

Roj: STS 5112/2011
Id Cendoj: 28079120012011100759
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10573/2011
Nº de Resolución: 764/2011
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

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

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Aureliano**, contra Auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, de fecha 19 de enero de 2.011 que desestimó la súplica interpuesta contra la providencia de 16 diciembre 2.010, que denegó la revisión de la condena impuesta en sentencia de 16 noviembre 2009; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Moreno Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, en Rollo de Sala nº57/09, dimanante del Procedimiento Abreviado nº3014/08, se dictó sentencia de fecha 16 de octubre de 2009, en la que se condenó a Aureliano, como autor responsable de un delito contra la salud pública, referido a sustancias que causan grave daño a la salud del *art. 368 CP*, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de suspensión de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha pena de privación de libertad, multa por importe de 35 # y al pago de las costas del procedimiento.

SEGUNDO.- A los efectos de la revisión de la sentencia en cumplimiento de la *Disposición Transitoria 2ª de la LO 5/10 de 22 de junio, en la Ejecutoria nº 80/2010*, dimanante de dicho procedimiento, se dictó Auto de fecha 19 de enero de 2011, en el que se desestimó el recurso de súplica interpuesto contra la Providencia de fecha 16 de diciembre de 2010 en la que se acordaba no revisar la condena impuesta.

TERCERO.- Contra dicho Auto, se interpuso recurso de casación por Aureliano, mediante la presentación del correspondiente escrito por la Procuradora de los Tribunales D. Pedro Moreno Rodríguez.

El recurrente alega como motivos de casación: **Primero.-** Al amparo del *art. 852 LECrim* . en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y principio de igualdad de los *arts. 24 y 14 CE* . y por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1 LECrim*. por aplicación indebida de la *Disposición Transitoria 2ª LO. 5/2010 de 23.6* ; **Segundo.-** Al amparo del *art. 852 LECrim* . en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y principio de igualdad de los *arts. 24 y 14 CE* . y por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1 LECrim*. por aplicación indebida de la *Disposición Transitoria 2ª LO. 5/2010 de 23.6* ; **Tercero.-** Al amparo del *art. 852 LECrim* . en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y principio de igualdad de los *arts. 24 y 14 CE* . y por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1 LECrim*. por aplicación indebida de la *Disposición Transitoria 2ª LO. 5/2010 de 23.6* ; **Cuarto.-** Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por inaplicación indebida el *art. 368.2º CP* .

CUARTO.- En el trámite correspondiente a la substanciación del recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

QUINTO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas por Sala de Gobierno de este Tribunal

Supremo, es Ponente de la presente resolución el Magistrado Excmo. Sr. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día cinco de julio de dos mil once.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Alega la parte recurrente, cuatro motivos casacionales, dos por infracción de precepto constitucional al amparo del *art. 852 LECrim* en relación con los *arts. 24.1 y 14 de la Constitución* y dos por infracción de Ley, al amparo del *art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, por indebida inaplicación del *art. 368.2 del Código Penal, introducido por LO 5/10 de 22 de junio* en relación con la DT 2ª de la precitada Ley.

Pese a la diversificación de las quejas planteadas, la voluntad impugnativa se dirige de forma unívoca y persistente demandar la revisión de la condena impuesta de tres años de privación de libertad por mor de la aplicación retroactiva del subtipo atenuado del *apartado 2 del art. 368 del Código Penal*, introducido en la reciente reforma legislativa.

Considera el recurrente que, dada la escasa cantidad de la cuantía incautada, unido a sus antecedentes acreditados de adicto consumidor desde los siete años de edad, una valoración en conjunto de dichas circunstancias le hacen merecedor de la imposición del subtipo atenuado.

En materia de revisión de sentencias con ocasión de la entrada en vigor de la LO 5/2010 de reforma del *Código Penal, la Disposición transitoria segunda, apartado 1*, in fine dispone:

Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia."

Por su parte, la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, que ha añadido un párrafo segundo a la redacción anterior, en virtud del cual, *"... 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"*.

Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala, autos 7/2011 de 3.2, 43/2011 de 10.2, 48/2011 de 10.2, 73/2011 de 3.2, han considerado que no procede en estos casos la revisión, pues si leemos la DT 2ª de la reforma, la misma señala expresamente que se procederá a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable "considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial". Conforme a la nueva redacción del *art. 368.2*, la reducción de la pena tiene el carácter facultativo. Es decir, el arbitrio judicial es el que determina la reducción de la pena y no por disposición expresa de la norma, por tanto dicha reducción punitiva no es aplicable.

No obstante este criterio debe ser matizado. Así la doctrina entiende que "en los casos evidentes, absolutamente contrastados por consignarse en el factum de la sentencia datos merecedores de la aplicación del subtipo atenuado, se excluye el arbitrio y son revisables en casación. El Juez o Tribunal viene obligado en ellos aplicar la penalidad atenuado -y no es acorde con el valor justicia- *art. 1 CE*. Ni con el derecho a la tutela judicial efectiva, *art. 24 CE*. que por razón de fechas o incluso de horas (dependiendo de que se resulta el recurso antes o después de la entrada en vigor de la LO. 5/2010, proceda o no aplicar la cláusula de rebaja. La aplicación de la Ley más favorable no debe entender de momentos preclusivos.

En el mismo sentido otros autores apuntan al hecho de que la retroactividad de las Leyes favorables reconocida en el *art. 9.3 CE* y, en las que el ámbito penal se refiere, en el *art. 2 CP*, ha de examinarse en cada caso, con especial atención a las normas concretas que existan al respecto.

Y como la cuestión que se nos plantea es la posible revisabilidad de unas determinadas sentencias condenatorias firmes dictadas al amparo del CP. De 1995, que pudieran verse afectadas por la reforma operada por la LO. 5/2010, debemos estar a lo que esta norma disponga.

Y en efecto, tenemos una solución precisa, prevista en la DT 5ª según la cual y como regla general, los "Jueces y Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no pro el ejercicio del arbitrio judicial.

A pesar de que se entiende que se trata de supuestos de atenuación "facultativos", nada impide y "es una posibilidad más beneficiosa para el condenado que, en virtud del principio in dubio pro reo, dicha nueva cláusula atenuatoria pueda aplicársele, a la vista de las circunstancias concurrentes en los hechos". Dicha posibilidad se implantará por la vía del DT. 4ª sin que quepa restringir la revisión de la sentencia y, por ende, la posibilidad atenuatoria.

Para decidir si en este caso cabe o no la revisión de la pena, primero es necesario resolver si la aplicación retroactiva del tipo atenuado antes inexistente, supone arbitrio judicial o no, y si en este último caso se aplicará a todos los casos o solo a los supuestos excepcionales, fundamentalmente el menudeo y en los que el vendedor presente adicción, requisitos que deben concurrir acumulativamente y no alternativamente. En estos casos las circunstancias excepcionales concurrentes del culpable y del hecho constituyen circunstancias apreciables mediante un ejercicio valorativo por los tribunales que en la medida en la que son discrecionalidad vigilada y no libre pueden ser revisados por un Tribunal Superior en vía de recurso. No sería pro tanto una facultad libre de arbitrio judicial sino una facultad reglada sujeta a recurso.

Por lo anteriormente expuesto en estos casos evidentes merecedores de la aplicación del subtipo atenuado se excluye el arbitrio y procede la revisión. El Juez o Tribunal vendrá obligado a aplicar la penalidad atenuada.

SEGUNDO.- Siendo así y en orden a la posible aplicación del subtipo atenuado introducido por la LO. 5/2010, hemos dicho en STS. 397/2011 de 24.5 que responde, -como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley- a la preocupación del Legislador para "acoger la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25.10.2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena en supuestos de escasa entidad siempre que no concorra ninguna de las *circunstancias recogidas en los arts. 369 bis y 370 CP*".

