

Roj: STS 4716/2011
Id Cendoj: 28079120012011100696
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10716/2011
Nº de Resolución: 746/2011
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Julio de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el condenado **Teodosio** contra Auto de fecha 18 de febrero de 2011 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo que denegó la revisión de la Sentencia núm. 213/09, de 19 de octubre de 2009 de dicha Sección y Audiencia de la que dimana la Ejecutoria núm. 72/2009; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal, y como recurrente el condenado Teodosio , representado por la Procuradora Doña Lucía Agulla Lanza y defendido por el Letrado Don Escanciano García Miranda.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el Rollo de Sala núm. 35/2009 dimanante del P.A núm. 72/2009 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Oviedo seguido por delito contra la salud pública contra **Teodosio** , dictó Sentencia núm. 213/09, con fecha 19 de octubre de 2009 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Sobre las 11 horas del día 31 de octubre de 2008 el acusado Teodosio , mayor de edad con antecedentes penales no computables para esta causa, en la calle Arquitecto Tioda de Oviedo, vendió a Armando tres envoltorios de plástico conteniendo heroína, por un precio de 60 euros que éste le pagó. Observada la operación por una dotación de la Policía Local el acusado fue detenido, ocupándosele otros siete envoltorios de aquellas sustancias, una balanza digital, dos teléfonos móviles marca Alcatel y Motorola, y 155 euros, entre los que estaban un billete de 50 y otro de 10 con los que Armando le había pagado la droga. El peso total de la heroína fue de 1,78 gramos, con una riqueza de heroína base del 47,1% y un precio en el mercado de 200 euros. El dinero ocupado procedía de la venta de droga, sirviendo a ese fin la balanza y los móviles ocupados."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó Fallo cuyo **pronunciamiento es**:

"Que debemos condenar y condenamos a Teodosio como autor de un delito contra la salud pública ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de cuatro años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seiscientos euros, quedando sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de tres días de privación de libertad en caso de impago, debiendo abonar el importe de las costas procesales causadas."

Se acuerda el comiso del dinero, efectos y droga intervenidos, procediéndose a la destrucción de ésta una vez firme esta Sentencia, si no se hubiera hecho ya."

Para el cumplimiento de las penas le será de abono al condenado el tiempo de permanencia privado de libertad durante la tramitación de la causa."

TERCERO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo con fecha 18 de febrero de 2011 dicta Auto **cuya parte dispositiva** dice:

"La Sala acuerda: No haber lugar a revisar la sentencia pronunciada en las diligencias de las que dimana la presente ejecutoria respecto de Teodosio ."

CUARTO.- Notificadas en forma las anteriores resoluciones a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el condenado **Teodosio** , que se tuvo 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.

QUINTO.- El recurso de casación interpuesto por la representación del condenado Teodosio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de Ley al amparo del *art. 849.1 de la LECrim .*, por aplicación indebida de la *Disposición Transitoria Cuarta de la LO 10/1995, de 23 de noviembre* , así como de la *Disposición Transitoria Primera de la LO 5/10, de 22 de junio* .

2º.- Por infracción de Ley, en base al *artículo 849.1 de la LECrim .*, indebida aplicación de la *Disposición Transitoria Segunda de la LO 5/2010, de 22 de junio* .

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no consideró necesaria la celebración de vista para su resolución y solicitó la inadmisión del mismo y que subsidiariamente impugnó, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 30 de junio de 2011, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone este recurso de casación por la representación legal el condenado Teodosio frente al Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 18 de febrero de 2011 que denegó la revisión de la Sentencia de mencionada Sección y Audiencia núm. 213/09, de 19 de octubre de 2009 .

SEGUNDO.- Ampara el recurrente el primer motivo de su recurso en el *art. 849.1 de la LECrim.*, denunciando la infracción de la *DT 4ª de la LO 10/95* y la *DT 1ª de la LO 5/2010*.

Se alega, en síntesis, que las disposiciones mencionadas imponen como trámite preceptivo, para determinar la ley penal más favorable, la audiencia al reo, trámite que considera debe ser personal, y que no se ha producido en el caso de autos, resaltando que dado el momento en el que se produce esa revisión, el sistema jurídico debe asegurar que efectivamente los interesados, los condenados en este caso, puedan realizar las manifestaciones que tengan por conveniente.

Siendo las expuestas las alegaciones del recurrente, éstas deben ser desestimadas.

La *Disposición Transitoria Segunda de la LO 5/2010 de modificación del C. penal* , donde se regula expresamente la revisión de sentencias firmes tras la entrada en vigor de las modificaciones introducidas por dicha Ley, no prevé expresamente que a estos efectos sea oído el reo, declaración ésta compatible con lo previsto en el *art. 2.2 de la C. penal* que dispone que dicha audiencia tendrá lugar sólo en caso de duda sobre la aplicación de la ley penal favorable, sin perjuicio naturalmente de que el condenado pueda ser oído a través de su defensa técnica, que será la que le asistió en el proceso penal precedente, o bien el nombrado por él a su instancia, o el proporcionado de su oficio para verificar tal audiencia. En cualquier caso, en este concreto procedimiento fue oído puesto que fue él quien solicitó mediante escrito, la revisión al amparo del vigente *art. 368 del C. penal* .

Este escrito fue presentado a través de su representación en autos, por lo que, a los efectos pretendidos, la posible aplicación del nuevo *párrafo segundo del art. 368 del C.penal* , ha de considerarse suficiente y que, por consiguiente, no se ha producido indefensión alguna.

