

Roj: STS 8546/2012
Id Cendoj: 28079120012012101002
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10871/2012
Nº de Resolución: 1057/2012
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: JUAN SAAVEDRA RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Diciembre de dos mil doce.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Ángel Jesús**, contra auto dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sobre revisión de **condena**; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Juan Saavedra** Ruiz, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representado el recurrente por la Procuradora Doña María Jesús González Díez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Quinta, se dictó auto en fecha quince de junio de dos mil doce, que contiene los siguientes antecedentes de hecho: "**ÚNICO.-** Por la representación procesal del penado Ángel Jesús se ha solicitado la revisión de la sentencia dictada en la causa de la que la presente ejecutoria dimana de lo que se dió traslado al Ministerio Fiscal".

SEGUNDO.- La Audiencia dictó el siguiente pronunciamiento:

" **LA SALA ACUERDA** : NO HA LUGAR a la revisión de la *sentencia núm. 74/07 de fecha 16 de octubre de 2007 dictada en la causa 33/07 de la que la presente ejecutoria 43/08 dimana* ".

TERCERO.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de Ángel Jesús, 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.- La representación del recurrente, alegó los motivos siguientes: **PRIMERO** .- Por infracción de ley por vía casacional del **artículo** 5.4 de la LOPJ y del **artículo** 852 LECrim ., por vulneración de los **artículos** 9.3, 24.1 y **2** y 120.3 de la Constitución Española que garantiza la proscripción de la arbitrariedad, motivación de las resoluciones judiciales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento público con todas las garantías sin indefensión. **SEGUNDO** .- Al amparo del **artículo** 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia infringida la Disposición Transitoria 2ª, 1º párrafo 2º de la Ley Orgánica 5/2010 y la redacción dada por ella al **artículo 368** párrafo 2º CP, en relación con los preceptos **penales** citados en el primer motivo.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 18 de diciembre de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ampara el recurrente el primer motivo de su recurso en el **artículo** 852 de la LECrim . en relación con el **artículo** 5.4 de la LOPJ, denunciando la infracción de los **artículos** 9.3, 24.1 y **2**, y 120.3 de

la Constitución , que garantizan la proscripción de la indefensión, la motivación de las resoluciones judiciales, el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a un proceso público con todas las garantías.

Se alega, resumidamente, que la resolución recurrida, que le denegó la revisión de la pena que le había sido impuesta en sentencia dictada el 16 de octubre de 2007, por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra -tres años y seis meses de prisión, y 84 euros de multa- no respeta los hechos declarados probados de esta última resolución; valorando, para denegar dicha revisión, datos posteriores no recogidos en ellos, como son, la revocación de la suspensión de la ejecución de dicha pena, por la comisión de un nuevo delito, o la existencia de consumos de heroína durante el período de esta suspensión. La resolución recurrida debió atender, exclusivamente, según el recurrente, a lo que se declaró probado en la sentencia mencionada, esto es, a la existencia de un acto aislado de venta de una bolsa conteniendo 0,293 gramos de heroína, con una pureza del 35,90%, y con un valor en el mercado de 42 euros.

Dadas las alegaciones expuestas, este primer motivo del recurso ha de ser desestimado.

Sin perjuicio de que analicemos en el siguiente fundamento de derecho la **aplicación** que el Tribunal de instancia ha realizado en la resolución recurrida del **artículo 368.2 del Código Penal** , dicha resolución, en sí misma, no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados.

Basta leer la misma para concluir que está suficientemente motivada, y ha dado una respuesta fundada en derecho a la pretensión formulada ante el órgano judicial que la dicta; la cual, precisamente por ello, no vulnera los derechos fundamentales invocados. Ello al margen de que no se compartan sus argumentos, particularmente a la hora de determinar qué circunstancias personales del recurrente han de valorarse para la **aplicación** del **tipo atenuado** del párrafo segundo del **artículo 368 del Código Penal** .

Ha de desestimarse pues, como ya adelantamos, este primer motivo del recurso.

SEGUNDO .- En el **artículo 849.1** de la LECrim . ampara el recurrente el segundo motivo de su recurso, denunciando la infracción del **artículo 368.2 del Código Penal** .