En la exégesis del *precepto se constata, en el Anteproyecto de CP de 2006*, frustrado por el fin de la legislatura, ya se incluía la posibilidad de rebaja penológica por la vía de incrementar el arbitrio judicial, posibilitando la atenuación facultativa del marco penal de los delitos contra la salud pública vinculados al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas. En relación con el mismo, el informe del CGPJ destacaba que "venía siendo reclamada por sectores de la doctrina y de la propia jurisprudencia como medio necesario para evitar una reacción punitiva desproporcionada que se deriva del incremento progresivo de las penas que estas modalidades han experimentado en los últimos años, en aquellos casos en que la cantidad de droga es de notoria escasa importancia, "o" las circunstancias personales del reo ponen de manifiesto una menor culpabilidad en la realización de la acción injusta -singularmente en el caso de los traficantes menores que se financian su propia adicción con el menudeo de la droga".

A pesar de la tendencia de los trabajos legislativos a recoger la atenuación facultativa estudiada, el primer texto prelegislativo de 2008 eliminó cualquier rebaja de pena de estas características.

En el proyecto definitivo de reforma del CP, que dio lugar a la LO 5/2010, cuando accedió al Congreso el texto del *artículo 368.2 CP*, se excluía la posibilidad de su aplicación cuando concurrieran cualquiera de las *circunstancias de los artículos 369, 369 bis y 370 CP*, pero una última enmienda del Grupo Socialista permitió extender la aplicación del subtipo a las *circunstancias del artículo 369 CP*.

Examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el *párrafo segundo del artículo 368 CP* permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho -lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad- y a las circunstancias personales del autor - que nos reconduce al área de la culpabilidad-. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de *ley (art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*.

Como vemos el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el *precepto queda vinculado a la concurrencia de dos* parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. La "escasa entidad del hecho" debe relacionarse con 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. Como se sugiere en la STS de 9.6.2010, en la que se invoca la "falta de antijuricidad y de afectación al bien jurídico protegido", siendo la antijuricidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuricidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

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 *artículo 67 CP*, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el CP. En el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto vende al menudeo para sufragarse su adicción. Ésta en efecto podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concurriesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.

Otra de las características del subtipo de atenuación facultativa es la utilización de la conjunción copulativa "y", en lugar de la disyuntiva "o". Desde luego, la utilización de la conjunción copulativa permite afirmar que cuando cualquiera de los dos parámetros desaconseje a apreciación del precepto, por no ser menor la culpabilidad o la antijuricidad, el *párrafo segundo del artículo 368 CP* no podría aplicarse. Por ejemplo, en el caso de un adicto que se costease su adicción cometiendo un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, no podría aplicarse el precepto estudiado, pues la culpabilidad podría ser menor, pero no la antijuricidad del hecho. Ahora bien, el problema se suscita en aquellos casos en que simplemente es menor la culpabilidad o la antijuricidad, pero no ambas a la vez, y además el parámetro no concurrente se revelase como inespecífico. Serían supuestos en que concurre claramente uno de los parámetros, pero el otro, sin ser negativa, resulta simplemente neutro. Entendemos que, en este caso, el Tribunal podría apreciar la atenuación, pues el precepto sólo exige que atienda a la "escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor", realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurren ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad del otro por resultar inexpressivo.

Así las cosas, en nuestro caso, podría resultar aplicable el subtipo.

En relación con el parámetro "escasa entidad del hecho" entendemos que se cumple, pues el intento de venta de dos papelinas de cocaína, que reducidas a pureza, suponen 104,4 y 89,3 mg. que superan la dosis mínima psicoactiva solo muy ligeramente. Pues bien, tratándose de una cantidad tan próxima a la llamada dosis mínima psicoactiva, la capacidad de lesión del bien jurídico protegido, salud pública, e incluso de la salud individual debe entenderse escasa. Fijémonos, que la ley permite aplicar el subtipo incluso en los casos en que concurren los supuestos del *artículo 369 CP*, que constituyen auténticos subtipos agravados, lo que debe abundar en la mayor posibilidad de ser aplicado en los casos de simple concurrencia primaria del *artículo 368 CP*, como tipo básico de referencia sobre el que aplicar la reducción de la pena en uno o dos grados. Nada se dice, por otro lado, en el relato histórico, sobre la contemplación de la escena por otras personas, eventuales prosélitos, o sobre el carácter de la zona como propensa o proclive a la venta habitual a consumidores, con denuncia de escandalizados vecinos, circunstancia que nos permitiría inferir el favorecimiento del delito, su impunidad, la convivencia del crimen con la vida ordinaria y el peligro abstracto, en suma real e intensificado para el bien jurídico protegido. En conclusión creemos que concurre el parámetro de la escasa entidad del hecho.

