

Roj: STS 5364/2011  
Id Cendoj: 28079120012011100845  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 10572/2011  
Nº de Resolución: 774/2011  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

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

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el condenado **Rodrigo** contra Auto de fecha 18 de enero de 2011 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba que denegó la revisión de la Sentencia núm. 215/2005, de 11 de octubre de 2005 de dicha Sección y Audiencia de la que dimana la Ejecutoria núm. 12/2006; 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 Rodrigo , representado por el Procurador Don Joaquín Pérez de Rada González de Castejón y defendido por el Letrado Don Enrique Rojo Alonso de Caso.

## **I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el Rollo de Sala núm. 4/2005 dimanante del P.A núm. 119/2004 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Córdoba seguido por delito contra la salud pública contra Rodrigo , dictó Sentencia núm. 215/05, con fecha 11 de octubre de 2005 , que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

*"Este Tribunal da como probados los siguientes hechos: El día 9 de junio de 2004, el acusado Rodrigo se encontraba en la puerta de su domicilio sito en la CALLE000 núm. NUM000 de Córdoba, lugar en el que es muy frecuente el tráfico de droga, sobre todo a pequeños consumidores.*

*Sobre las 19.00 horas llegó al referido lugar un turismo conducido por Baltasar , quien al llegar a la altura del acusado detuvo su vehículo al que se arrimó dicho acusado, quien le entregó una papelina de cocaína recibiendo a cambio la suma de 30 euros. Dicha papelina tenía un peso de 0,401 gramos y una pureza de 41,98 %."*

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

*"Que condenamos al acusado Rodrigo como autor responsable de un delito contra la salud pública ya definido, con la atenuante de drogadicción a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la de multa de 90 euros, con el arresto sustitutorio de diez días caso de impago, así como al pago de las costas causadas. Dése a la sustancia intervenida el destino legal y se abone al acusado el tiempo que haya estado [privado de] libertad por esta causa."*

**TERCERO.-** La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba con fecha 18 de enero de 2011 dicta Auto cuya parte dispositiva dice:

*"La Sala acuerda: No haber lugar a revisar la sentencia dictada en la presente causa, debiendo continuar su ejecución como venía acordado en esta Ejecutoria."*

**CUARTO.-** Frente a la anterior resolución la representación legal de Rodrigo interpuso recurso de súplica que es desestimado por Auto de 9 de febrero de 2011.

**QUINTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal condenado Rodrigo contra el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 18 de enero de 2011, 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.

**SEXTO.-** El recurso de casación interpuesto por la representación del condenado Rodrigo , se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

1º y único.- Por infracción de Ley al amparo del *art. 849.1 de la LECrim., por inaplicación de la DT 2ª de la LO5/2010* en relación con los *arts. 24 de la CE y 368.2 del C. penal.*

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

**OCTAVO.-** Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 6 de julio de 2011, sin vista.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone este recurso de casación por la representación legal del condenado Rodrigo frente al Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, 18 de enero de 2011 que denegó la revisión de la Sentencia de mencionada Sección y Audiencia núm. 215/05, de 11 de octubre de 2005 .

**SEGUNDO.-** Como único motivo, el recurrente alega, al amparo del *art. 849.1 de la LECrim .,* infracción de Ley por inaplicación indebida del *párrafo segundo del art. 368 del C. penal* , en su redacción dada tras la reforma operada por la LO 5/2010.

El recurrente estima que concurren la circunstancias recogidas en el *párrafo segundo del art. 368 del C. penal* introducido por la *Ley Orgánica 5/2011, de 22 de junio.* Alega que la cantidad de droga intervenida fue de 0,401 gramos de cocaína, con pureza del 41,98%, que se puede considerar de escasa cuantía o entidad, y que, además quedó acreditado que el acusado era toxicómano, apreciándose, de hecho, la concurrencia de la atenuante de drogadicción. El recurrente añade, además, que Rodrigo carecía de antecedentes penales.