Se alega que estamos ante un **tipo atenuado** más, cuya **aplicación** está ligada a la concurrencia de las dos circunstancias que el legislador ha previsto, si bien, la más moderna Jurisprudencia, según el recurrente, otorga mayor protagonismo a la primera de ellas, la menor entidad del hecho, operando, la segunda, la relativa a las circunstancias personales, en un plano distinto y de menor relevancia.

Procede pues, para el recurrente, en el caso de autos, la **aplicación** de dicho precepto ya que, la cantidad de droga es nimia, se trata de una única entrega y el recurrente ocupa el último eslabón de la cadena. Por otro lado, es un adicto a la heroína que, aunque precisamente por su adicción, ha sufrido recaídas, nunca ha abandonado el tratamiento, teniendo un sólido apoyo familiar y una relación estable.

Dadas las alegaciones expuestas, este motivo del recurso ha de ser estimado.

Como decíamos en la STS 86/2012, de 15 de febrero , el novedoso precepto que venimos mencionando dispone: "no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable", facultad de la que no podrá hacerse uso "si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los **artículos 369 bis y 370**".

Una ya copiosa jurisprudencia de esta Sala de Casación - STS 1418/2011, de 28 de diciembre ; 1307/2011, de 30 de noviembre ; 1295/2011, de 10 de noviembre ; 1266/2011, de 17 de noviembre ; ó 1182/2011 y 1183/2011, ambas de 27 de octubre , por remisión todas ellas a la STS 54/2011, de 6 de mayo) viene señalando que, con este nuevo apartado final, el Legislador ha venido a introducir un **tipo atenuado** que, "no obstante referirse a la **reducción** en grado como mera posibilidad, no significa que el Juez pueda libérrimamente rebajar o no la pena, sino apreciar discrecionalmente, es decir, mediante valoración razonable y razonada, la concurrencia de los factores condicionantes de la **reducción**; pero si los aprecia como concurrentes, la rebaja debe entenderse como obligada. En efecto, no acordar en tal caso rebajar la pena no sería arbitrio, sino arbitrariedad, ya que no hacerlo sólo se justifica si razonablemente se excluyen las circunstancias objetivas -menor gravedad- y personales - circunstancias del culpable- de las que positivamente se hace depender la apreciación del subtipo **atenuado**". En definitiva, desde una correcta interpretación del precepto, exigida por los principios de legalidad y de proscripción de la arbitrariedad, al disponer la norma que los Tribunales «podrán imponer la pena inferior» en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, no debe entenderse que, concurriendo ambos factores, el Tribunal pueda libremente rebajar la pena en grado o no hacerlo. Significa más bien que, estando facultado para

apreciarlos mediante una razonable valoración de los datos objetivos del hecho y personales del acusado, habrá de rebajar la pena en un grado, si los estima concurrentes. Lo que «puede» el Tribunal es apreciar la menor desvaloración del hecho o de reprochabilidad del culpable, que es lo que posibilita la norma con amplia fórmula necesitada de concreción al caso; pero a partir de esa valoración, si es favorable al acusado, no tiene la libre facultad de conceder o denegar la **reducción** penológica.

También venimos manteniendo (por todas, STS núm. 932/2011, de 22 de septiembre), que para analizar si procede o no una **aplicación** sobrevenida del **tipo atenuado** es preciso ajustarse en sus propios términos a la resultancia fáctica y motivacional de la sentencia en su día dictada para comprobar, en esta fase de ejecución de **condena**, si procede o no su **aplicación** retroactiva (art. **2.2** CP), tal y como solicita el recurrente.

En cuanto a los elementos a valorar, el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el **artículo 368** del **Código Penal** queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. De conformidad con la STS 1392/2011, de 29 de diciembre , la norma no precisa qué debe entenderse por «escasa entidad del hecho», como tampoco qué «circunstancias personales del culpable» serían relevantes a estos efectos. Respecto del primer elemento, relacionado con una mayor o menor antijuridicidad, debe vincularse a la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido -salud pública colectiva-, de modo que concurrirá en supuestos en los que es escasa la cantidad de sustancia objeto del delito y en los que, imputándose una conducta aislada, no se haya acreditado una dedicación permanente a esta clase de actos como una forma de obtención de ingresos, lo que revelaría una mayor gravedad. En cuanto a la «menor culpabilidad», las circunstancias personales del autor nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvaloración del art. 67 CP , las circunstancias que sean acogidas en el ámbito del **tipo atenuado** no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del **tipo atenuado** deben ser distintas de aquellas que se configuran como atenuantes o agravantes en el **Código Penal**. Así, pueden resultar relevantes circunstancias tales como el carácter de delincuente primario (al menos, en relación con delitos contra la salud pública por tráfico de drogas), la condición de consumidor u otros aspectos que, sin dar lugar a la apreciación de atenuantes, revelen una menor culpabilidad por el hecho (STS 1022/2011, de 10 de octubre).

