



Roj: **STS 522/2011 - ECLI:ES:TS:2011:522**

Id Cendoj: **28079120012011100037**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2011**

Nº de Recurso: **1943/2010**

Nº de Resolución: **32/2011**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 6903/2010,**
STS 522/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por **Isaac**, contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid que le condenó por delito contra la salud pública, los 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. Carlos Granados Perez, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Lobera Argüelles.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid instruyó procedimiento Abreviado con el número 6563/2009 y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de esta capital que, con fecha 6 de mayo de 2010, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: " *Queda probado, y así se declara expresamente, que el acusado, mayor de edad y carente de antecedentes penales, fue detenido a las 04:00 horas del día 11 de septiembre de 2009, cuando se hallaba en la Discoteca "Cool", sita en la C/ Isabel La Católica de Madrid, dedicado a la distribución entre terceros a cambio de un precio de diferentes sustancias estupefacientes, siendo así que les ofreció en venta las mismas a los agentes del Cuerpo Nacional de Policía números NUM000 y NUM001, los cuales se hallaban en el referido local vestidos de paisanos. Al acusado le fueron intervenidas 11 de pastillas, que tras su análisis farmacológico resultaron ser 2 CB (3,6 mg/comprimido); así como una bolsa conteniendo 650 mg. de cocaína de una pureza del 14,5 %. al acusado le fueron intervenidos 91,75 euros que portaba producto del ilícito tráfico que desarrollaba. La sustancia intervenida tendría un valor total aproximado en el mercado de 56,94 euros.- SEGUNDO.- El acusado estuvo detenido por esta causa los días 11 y 12 de Septiembre de 2009".*

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "**FALLAMOS**: Debemos condenar y condenamos a Isaac . como autor responsable de un delito de tráfico de drogas, previsto en el artículo 368 del Código Penal , a la pena de TRES AÑOS DE PRISION, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, comiso de la droga y dinero intervenido y multa de 56,94 euros, condenándole al pago de las costas procesales causadas.- Para el cumplimiento de la pena impuesta abónese al penado el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.- Fórmese la correspondiente pieza de responsabilidad civil para la exigencia de las responsabilidades pecuniarias establecidas en esta sentencia.- Se decreta el comiso de la droga y dinero intervenidos, debiendo ser destruida la primera vez sea firme esta resolución, dejando constancia en autos convenientemente.- Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , con instrucción a las partes de que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista



por los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su notificación".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del principio acusatorio en relación al artículo 24.2 de la Constitución. Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 21.2, en relación al artículo 20.2, ambos del Código Penal. Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, en el texto modificado por Ley Orgánica 5/2010, y acorde con lo que se dispone en la Disposición Transitoria Tercera, apartado c), de la mencionada Ley Orgánica 5/2010.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día de 18 enero de 2011.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del principio acusatorio en relación al artículo 24.2 de la Constitución.

Se alega, en defensa del motivo, que debió apreciarse la atenuante por drogadicción que había sido solicitada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, y que por ello esa apreciación resultaba obligada.

Ciertamente consta en el acta del Juicio oral que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, solicitó se apreciara la atenuante prevista en el artículo 21.2 del Código en relación con el artículo 20.2 del mismo texto legal, por la drogadicción que padecía el acusado ahora recurrente.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 575/2007, de 9 de junio, que el principio acusatorio constituye una de las garantías esenciales del proceso penal, con rango de derecho fundamental, en cuanto la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala lo considera implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de toda indefensión, consagrados en el artículo 24 de la Constitución junto con el derecho que tiene todo acusado de ser informado de la acusación formulada contra él. La efectividad y vigencia del principio acusatorio exigen, para evitar la prohibida indefensión, una correlación estricta entre el contenido de la acusación y el fallo de la sentencia. El Tribunal sentenciador tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos de la acusación que no pueden ser superados en perjuicio del reo y se desbordaría ese límite infranqueable si se desatendiese la apreciación de una eximente incompleta o una circunstancia atenuante solicitada por las partes acusadoras. No es suficiente que la pena no supere la pedida por la acusación. La necesaria correlación que debe existir entre acusación y fallo y el restablecimiento de la vigencia del principio acusatorio y la proscripción de toda indefensión exigen que se anule la sentencia de instancia, apreciándose la atenuante cuando su aplicación resulte relevante en cuanto obligue a reducir la pena impuesta.

Y acorde con la doctrina que se acaba de dejar expuesta procede estimar el motivo y debe aplicarse la atenuante solicitada por el Ministerio Fiscal ya que su apreciación puede resultar relevante por las consideraciones que se harán al examinar el tercero de los motivos.