Ha de desestimarse pues este primer motivo del recurso.

TERCERO.- En el segundo motivo de su recurso, el recurrente en base a lo anteriormente expuesto, interesa del Tribunal "a quo" la revisión de su pena en el sentido de aplicar al caso enjuiciado el supuesto atenuado de "escasa entidad del hecho" del *párrafo segundo del art. 368 del C. penal*.

En la primera Sentencia de esta Sala que dictó doctrina sobre este tipo atenuado, que es la 32/2011, de 25 de enero, ya expusimos que en un Pleno no jurisdiccional celebrado el día 25 de octubre de 2005, acatando el mandato del *artículo 117* de la Constitución, tomó como Acuerdo la conveniencia de que por el legislador se modificara la redacción del *artículo 368 del Código Penal* en el sentido de reducir la pena cuando se trate de cantidades módicas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y como alternativa se proponía añadir un segundo párrafo a dicho precepto con el siguiente texto: "*no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*".

Esta propuesta alternativa fue acogida en el Proyecto de *Código Penal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 15 de enero de 2007* y definitivamente ha sido incorporada por la reforma del Código Penal llevada a cabo por la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, en cuyo Preámbulo se dice que en materia de tráfico de drogas se producen algunos reajustes en materia de penas y, entre ellos, se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las *circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes*.

Así, se modifica el *artículo 368*, que queda redactado como sigue: "*Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.*"

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. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370."

La jurisprudencia de esta Sala, sobre los subtipos atenuados, viene estableciendo una doctrina cuyos aspectos más significativos son los siguientes: necesidad de motivar el uso de esa discrecionalidad reglada (cfr. Sentencia 233/2003, de 21 de febrero); los Jueces son soberanos, en principio, para imponer las penas en la cuantía que procede según su arbitrio, facultad eminentemente potestativa, que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado (circunstancias personales) y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó; la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos (cfr. SSTs 1426/2005 de 7 de diciembre y 145/2005 de 7 de febrero); y en segundo lugar, las circunstancias personales del delincuente, aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta *regla 6ª (antigua) regla primera del art. 66*, sino de las restantes reglas (cfr. Sentencia 480/2009, de 22 de mayo).

En concreto en relación al delito de tráfico de drogas, cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho, que debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos (fr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio), en función de la antijuridicidad del hecho, como primer factor a considerar, pues si el hecho no es de menor "entidad", las circunstancias personales no podrán ser ya evaluadas para la aplicación del aludido subtipo atenuado. De manera que el subtipo atenuado del *párrafo segundo del art. 368 del C. penal* ha sido concebido para casos en los que por la mínima cantidad transmitida, aun colmando las exigencias de la antijuridicidad material, la venta de cantidades insignificantes

con fines de autofinanciación, la marginalidad del acusado, su poca inserción en el medio social, y en suma, actividades de tráfico de menor relevancia o entidad. La citada STS 32/2011 también se refiere a supuestos de vendedores de papelinas, que constituyen el último eslabón en la venta al menudeo, cuando posean escasa cantidad de sustancias estupefacientes y padezcan drogodependencia por su adicción a tales sustancias. En suma, a casos como los referidos, pretende dar respuesta el subtipo atenuado que examinamos, atendiendo a una menos intensa gravedad en su culpabilidad, que encaja en esa escasa entidad del hecho y en unas circunstancias personales a las que se refiere el *párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal*, lo que determinará una reducción de pena.

La STS 716/2011, de fecha 7 de julio, citando a las números 354/2011, de 6 de mayo, y 482/2011, permite llevar a cabo en la revisión de las sentencias firmes la operación de determinación acerca de si procede la aplicación del segundo *párrafo del art. 368 del Código Penal*, pues al señalar la ley que "podrán imponer la pena inferior en grado", no quiere decir que puedan o no imponerla, sino que, constatado el supuesto de hecho a cuya presencia la ley condiciona ese efecto, deberán hacerlo de manera inexcusable, a tenor de lo que en la sentencia se hubiera declarado probado.

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, entendemos que no procede aplicar este subtipo atenuado, ya que se detuvo al recurrente vendiendo 3 envoltorios de heroína por 60 euros y se le ocuparon otros siete envoltorios más, lo que determina una habitualidad en la venta de sustancias estupefacientes, y no un hecho aislado, que impide la apreciación de tal subtipo. Los hechos probados nos refieren una venta de tres envoltorios de heroína, y al acusado se le ocuparon otros siete, más dos teléfonos móviles, una balanza digital, y la suma de 155 euros, elementos de donde puede deducirse una venta habitual y no esporádica, y en este sentido, ya expuso la sentencia condenatoria firme que no es alguien "extraño al tráfico de drogas", pues cuenta con antecedentes policiales y penales, entre los que destacaba el tráfico de drogas, si bien no le resultaban computables a efectos de reincidencia, ni tampoco se le apreció la circunstancia de drogadicción, por el hecho de que causó alta terapéutica en fecha 14 de febrero de 1996, no estando desde entonces integrado en programa alguno de deshabitación.

Como quiera que la penalidad aplicada es igualmente imponible con el nuevo marco punitivo, y se encuentra proporcionada a la infracción criminal cometida, y no procede la aplicación del referido subtipo atenuado, es por lo que el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Se le imponen las costas procesales de esta instancia casacional (*art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el condenado **Teodosio** contra Auto de fecha 18 de febrero de 2011 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García Julian Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Siro Francisco García Pérez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sánchez Melgar, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.