En el presente caso, el recurrente, de conformidad con la sentencia dictada en su día, fue condenado por entregar a un tercero, a cambio de dinero, una bolsita conteniendo una sustancia que, debidamente analizada, resultó ser heroína, con un peso de 0,293 gramos, y una pureza del 35,90%, heroína que hubiera adquirido un valor en el mercado de 42 euros.

La droga intervenida pues, rebasando los límites de psicoactividad establecidos para esta sustancia por una doctrina reiterada de esta Sala, no resulta, no obstante, especialmente elevada. Por otro lado, la acción se enmarca además en un acto aislado de venta, por lo que cabe circunscribir los hechos en la «escasa entidad» que exige el **tipo atenuado**, y solicita el recurrente.

Respecto a las circunstancias personales de este último, nada se dice en la sentencia dictada en su momento que obstaculice la **aplicación** del precepto reiterado, debiendo valorarse, a estos efectos, las circunstancias concurrentes en el momento de comisión de los hechos allí declarados probados, los cuales permiten entender que efectivamente, la actuación del acusado representa el último escalón del tráfico de drogas, sin circunstancias añadidas, por lo que cabe la **aplicación** del **tipo atenuado** instado.

La resolución recurrida tuvo en cuenta, para denegar dicha **aplicación**, que la pena impuesta fue suspendida, que su suspensión fue revocada al cometer el recurrente un nuevo delito contra la salud pública, y que, durante el período de suspensión, se habían detectado en el recurrente consumos habituales de heroína. Pero estos argumentos no impiden alcanzar la conclusión expuesta.

Los consumos de heroína detectados en el recurrente durante el período de suspensión serían un hecho posterior a la comisión de los hechos por lo que se impuso la pena cuya revisión se insta que, como tales, y según ya hemos expuesto, no han de ser tenidos en cuenta.

En cuanto a la revocación de la suspensión de la pena, cabe decir que los efectos de dicha revocación tienen su propio ámbito, el del cumplimiento de las penas. Si los valorásemos también como argumento para no aplicar el **tipo atenuado** del **artículo 368.2** del **Código Penal** , estaríamos atribuyendo al hecho de que

el recurrente hubiera vuelto a delinquir, un doble efecto, por un lado, la revocación de la suspensión, y por otro, la no **aplicación** del citado precepto.

Procede pues, como hemos expuesto, la **aplicación** del párrafo segundo del **artículo 368** del **Código Penal**, estimando que la conducta del recurrente es merecedora de una pena de dos años de prisión, y una multa de 42 euros.

TERCERO .- La estimación del recurso determina que las costas sean declaradas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar **HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley dirigido por el penado Ángel Jesús** frente al auto de 15/06/2012 dictado por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Quinta, en la ejecutoria 43/2008, casando y anulando el mismo, declarando de oficio las costas del recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Diciembre de dos mil doce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo, con el número 1917/2006 y seguida ante la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Quinta, por delito de tráfico de drogas, contra **Ángel Jesús** con D.N.I. número NUM026, nacido en Vigo el día NUM027 de 1969, hijo de Edmundo David y de Olga, con domicilio en C/ DIRECCION004, NUM028, NUM029 de Vigo y en libertad por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Juan Saavedra** Ruiz, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se dan por reproducidos los del auto recurrido.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Se dan igualmente por reproducidos los de nuestra sentencia precedente.

III. FALLO

Que debemos revisar la **condena** impuesta al penado **Ángel Jesús** en la sentencia de 16/10/2007 objeto de la ejecutoria, por ser los hechos subsumibles en el **artículo 368.2** CP vigente, **imponiéndole la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN**, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la **condena**, y una multa de 42 euros, manteniendo en su integridad el resto de los pronunciamientos de la misma.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. **Juan Saavedra** Ruiz, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.