SEGUNDO. - En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 21.2, en relación al artículo 20.2, ambos del Código Penal.

Este motivo es reiteración del anterior y la estimación de aquél determina el mismo pronunciamiento respecto a éste.

TERCERO. - En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del párrafo segundo del artículo 368 del



Código Penal, en el texto modificado por Ley Orgánica 5/2010, y acorde con lo que se dispone en la Disposición Transitoria Tercera, apartado c), de la mencionada Ley Orgánica 5/2010.

Es doctrina del Tribunal Constitucional que se recoge desde sus primeras Sentencias, como es exponente la 65/1986, de 22 de mayo, que en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto.

Esta Sala, 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 concorra 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 concurre alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.»

Varios preceptos del Código Penal ya habían atribuido al Juzgador parecidas facultades discrecionales en la individualización de las penas. Así en la regla 6.^a del artículo 66.1 se dispone que cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho; en el delito de lesiones, el apartado segundo del artículo 147 contiene también un subtipo atenuado en el que se dispone que no obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido; el apartado cuarto del artículo 153, en las lesiones relacionadas con la violencia de género, expresa que no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado; el apartado sexto del artículo 171 que regula las amenazas en relación a la violencia de género dispone que no obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado; el apartado cuarto del artículo 242, en el delito de robo, se dispone que en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores; el artículo 318, apartado sexto (ahora quinto por Ley Orgánica 5/2010) dispone que los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrá imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada; el artículo 565, en el delito de tenencia ilícita de armas, establece que los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.

La jurisprudencia de esta Sala, sobre los mencionados 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); las expresiones "circunstancias personales del delincuente" no se limitan a las condenas penales previas, que sólo pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia, en todo caso dentro de los límites del principio de culpabilidad por el hecho. Es claro que las circunstancias personales del autor del delito no se limitan a la reincidencia en el sentido del artículo. 20 CP (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 y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; 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. Sentencias 1426/2005 de 7 de diciembre y 145/2005 de 7 de febrero); la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son 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 relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinillas de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio; 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 (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio).

Estos subtipos atenuados responden a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, los hechos que se declaran probados se refieren al ofrecimiento en venta - a unos funcionarios de policía vestidos de paisano- de sustancias estupefacientes, encontrándose el acusado en posesión de 0,650 gramos de cocaína con una pureza del 14,4 % y de once pastillas de 2-CB (feniletilamina diseñada a partir de la mezcalina), que igualmente destinaba a la venta, sustancias que han sido valoradas en 56,94 euros, habiendo solicitado el Ministerio Fiscal, por su adicción a las drogas, una circunstancia atenuante.

Así las cosas, nos encontramos con un vendedor de papelinillas, que constituye el último eslabón en la venta al menudeo, siendo poseedor de escasa cantidad de sustancias estupefacientes y padeciendo drogodependencia por su adicción a tales sustancias, y a supuestos como el presente 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, considerándose adecuada una pena privativa de libertad de un año y siete meses de prisión, que facilitará la aplicación de los artículos 81, 83 y 87 del mismo texto legal.

El motivo, con este alcance, debe ser estimado.

III. FALLO

DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuesto por el acusado **Isaac**, contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincia de Madrid, de fecha 6 de mayo de 2010, en causa seguida por delito contra la salud pública, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas. y remítase



certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Enrique Bacigalupo Zapater

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil once.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid con el número 6563/2009 y seguido ante la Audiencia Provincial de esta misma capital por delito contra la salud pública y en cuya causa se dictó sentencia por la Sección Primera de la mencionada Audiencia con fecha 6 de mayo de 2010, que ha sido casada y anulada 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. Carlos Granados Perez, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hechos de la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida a excepción del tercero, que se sustituye por los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación.

Por lo que se ha dejado expresado en el sentencia de casación, concurre en el acusado la circunstancia atenuante de drogadicción prevista en el artículo 21.2 del Código Penal y debe apreciarse el tipo atenuado incorporado al párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, por Ley Orgánica 5/2010, procediendo modificar las penas que le fueron impuestas de tres años de prisión y una multa de 56,94 euros que se sustituyen por una pena de prisión de un año y siete meses y por una multa de 30 euros, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

III. FALLO

Manteniendo y ratificado los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada, apreciamos la atenuante de drogadicción en el acusado **Isaac** y es de aplicar el tipo atenuado previsto en el párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal por lo que procede modificar las penas que le fueron impuestas de tres años de prisión y multa de 56,94 euros que se sustituyen por una pena de **PRISION DE UN AÑO Y SIETE MESES Y POR UNA MULTA DE 30 EUROS.**

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Enrique Bacigalupo Zapater

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