El *art. 2.2 del C. penal* dispone la retroactividad de las normas penales más favorables al reo, aunque al entrar en vigor, hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena.

En el mismo sentido se pronuncia la *Disposición Transitoria primera de la LO 5/2010, de 22 de junio* .

Primeramente, hemos de considerar la posible aplicación de tal subtipo atenuado en una operación jurídica de revisión de Sentencia firme.

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. Lo que se repite en la STS 746/2011, de 11 de julio .

Citamos también la reciente STS 764/2011, de 19 de julio , cuya doctrina es la siguiente: « *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 provisión 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 favorables 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».*

**CUARTO.-** *La aplicación de la causa de atenuación de la pena prevista en el párrafo segundo del art. 368 del C. penal, introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio , exige la concurrencia de circunstancias objetivas y subjetivas, en concreto, la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del autor.*

En el caso concreto que nos ocupa, están presentes las circunstancias mencionadas. Rodrigo únicamente transmitió una papelina de 0,401 gramos de cocaína con una riqueza del 41,8%, con un valor en el mercado de 30 euros. Por otra parte, se acreditó que el acusado -además de un delicado estado de salud- era consumidor dependiente de cocaína y cannabis, y carecía de antecedentes penales. Consecuentemente, al recurrente le fue apreciada al concurrir la atenuante de drogadicción.

En consecuencia, se estima el motivo.

**QUINTO.-** Debido a la estimación del motivo del recurso analizado, a causa de la modificación punitiva operada por la LO 5/2010, de 23 de Junio, en lo que al delito contra la salud pública objeto de enjuiciamiento se refiere, supuesto de "escasa entidad" del *párrafo segundo del art. 368 del C. penal*. Por lo tanto, aplicando al presente caso dicho precepto, supondrá sancionar al condenado Rodrigo con la pena inferior en grado a la impuesta por la Sentencia de instancia, que en su mínima extensión será por tanto condenado a UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, y multa de 30 euros, bajando la cuantificación establecida en su momento, y manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en tanto resulten compatibles con ésta.

**SEXTO.-** Se declaran de oficio las costas procesales (*art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el condenado Rodrigo contra Auto de fecha 18 de enero de 2011 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba que denegó la revisión de la Sentencia núm. 215/2005, de 11 de octubre de 2005 de dicha Sección y Audiencia. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos en la parte que le afecta, el referido Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, que será sustituida por otro más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta 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. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin **Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro**

### SEGUNDA SENTENCIA

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

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba dicta Auto de fecha 18 de enero de 2011 que denegó la revisión de la Sentencia núm. 215/05, de 11 de octubre de 2005 de dicha Sección y Audiencia de la que dimana la Ejecutoria núm. 12/2006; el cual ha sido recurrido en casación por la representación legal del condenado **Rodrigo** y ha sido casada en el sentido de revisar la pena de prisión impuesta al mismo tras la modificación operada en el *C.penal por la LO 5/10, de 22 de junio*; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.- ANTECEDENTES DE HECHO.-** Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho del Auto de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** De conformidad con lo argumentado en nuestra anterior Sentencia Casacional, visto el arco penológico que diseña el legislador en el *art. 368 del Código penal, tras la modificación producida por la LO 5/2010, de 22 de junio*, y teniendo en consideración las circunstancias del hecho así como las personales del acusado, es procedente la aplicación del *párrafo segundo del art. 368 del C. penal* e individualizar la pena privativa de libertad impuesta a **Rodrigo** en la de prisión de un año y seis meses, multa de treinta

euros con su responsabilidad personal subsidiaria (de un día), manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia.

### **III. FALLO**

Que debemos mantener los diferentes pronunciamientos contenidos en la Sentencia núm. 215/05, de 11 de octubre de 2005 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba con la modificación de la duración de la pena de prisión impuesta al condenado, **Rodrigo**, por el delito contra la salud pública, que queda establecida en **UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN**, y multa de treinta euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día por su impago, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin **Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro**

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