconoce que el recurrente consumía marihuana, heroína y cocaína, extremo también reconocido por los agentes de la Guardia Civil que depusieron en el juicio, de ahí que no pueda



afirmarse con solidez que la droga que se le encontró en el vehículo en el que viajaba como en su vivienda estuvieran destinadas al consumo. La sentencia de apelación no razona en base a qué criterios se llega a la conclusión de que el recurrente no fuera consumidor habitual de drogas, lo que permite afirmar a la defensa que su cliente ha sido condenado sin prueba suficiente que avale semejante pronunciamiento.

1.2 Antes de dar respuesta a la queja planteada resulta conveniente determinar nuestro ámbito de control casacional ya que, lo que constituye el objeto de impugnación no es tanto la sentencia de instancia sino la sentencia de apelación, si bien no puede desconocerse que indirectamente también se cuestiona la primera sentencia, en la medida en la que la de segundo grado la confirma y ratifica.

Como recuerda la STS 125/2018, de 15 de marzo, entre otras muchas, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite comprobar si la sentencia impugnada se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Sin embargo, el análisis de estos parámetros generales se limita cuando el recurso de casación tiene por objeto una sentencia dictada en grado de apelación, como aquí acontece. Según venimos señalando de forma reiterada (por todas STS 651/2019, de 20 de diciembre), en tal supuesto nuestro control se limita a comprobar la corrección de la racionalidad de la valoración de la prueba de la sentencia impugnada.

Este límite tiene sentido porque la sentencia de apelación ya da 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 (SSTS 251/2019, de 4 de julio y 349/2019, de 4 de julio, entre las más recientes) por lo que lo que procede es revisar a través de la casación si el órgano de apelación ha dado una respuesta razonable y acorde con las exigencias legales y jurisprudenciales, tanto en lo que se refiere a la valoración, como a la suficiencia de la prueba.

En efecto, la invocación del principio de presunción de inocencia ante este tribunal de casación, una vez que la sentencia de instancia ha sido revisada por el tribunal de apelación, no es la ocasión para que reevaluemos la prueba, ni para responder si personalmente participamos de la convicción reflejada en la sentencia. La casación es y sigue siendo un recurso extraordinario de ahí que debemos respetar el espacio funcional que corresponde a los órganos judiciales que han intervenido antes de nosotros y, si bien es cierto que no podemos abdicar de la función de otorgar tutela judicial efectiva, tampoco podemos usurpar la función de los otros tribunales a quienes corresponde valorar la prueba. No estamos llamados a alcanzar una certeza más allá de toda duda razonable, sólo nos corresponde comprobar si el tribunal de instancia la ha obtenido de forma legalmente adecuada y respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia y si el tribunal de apelación ha efectuado de forma razonada su labor de control. Por eso no basta con que pudiéramos esgrimir algún tipo de discrepancia en los criterios de valoración de la prueba con el Tribunal de instancia -eso, ni siquiera nos corresponde planteárnoslo-. Solo debemos sopesar si razonamiento a través del cual el Tribunal ha llegado desde el material probatorio a la convicción de culpabilidad existe alguna quiebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, o si el material probatorio no es concluyente (584/2014, de 17 de junio).

1.3 Centrado nuestro ámbito de control, y en lo que a este caso se refiere, debemos destacar que en el recurso de apelación se formuló la misma queja y la sentencia de segundo grado dio cumplida respuesta a la misma en sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto. No vamos a reiterar ni a reproducir los argumentos de dicha sentencia. Nos limitaremos a reseñar esquemáticamente los elementos probatorios tomados en consideración para llegar al pronunciamiento de condena. Fueron los siguientes: a) Declaración de los agentes policiales que depusieron en el juicio manifestando que conocían al acusado de ser consumidor de drogas en fechas anteriores a los hechos y porque advirtieron su relación en redes sociales con personas relacionadas con el tráfico de drogas; b) La ocupación durante el cacheo y en el bolsillo de su pantalón de una bolsita de plástico que contenía a su vez cinco bolsitas -dosis de distintos tamaños, cuatro de heroína y una de cocaína; c) La ocupación en el vehículo en que viajaba, debajo de la palanca de cambios, de una bolsa que contenía 6,1 gramos de heroína en roca, así como un alambre de color verde; d) La ocupación en su domicilio de cannabis sativa (15,35 gramos) 0,39 gramos de heroína, una báscula de precisión, una bolsa de recortes de plástico y un rollo de alambre similar al encontrado en el vehículo; e) Un informe de la UCO del Hospital Mancha Centro de Alcázar de San Juan fechado el 12/02/2018 en el que se informa que el acusado permanece en situación



de abstinencia desde el 23/05/17, deduciéndose de dicho informe que al tiempo de los hechos (04/07/2017) no consumía drogas.