En cuanto a las circunstancias personales, poco sabemos, pero sí lo suficiente.

El acusado no tiene antecedentes penales computables, si bien el fundamento jurídico tercero se refiere que fue condenado el 6.3.2000 por un delito contra la salud pública, dato ciertamente desfavorable pero que en el caso concreto se ve compensable con la propia mecánica de los hechos en el que la venta de las dos papelinas de cocaína se vió en cierto modo propiciada por la solicitud policial. Consta también que es extranjero sin autorización legal de residencia -el propio Ministerio Fiscal interesó la sustitución de la

pena privativa de libertad por su expulsión del país-. Así entendida, la culpabilidad o responsabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico podría entenderse, sin duda, concurrente, pero no intensa.

No es que actúe apremiado por razones de urgencia que no podemos presumir, pese a su condición de ilegalidad administrativa, pero su comportamiento se enmarca en la venta al menudeo de sustancia próxima a la dosis mínima psicoactiva, situación tal vez próxima a la situación de autofinanciación para costearse su propio consumo- el análisis practicado por SASIAD detectó en la muestra de orina del acusado un resultado positivo a cocaína y cannabis-

En fin que de acuerdo con la teoría normativa de la culpabilidad, su culpabilidad es existente y real, pero el reproche personal por haber cometido el hecho de "escasa entidad", en ocasión aislada y su contexto vinculado a la ausencia de recursos económicos, también puede entenderse como más disculpable y de menor censura.

Por otro lado, y como hemos razonado, el juego de aplicación del precepto exige atender a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor de una manera global, con estudio de ambos parámetros, para llegar a una conclusión conjunta y ponderada que analice ambos parámetros, más sin entenderlos como requisitos necesariamente concurrentes al modo de copulativas exigencias. En ese estudio global, e incluso en un estudio individual de los parámetros reglados, creemos que concurre el subtipo privilegiado pro ser escasa la entidad del hecho y valorables las circunstancias personales como expresión de una culpabilidad igualmente de relevancia o intensidad menos.

Consecuentemente el subtipo atenuado invocado debería aplicarse con rebaja en un grado de la pena correspondiente y dentro de esta nueva banda penológica: 1 año y 6 meses a 2 años 11 meses y 29 días, se considera adecuada y proporcionada, la de 2 años prisión, dado el antecedente penal no computable, y multa de 20 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 2 días caso impago.

TERCERO: Estimándose el recurso las costas se declaran de oficio, *art. 901 LECrim* .

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Aureliano** contra Auto de 19 de enero de 2011, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera , que desestimó la súplica interpuesta contra la providencia de 16 diciembre 2.010, que denegó la revisión de la condena impuesta en sentencia de 16 noviembre 2009 , y en su virtud **CASAMOS Y ANULAMOS** aquellas resoluciones, dictando nueva sentencia más acorde a derecho con declaración de oficio costas.

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 firmamosD. Andres Martinez Arrieta D. Perfecto Andres Ibañez **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca** D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Siro Francisco Garcia Perez

SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid, con el número de ejecutoria 57 de 2009, y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, contra Aureliano , con NIE nº NUM000 , y nº de ordinal en informática NUM001 , mayor de edad, hijo de Sergio y de Lázara, natural de París (Francia), de estado civil no consta, sin antecedentes penales, sin que conste solvencia, y en libertad provisional por esta causa; se ha dictado **sentencia** que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los antecedentes procesales del auto recurrido.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en la sentencia precedente procede la revisión de la pena impuesta en sentencia de 16 noviembre 2.009

III. FALLO

Que procede la revisión de la pena impuesta en sentencia de 16 de noviembre 2009 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera , debiendo imponerse la de **dos años prisión y multa de 20 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 2 días.**

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Perfecto Andres Ibañez **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Siro Francisco Garcia Perez

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