

Roj: STS 3521/2011
 Id Cendoj: 28079120012011100461
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 10052/2011
 Nº de Resolución: 482/2011
 Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
 Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x POSESIÓN PARA EL TRÁFICO x
- x RETROACTIVIDAD LEY FAVORABLE x
- x TRÁFICO DE DROGAS x

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Mayo de dos mil once.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por **Pablo Jesús**, contra auto dictado por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 3ª, con fecha veintitrés de Diciembre de dos mil diez, en ejecutoria seguida contra Pablo Jesús, acordando revisar la sentencia dictada contra el referido, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente Pablo Jesús, representado por la Procuradora Doña Paloma González del Yerro Valdés y defendido por el Letrado Don Antonio Ortiz Fernández.

I. ANTECEDENTES

Primero.- La Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, dictó auto, de fecha veintitrés de Diciembre de dos mil diez, que contiene los siguientes **HECHOS**:

"Primero: Con fecha 18 de febrero de 2010 esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial dictó Sentencia en la causa del Procedimiento Abreviado nº 4/09 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Lena, de la que dimana la presente ejecutoria nº 55/10, condenando a Pablo Jesús, como autor de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, previsto en el art. 368 del Código Penal, y de otro delito contra la seguridad vial del art. 384 párrafo 2º de aquel Código, concurriendo en éste la agravante de reincidencia, a las penas siguientes:

A) Por el delito contra la salud pública tres años de prisión, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 1.200 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de doce días de privación de libertad en caso de impago.

B) Por el delito contra la seguridad vial, dieciocho meses de multa con una cuota diaria de seis euros, quedando sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y 61 días de trabajos en beneficio de la comunidad.

Segundo: En virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria Segunda de la L.O. 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la L.O. 10/1955 de 23 de noviembre del Código Penal, con fecha 2 de noviembre de 2010 la representación procesal del penado solicita la revisión de la Sentencia condenatoria, ampliando el escrito de solicitud en otro de 29 de noviembre de 2010, dándose traslado al Ministerio Fiscal que evacuó informe con fecha 1 de diciembre de 2010 oponiéndose a la revisión de la sentencia"(sic).

Segundo.- La Sala de instancia en el citado auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Revisar la sentencia pronunciado en la causa de la que dimana la presente ejecutoria en el solo sentido de excluir la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que le fue impuesta al penado Pablo Jesús por el delito contra la seguridad vial, manteniendo el resto de sus pronunciamientos"(sic).

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, por la representación del penado **Pablo 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.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Pablo Jesús, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Infracción de *Ley por vía casacional del art. 849.1 LECr.*, por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de Ley Penal: infracción de la DT 2ª LO. 5/2010, 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1955, de 23 de noviembre, del Código Penal, e infracción de los arts. 2.2, 66 y 368 pº 2º del Código Penal reformado, en relación con la infracción de los arts. 9.3, 24.1 y 2 de la Constitución española que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento público con todas las garantías sin indefensión.-

2.- Infracción de Ley por vía casacional del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del art. 852 LECr., por vulneración de los arts. 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.-

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal, se opone a los motivos del recurso interpuesto, que subsidiariamente se impugnan; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día veinticuatro de Mayo de dos mil once.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, conforme a la Ley Orgánica 5/2010, instó la revisión de la sentencia de 18 de febrero de 2010 dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo en la que fue condenado, en lo que aquí interesa, como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a pena de tres años de prisión y multa de 1.200 euros. Mediante Auto de 23 de diciembre de la misma Audiencia le fue denegada la revisión, al entender el órgano jurisdiccional que la pena impuesta era igualmente imponible con arreglo a la nueva regulación. Contra el referido Auto interpone recurso de casación.

En el primer motivo argumenta que la nueva regulación contiene una nueva previsión normativa que debe ser aplicada si concurren las condiciones contempladas en ella.

1. En el nuevo párrafo segundo del artículo 368 se prevé la posibilidad de imponer la pena inferior en grado en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Se ha planteado en ocasiones si esta previsión es aplicable a la revisión de sentencias firmes, pues podría colisionar con la *Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 5/2010* en cuanto dispone que la disposición más favorable se establecerá considerándola taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial y respecto de las penas privativas de libertad que "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".