A partir de este cuadro probatorio y a pesar de que el acusado dijo que la droga intervenida era para su propio consumo y de que el otro acusado (absuelto en la instancia) manifestó que consumió una dosis con el recurrente, el tribunal de apelación ha confirmado la valoración probatoria de la sentencia de instancia, deduciendo de las pruebas anteriores que el recurrente poseía la droga intervenida, no para su consumo, sino para la venta a terceros. Anticipamos el rechazo del reproche.

Resulta obligado recordar que el delito contra la salud pública tipificado en el artículo 368 del Código Penal es de los llamados de riesgo o peligro abstracto y de consumación anticipada, en el que se castiga como delito consumado cualquier actividad tendente a procurar o facilitar la droga a terceras personas, de ahí que se castigue como modalidad típica la tenencia de droga para su posterior distribución a terceros. Cuando una persona es detenida portando droga, como aquí ocurre, uno de los problemas más frecuentes es acreditar el dolo del sujeto. Esta Sala ha declarado repetidamente que la intención del agente puede obtenerse mediante pruebas directas (como podría ser su confesión o la declaración testifical de aquéllos que presencien algún acto de tráfico) o mediante indicios o factores externos y objetivos que trasluzcan y evidencien el propósito promocional de la droga, entre los que se hallan la ausencia de la condición de toxicómano en el tenedor, la cantidad de droga aprehendida, la intervención de medios o instrumentos para su comercialización o dosificación (balanzas de precisión, papelinhas destinadas a servir como envoltorios, etc.), la naturaleza y condiciones intrínsecas de la nocividad de la sustancia, circunstancias de su aprehensión y cualquier otro dato revelador de la intención del sujeto (SSTS de 11-2-87, 22-5-87, 9-5-88, 20-2-89, 12-3-89, 30-10-89, 12-12-89, 18-12-89, 3-12-90, 3-7-91, 1595/2000, de 16 de octubre, 1831/2001, de 16 de octubre, 1436/2000, de 13 de marzo y 2063/2002, de 23 de mayo). En relación con la cantidad de droga aprehendida, se ha considerado jurisprudencialmente la posesión de una determinada cantidad de droga como preordenada al tráfico cuando exceda de forma clara y manifiesta de la necesaria para el autoconsumo del portador, apreciándose como tal aquellas que excedan del acopio de un consumidor medio durante una semana. En base a tal criterio el Tribunal Supremo ha fijado esas cantidades en las que excedan de 3 gramos de heroína y 7,5 gramos de cocaína.

En el caso, ninguna objeción cabe hacer a la respuesta que el tribunal de apelación ha dado a esta queja y al criterio de valoración probatoria seguido en relación con estos hechos. La cantidad de heroína intervenida, superior a la dosis semanal media de un consumidor, la disposición de la droga en bolsitas para su venta, la variedad de drogas intervenidas, la ocupación en su domicilio de útiles para la distribución de drogas y la aportación de documentación médica acreditativa de que en aquellas fechas no era consumidor de drogas, constituyen una pluralidad de indicios, todos ellos suficientemente acreditados, que convergen en la razonable inferencia de que las drogas ocupadas al recurrente estaban pre ordenadas al tráfico, razón por la que no apreciamos la insuficiencia probatoria que se alega en el motivo ni, en consecuencia, la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente. Su condena tiene como soporte prueba válida, suficiente y racionalmente valorada.

El motivo se desestima.

2. Error en la valoración de la prueba ex artículos 849.2 LECrim

En el ordinal segundo del recurso, a través del cauce casacional del artículo 849.2 de la LECrim, se aduce la errónea valoración del informe médico de 12/03/2018.

