

Roj: STS 2542/2011  
 Id Cendoj: 28079120012011100287  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 11281/2010  
 Nº de Resolución: 354/2011  
 Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO  
 Ponente: ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA x
- x INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA x
- x TRÁFICO DE DROGAS x
- x PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD x

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Ruperto**, contra el Auto denegatorio de revisión de fecha veinticinco de noviembre de dos mil diez dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que le condenó por un delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Ruiperez Palomino. Siendo parte también el Ministerio Fiscal.

**I. ANTECEDENTES**

1.- Con fecha veinticinco de noviembre de dos mil diez, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó Auto conteniendo los siguientes:

*<<HECHOS: I.- En la causa al margen referenciada (Ejecutoria nº 101/2006 dimanante del Rollo de la Sala PA nº 68/07) la Sala dictó sentencia el día 12/11/2007, por la que se condenaba a Ruperto como autor responsable criminalmente de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño a la salud (heroína en cantidad de 19,79 gramos con una pureza del 17,2%) del arts. 368 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de TRES AÑOS de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena y multa de 1.000 euros.*

*II.- Por el penado, tras habersele denegado el indulto, mediante escrito de 29 de octubre de dos mil diez interesa la revisión la sentencia y luego su sustitución, dándose traslado al Ministerio Fiscal quien informó el pasado 18 de noviembre con el resultado que obra en la ejecutoria>>.*

2.- La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el citado Auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

*<<LA SALA ACUERDA NO REVISAR, la condena impuesta a D. Ruperto por la sentencia dictada en la causa al margen referenciada.*

*Notifíquese esta resolución al condenado y a las partes.*

*Contra este Auto cabe recurso de casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y que deberá ser presentado en esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente*

a su notificación>>.

3.- Notificado el Auto, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el recurrente 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, alegando los motivos siguientes:

**Motivos alegados por Ruperto :**

MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 849 1º de la LECriminal en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , por infracción de ley por inaplicación indebida del art. 368, párrafo 2º del CPenal en relación con la Disposición Transitoria Segunda 1º, párrafo 2º de la LO 5/2010 .

MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, consagrado en el art. 25 de la Constitución Española.

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente impugnando todos los motivos aducidos en el mismo, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día veintiocho de abril de dos mil once.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El primero de los dos motivos formulados contra el Auto denegatorio de la revisión de la Sentencia condenatoria se formaliza al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por indebida aplicación de los arts. 29 y 368 en relación con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio por la que se reforman varios preceptos del Código Penal, y entre ellos el art. 368 .

Alega el recurrente que es procedente la revisión de la Sentencia firme que le condenó a la pena de tres años de prisión por delito de tráfico de drogas gravemente dañosas para la salud -en este caso heroína- al ser la nueva penalidad reformada más favorable, y por consiguiente de aplicación retroactiva.

**SEGUNDO** .- El art. 368 ha sido en efecto modificado en lo que atañe a la pena en un doble sentido: de una parte la establecida para el tráfico de drogas gravemente dañosas para la salud, castigado antes con prisión de tres a nueve años, es ahora prisión de tres a seis años. De otra parte se introduce un subtipo atenuado en un segundo párrafo al establecer que 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.

**TERCERO** .- La Sala de instancia, que había impuesto la pena mínima de tres años de prisión, entiende no revisable la Sentencia firme porque la Disposición Transitoria Segunda de la L.O. 5/2010 establece que la consideración de la disposición más favorable ha de hacerse taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial; y que en las penas privativas de libertad no considerará más favorable la ley de reforma cuando la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias "sea también imponible" con arreglo a la reforma del Código. Y como quiera que lo modificado ha sido el límite máximo que ha pasado de nueve a seis años, manteniéndose el mismo límite legal mínimo de tres años, que es precisamente la pena que se impuso al condenado, la Audiencia entiende que no cabe la revisión dado que la rebaja en grado introducida en el párrafo segundo es ya una posibilidad dependiente del libre arbitrio judicial.

**CUARTO** .- Al respecto han de hacerse las siguientes precisiones:

**A)** En primer lugar que la pena impuesta en la Sentencia firme sea también "imponible" según la norma reformada no debe determinarse en términos rigurosamente abstractos en el sentido de pena también posible dentro de las nuevas previsiones legales, sino en el sentido de que, siendo posible según las previsiones legales, sea además pena procedente a partir de ellas y de los elementos fácticos concurrentes en el relato histórico. Así el que la pena impuesta en la Sentencia firme se sitúe también dentro de los límites legales del tipo penal reformado no es impedimento de la revisión si al subsumir los hechos probados en la norma reformada la pena procedente es más favorable que la pena impuesta.

**B)** 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 par 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* .

**QUINTO** .- Sin perjuicio de lo expuesto, en este caso no procede la revisión porque el nuevo régimen legal no es más favorable al recurrente: la pena impuesta es la mínima legal establecida en el *art. 368* para el tipo básico antes y después de la reforma. Y por otra parte no es de aplicación el subtipo atenuado porque ni en el relato de hechos probados aparece ninguna personal circunstancia valorable para la reducción prevista en el subtipo atenuado ni en el plano de la gravedad del hecho puede considerarse éste como de menor entidad a tales efectos, ya que la cantidad de droga -19,7908 gramos de heroína al 17,2%- no es siquiera la mínima expresión de la necesaria para integrar la posesión preordenada al tráfico.

**Por lo expuesto el motivo primero se desestima.**

**SEXTO**.- El motivo segundo al amparo del *art. 5.4 de la LOPJ* por vulneración del principio de proporcionalidad de las penas (*art. 25* de la Constitución Española) es reiteración del anterior desde otra perspectiva que no altera ninguno de los razonamientos expuestos en el motivo primero y que en este otro se dan por reproducidos.

**El motivo segundo se desestima.**

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Ruperto** , contra el Auto denegatorio de revisión de fecha veinticinco de noviembre de dos mil diez dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife , que le condenó por un delito contra la salud pública; condenándole al pago de las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, 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 Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro** Manuel Marchena Gomez Jose Antonio Martin Pallin

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