Sin embargo, arbitrio judicial no significa que el Tribunal pueda hacer otra cosa que aquello que la ley le autoriza o le impone, y por pena imponible no debe entenderse la comprendida dentro del marco legal correspondiente, sino la procedente según las circunstancias del hecho y del culpable.

Efectivamente, el artículo 368, párrafo segundo, contiene una nueva previsión normativa aplicable a casos de menor gravedad, atendiendo a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias del culpable. El Tribunal deberá, pues, examinar si concurren esos elementos que determinan la aplicabilidad de la nueva regulación y en caso de que entienda que efectivamente son apreciables deberá proceder según previene la nueva norma.

En la STS nº 354/2011, de 6 de mayo, esta Sala concluía que lo dispuesto en la *Disposición Transitoria Segunda con relación al arbitrio judicial* "...no es impedimento absoluto para determinar la ley más favorable a los efectos de la posible aplicación retroactiva de la reforma de la LO 5/2010 con relación a la modificación introducida en el *punto segundo del artículo 368 del Código Penal*". Y señalaba lo siguiente: "En segundo lugar la reforma introduce un subtipo atenuado en el párrafo segundo, 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 sí 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 cuando la norma dispone que los Tribunales "podrán imponer la pena inferior" en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, la correcta interpretación del precepto exigida por el principio de legalidad y de proscripción de la arbitrariedad, no permite entender que cuando se aprecien esos dos factores como concurrentes, el Tribunal podrá libremente rebajar la pena en grado o no hacerlo. Significa más bien que pudiendo apreciarlos mediante razonable valoración de los datos objetivos del hecho y personales del acusado, habrá de rebajar, si los aprecia, la pena en un grado. 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. **C)** De lo expuesto se sigue que lo establecido en la *Disposición Transitoria Segunda con relación al arbitrio judicial* no es impedimento absoluto para determinar la ley más favorable a los efectos de la posible aplicación retroactiva de la reforma de la LO 5/2010, con relación a la modificación introducida en el *punto segundo del art. 368 del Código Penal*".

Lo anteriormente expuesto no supone que sea posible realizar un nuevo juicio sobre los hechos ya enjuiciados, sino que la valoración acerca de la aplicación de la nueva previsión legal deberá hacerse sobre los hechos declarados probados en la sentencia, sin que sea posible la aportación de nuevas pruebas o la introducción de nuevos hechos.

2. En el caso, según los hechos probados, el recurrente fue detenido en un control aleatorio de tráfico ocupándose en su poder 18 gramos de cocaína al 67,1%, equivalente a 12,078 gramos de cocaína pura. No se dispone de otros elementos de juicio, pero la cantidad no es excesiva. Tampoco se han acreditado actos de tráfico, sino solo la tenencia con ese destino, y nada consta acerca de la posesión de elementos característicos que indicaran una dedicación habitual o regular a la venta de droga. En atención a esas circunstancias debe considerarse que el hecho es de escasa entidad, y resultando neutrales las circunstancias del culpable en la medida en que eran conocidas al dictarse la sentencia, resulta aplicable la previsión contenida en el *artículo 368, párrafo segundo del Código Penal*.

En consecuencia el motivo se estima, lo cual hace innecesario el examen del motivo segundo.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de Casación interpuesto por la representación procesal del acusado **Pablo Jesús**, contra el Auto de 23 de diciembre de 2.010, dictado por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 3ª, que casamos y anulamos.

Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, 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. Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar **Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Manuel Marchena Gomez Diego Ramos Gancedo

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Mayo de dos mil once.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional que ante Nos pende,

interpuesto por **Pablo Jesús** , contra auto dictado por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, con fecha veintitrés de Diciembre de dos mil diez , en el que se acuerda revisar la sentencia dictada en fecha 18 de Febrero de 2010 en procedimiento Abreviado nº 4/2009 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Lena ; y una vez incoada la oportuna Ejecutoria nº 55/2010 respecto del referido, se dictó Auto de revisión de la sentencia pronunciada en la causa de la que dimana en el solo sentido de excluir la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que le fue impuesta al penado por el delito contra la seguridad vial, manteniendo el resto de sus pronunciamientos.- Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por el acusado, y que ha sido **CASADA Y ANULADA** por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede revisar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo e imponer al acusado Pablo Jesús la pena de dos años de prisión y multa de 1.200 euros.

III. FALLO

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Pablo Jesús como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 1.200 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de doce días.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez Diego Ramos Gancedo

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