La sentencia deduce de dicho informe que el recurrente no era consumidor de drogas al tiempo de los hechos, afirmación cuestionada en el motivo al entender que el citado informe acredita la condición de consumidor del Sr. Gabino . A partir de esta afirmación se arguye que el recurrente tenía la droga que le fue intervenida para su consumo propio y no para su venta a terceros. Se insiste en que ese dato fundamental está corroborado por la declaración del otro acusado, que manifestó que había consumido con él, y por los agentes de la Guardia Civil que conocían al recurrente por ser consumidor de drogas. Y se argumenta que el tribunal de apelación ha valorado sesgadamente el informe sin tomar en consideración los antecedentes personales, la anamnesis, la historia de consumo y el juicio clínico. El tribunal, se dice, sólo ha atendido a las analíticas realizadas durante 2017 que, a juicio de la defensa, no son un dato de suficiente peso para afirmar que durante ese periodo el recurrente no fuera consumidor de drogas.

El informe en cuestión, después de analizar la historia de consumo y demás datos de interés, afirma que el informado se mantenía en abstinencia desde el 23 de mayo de 2017. Si el informe data del 12/03/2018 no cabe duda que en el momento de su detención, según el informe, no consumía droga. Eso es lo que se deduce del contenido del documento, por lo que a partir de su tenor literal no puede afirmarse lo contrario.



Para que pueda declararse la existencia de un error en la valoración de la prueba, en el contexto de la vía casacional del artículo 849.2 de la LECrim, se precisa que dicho error se deduzca directamente del contenido literosuficiente del documento invocado, sin que deba ser integrado o completado con la valoración de otras pruebas y sin que para determinar su contenido deban realizarse conjeturas o complejas argumentaciones. Su poder demostrativo del error debe ser directo y, además, no puede entrar en contradicción con otras pruebas (STS 542/2018, de 12 de diciembre).

En este caso, tal y como se deduce del propio desarrollo argumental del escrito impugnatorio, el recurrente afirma el contenido del documento no a partir de su literalidad, sino destacando otros aspectos del documento que no son contradictorios con la afirmación de falta de consumo, poniéndolos en relación con otras pruebas, todo ello con la finalidad de establecer una conclusión fáctica que no se deriva del contenido literal del documento, lo que se aleja del ámbito y estrechos límites de este motivo de casación.

El motivo se desestima.

3. Juicio de tipicidad

En el tercer motivo y a través del artículo 849.1 de la LECrim se afirma que los hechos enjuiciados no encajan en el tipo penal del artículo 368 del Código Penal. Se afirma que de los hechos no se puede deducir que el recurrente se dedicara al tráfico de drogas y que las sustancias que le fueron intervenidas eran para el autoconsumo.

El motivo no puede prosperar. Conviene recordar algo que forma parte de la esencia misma del motivo casacional promovido por la acusación particular. Y es que la denuncia de un error jurídico en el juicio de subsunción, por su propia naturaleza, exige que el razonamiento impugnativo asuma como presupuesto inderogable la aceptación del "*factum*", tal y como ha sido proclamado por el Tribunal de instancia. El discurso del recurrente, por tanto, ha de construirse partiendo del juicio histórico, que no es otra cosa que la expresión del desenlace valorativo que ha arrojado el desarrollo de las pruebas practicadas en el plenario. De ahí que no se trate de argumentar a partir de lo que el recurrente considera que debería haber dicho el hecho probado, sino tomando en consideración lo que efectivamente dice, al haber sido fijado así por el Tribunal a quo. El distanciamiento respecto de ese presupuesto metodológico conlleva como inmediata consecuencia la inadmisión del motivo -ahora desestimación-, al imponerlo así los apartados 3 y 4 del art. 884 de la LECrim (STS 799/2017, de 11 de diciembre, por todas).

En este caso la sentencia de instancia declara como probado que el recurrente era el poseedor de las sustancias intervenidas y que "estaban destinadas a su venta en el mercado ilícito". A partir de este juicio histórico los hechos han sido correctamente subsumidos en el delito del artículo 368 del Código Penal que castiga cualquier actividad encaminada a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, siempre que tal propósito se concrete o se realice a través de actos de cultivo, fabricación o tráfico, castigándose también la posesión con este último fin.

El motivo se rechaza.

4. Subtipo atenuando del artículo 368.2 del Código Penal

En el último motivo y con cita del artículo 849.1 de la LECrim se reprocha a la sentencia la inaplicación del subtipo atenuado del artículo 368.2 del Código Penal, considerando que los hechos enjuiciados tienen la escasa entidad que la doctrina de esta Sala ha venido considerando como circunstancia justificativa de la menor punibilidad establecida en el precepto. En el escrito impugnativo se deduce esa menor gravedad del injusto de la cantidad de droga intervenida, cuyo valor se tasó en 252 euros y del hecho de que el acusado era consumidor de diversas drogas desde muy joven, por más que la sentencia sólo reconozca que a la fecha de los hechos sólo era consumidor de cannabis. Se destaca en el recurso que no consta que los 17.000 euros encontrados en su vivienda procedieran del tráfico de drogas.

El párrafo segundo del artículo 368 CP permite la imposición de la pena inferior en grado a la señalada en el tipo básico de tráfico de drogas "en atención a la escasa gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable", prohibiendo hacer uso de esta facultad cuando concurren las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370 CP.

Esta Sala se ha pronunciado extensamente sobre la interpretación que ha de darse a este precepto. Citamos, a continuación, la STS 632/2020, de 23 de noviembre, en la que se cita otra sentencia de singular relevancia, la STS 506/2012 de 11 de junio, en donde se condensa nuestra doctrina. Dice la sentencia primeramente citada lo siguiente:

"La atenuación atiende a dos parámetros que no necesariamente han de exigirse acumuladamente basta una de las alternativas -o menor antijuridicidad o menor culpabilidad-, y no la concurrencia de ambas (SSTS



32/2011, de 25 de enero; 51/2011, de 11 de febrero; y 448/2011, de 19 de mayo, entre otras). Dice la sentencia primeramente citada que el juez o tribunal ha de atender a ambas variables -escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable-, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en uno y otro ámbito (el primero vinculado a la antijuridicidad -escasa entidad-; el segundo referido más bien a la culpabilidad -circunstancias personales-). La aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación. Sí queda legalmente excluida la atenuación cuando se da alguno de los supuestos de los arts. 369 bis o 370.

a) Se habla, primeramente de la "escasa entidad del hecho". Ese es un requisito insoslayable. Así como respecto de las circunstancias personales del autor el Código se limita a decir que han de ser valoradas por el Juzgador, sin exigir que concurra alguna favorable; en relación al hecho declara que ha de ser de "escasa entidad". Son términos muy valorativos, pero necesariamente han de interpretarse. Si eso es un presupuesto de la aplicación del art. 368.2º CP en casación ha de controlarse su concurrencia discriminando qué hechos son "de escasa entidad" y cuáles no son susceptibles de atraer ese calificativo.

b) No se alude a la cantidad de droga, sino a la entidad del hecho. No estamos ante la contrapartida del subtipo agravado de "notoria importancia" (art. 369.1.5ª) como parece sugerir el recurso al atender casi en exclusiva a la cantidad ocupada. Hay que evitar la tentación de crear una especie de escala de menos a más: cantidad por debajo de la dosis mínima psicoactiva (atipicidad); escasa cuantía (368.2º); supuestos ordinarios (tipo básico: art. 368.1º); notoria importancia (art. 369.1.5ª); y cantidad superlativa (art. 370). El art. 368.2º se mueve en otra cadena no coincidente con esa especie de gradación. Así viene a demostrarlo la posibilidad legal, introducida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, de aplicarlo a los casos del art. 369 y entre ellos, al menos por vía de principio, a supuestos en que la cantidad sea de notoria importancia. No se está hablando de "escasa cantidad", sino de "escasa entidad". Hay razones diferentes al peso reducido que pueden atraer la catalogación como "escasa entidad" (sin afán de sentar conclusión alguna, se puede pensar en labores secundarias; facilitación del consumo a través sencillamente de informaciones sobre lugares de venta; simple vigilancia realizada por alguien externo al negocio de comercialización; suministro de droga por unas mal entendidas motivaciones compasivas; actuación puntual y esporádica que no supone dedicación y ajena a móviles lucrativos...).

c) Siendo conveniente la aclaración anterior, también lo es que la cuantía es uno de los criterios -no el único- que la ley toma en consideración para medir la gravedad de los delitos de tráfico de drogas. Lo evidencia la gradación que se acaba de hacer supra al dictado de los subtipos agravados de los arts. 369 bis y 370. No es el único parámetro para evaluar la gravedad (se maneja también la naturaleza de la sustancia -mayor o menor afectación de la salud-, los medios utilizados, la intervención plural organizada o puramente individual, las condiciones del destinatario de la droga...). Pero indudablemente la cantidad es un punto de referencia claro para la ley. De ahí que uno de los principales datos que pueden llevar al intérprete a estimar en materia de delitos contra la salud pública que el hecho tiene "escasa entidad" será justamente la reducida cuantía de la droga manejada. Aquí aún existiendo datos que permiten presumir que existía una dedicación anterior lo estrictamente ocupado es de peso reducido.

d) Sin ánimo de enredarse con sutiles debates filológicos y sin pretender dotar a este argumento gramatical de más importancia de la que tiene, parece relevante el adjetivo elegido por el legislador: "escasa". La entidad -"importancia"- del hecho ha de ser "escasa". En otros subtipos atenuados se habla de "menor gravedad" (arts. 147 o 242 del Código Penal) o "menor entidad" (arts. 351 o 385 ter) lo que parece contener una exigencia menos intensa. El calificativo "escasa" evoca la nimiedad de la conducta. La locución "menor gravedad" o "menor entidad" introduce un factor de comparación con el tipo básico: los hechos han de tener no una gravedad ínfima por sí, sino una gravedad inferior a la ordinaria del tipo básico (vid. STS 329/2012, de 27 de abril). En el art. 368 se prescinde de ese índice comparativo y se sugiere más bien la valoración objetiva; en sí misma. Sin poder extremarse las consecuencias de esta observación, sí que se subraya de esa forma el carácter más excepcional de esta atenuación. El tipo ordinario, el previsto para los supuestos habituales, es el art. 368.1º. Ahí se incorpora el reproche que el legislador considera adecuado para esas conductas. La comprobación de que el mínimo de esa pena resultaba en algunos casos desproporcionado condujo al legislador, a impulsos de un acuerdo no jurisdiccional de esta Sala como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, a introducir un nuevo párrafo para permitir en esos casos excepcionales atemperar su penalidad a su real gravedad. No es aventurado intuir que se pensaba especialmente en sustancias que causan grave daño a la salud donde el mínimo imponible de prisión era de tres años, aunque tanto la propuesta como su plasmación legal se extienden a las dos modalidades del art. 368.1º. El tipo básico sigue ahí: es el llamado a acoger los supuestos ordinarios, la generalidad de los casos. El subtipo atenuado es lo extraordinario. Sería contrario a la voluntad de la ley invertir los términos de forma que el art. 368.2º se convierta en la figura ordinaria, y el art. 368.1º en la residual. Esa praxis nos situaría en pocos años en la misma situación anterior a la reforma



de 2010: la equiparación penológica de supuestos muy dispares estimularía para la elaboración de un nuevo subtipo atenuado para no dar la misma respuesta a casos de muy distinto relieve.

e) El precepto obliga a atender también a las circunstancias personales del autor. Pero así como en cuanto a la entidad del hecho sí requiere que sea "escasa", en este segundo parámetro se abstiene de exigir que concurren circunstancias que aconsejen la atenuación. Sólo obliga a valorar esas circunstancias personales, referente en otros muchos lugares del Código donde se dan orientaciones para las laborales individualizadoras (destacadamente en el art. 66.1.6ª; pero no en exclusiva: arts. 68, 153.4). La ponderación obligada de esas circunstancias (edad, grado de formación intelectual y cultural, experiencias vitales, extracción social, madurez psicológica, entorno familiar y social, actividades laborales, comportamiento posterior al delito...), simplificando las cosas, puede arrojar tres resultados. El primero, sería el descubrimiento de algunas circunstancias que militan a favor de la atenuación. En el extremo opuesto estaría la detección de factores subjetivos que la desaconsejan. Por fin es imaginable que ese examen no alumbrase nada significativo; es decir, que ese parámetro sea neutro o indiferente. De acuerdo con la dicción legal no queda excluida radical y necesariamente la atenuación en los dos últimos supuestos; aunque en el segundo caso será exigible una intensidad cualificada del parámetro objetivo. Sí que es factible que pudiendo catalogarse el hecho como "de escasa entidad", concurren condiciones en el culpable que se erijan en obstáculo para la apreciación del subtipo. Como se dice en la STS 188/2012, de 16 de marzo, "siendo determinante el criterio objetivo basta que el subjetivo no lo obstaculice negativamente". Aquí, nada se alega, ni se aprecia en ese nivel.

La clave principal de la que debe arrancarse es, la entidad del hecho: su nimiedad. Si la conducta no admite de ninguna forma esa catalogación el debate ha de darse por zanjado. Se cierra la posibilidad de aplicar el art. 368.2º.

A partir de estos principios esta Sala de casación se ha ido pronunciando sobre casos diferentes, de los que cabe deducir una línea jurisprudencial bastante nítida sobre en qué supuestos procede o no procede la apreciación del subtipo atenuado. Sin ánimo exhaustivo citaremos algunos pronunciamientos expresivos de nuestra posición: En las SSTS 242/2011, de 6 de abril, 448/2011, de 19 de mayo, 139/2012, de 2 de marzo y 98/2021, de 4 de febrero, entre otras muchas, se ha aplicado la atenuación atendiendo exclusivamente a la escasa cantidad de droga intervenida cuando no concurren otras circunstancias que sean obstáculo para su apreciación de la atenuación; en la STS 646/2011, de 16 de junio, se apreció la atenuación por razón de la cantidad de droga intervenida, sin que le intervinieran dinero o instrumentos relacionados con el tráfico de drogas; en la STS 32/2011, de 25 de enero, se atendió a que se trataba de una venta al menudeo, ocupándose escasa cantidad y padeciendo el autor drogodependencia; en la STS 724/2014, de 13 de noviembre, no se aplicó porque el autor, además de la condena que justificó la apreciación de reincidencia, tenía otras condenas precedentes por delitos contra la salud pública; en la STS 94/2013, de 14 de febrero no se apreció porque a pesar de que la cantidad era de escasa entidad y de que era drogodependiente, se acreditó que el acusado había hecho de la venta de esta clase de sustancia un modo de vida, teniendo dos condenas previas por ese mismo delito; en el ATS 235/2021, de 8 de abril, no se apreció dado que los acusados continuaron con la misma actividad delictiva después de haber sido detenidos e imputados por un delito contra la salud pública, por lo que no hubo una venta aislada sino varias y de sustancias estupefacientes distintas, cocaína y heroína, ambas gravemente perjudiciales para la salud: en la STS 164/2021, de 24 de febrero, se desestimó la atenuación porque la droga, de escasa cuantía, estaba distribuida en bolsitas individuales; en el ATS 882/2020 de 17 de febrero, se denegó la aplicación en caso de actividad realizada de forma conjunta y con distribución de roles; en el ATS 888/2020, de 10 de diciembre, no se aplicó porque el constaba que el acusado llevaba dedicándose a esa actividad meses, las sustancias intervenidas eran distintas y se sirvió de la protección que otorgaba su domicilio

En el presente caso hay marcadores que ciertamente apuntan a considerar el hecho enjuiciado como de escasa entidad: La pequeña cantidad de droga intervenida y el dato comprobado de que el acusado era consumidor de cannabis al tiempo de los hechos y tenía una historia prolongada de consumo de "opiáceos y cocaína", por más que se mantuviera abstinente desde marzo de 2017.

Sin embargo, hay evidencias de relevancia que orientan nuestro análisis hacia la exclusión del subtipo atenuado. Nos referimos, de un lado, a la ocupación de drogas de distinta clase y dispuestas en bolsitas para su distribución y, de otro, en la ocupación en el domicilio del acusado de una báscula de precisión, plásticos para la confección de bolsas y alambres para el cierre de las papelinas. Estos objetos permiten inferir racionalmente que la actividad desarrollada no era aislada u ocasional.

Por estas razones estimamos que no concurren los presupuestos que precisa el precepto analizado para afirmar la concurrencia de una menor antijuridicidad o culpabilidad que justifique la aplicación del subtipo atenuado.



La sentencia impugnada ha realizado una ponderación adecuada de las circunstancias concurrentes y ha excluido la apreciación de la atenuante utilizando criterios que se ajustan a la doctrina de esta Sala, sin que exista razón alguna que avale la rectificación que se pretende en el recurso, lo que no impide que dejemos constancia que, aunque no se haya apreciado la atenuante de drogadicción, nos encontramos ante una situación que podría justificar sobradamente la aplicación de la suspensión de la pena prevista en el artículo 80.5 del Código Penal.

El motivo se desestima.

5. Costas procesales

De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso de casación.

FALLO

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

1.º **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por don Gabino contra la sentencia número 23/2019, de 8 de julio de 2019, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha.

2.º Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas por el presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García