

Roj: STS 4578/2011  
Id Cendoj: 28079120012011100666  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 10497/2011  
Nº de Resolución: 716/2011  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x TRÁFICO DE DROGAS x
- x RETROACTIVIDAD LEY FAVORABLE x

## **SENTENCIA**

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

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha 21 de diciembre de 2010 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrido Ramón , representado por la procuradora Sra. Moreno Ramos. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- En la causa número 42/1999, con origen en el procedimiento abreviado número 131/1998 del Juzgado de instrucción número 3 de Bilbao, seguido contra Ramón por un delito contra la salud pública, la Audiencia Provincial de Vizcaya dictó sentencia en fecha 20 de febrero de 2001 condenándole como autor responsable de un delito contra la salud pública del *artículo 368 Cpenal* a la pena de 3 años de prisión; con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y multa de 400 pesetas con dos días de arresto sustitutorio.

2.- En trámite de ejecución de sentencia (ejecutoria número 41/2001), tras la publicación de la *Ley orgánica 5/2010* de modificación del Cpenal, la defensa solicitó la revisión de la condena en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor, interesando la imposición de la pena inferior en grado.

3.- La Audiencia de instancia dictó auto en fecha 21 de diciembre de 2010 el siguiente pronunciamiento: *"Se revisa la condena impuesta a Ramón por la sentencia dictada en la causa al margen referenciada, en el sentido de sustituir la pena de prisión y su accesoria, por la de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, manteniéndose la pena de multa.- Anótese la revisión en el Registro de Penados."*

4.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

5.- El representante del Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en la infracción de la *ley, por el cauce del artículo 849.1º Lecrim*, por inaplicación de la *Disposición transitoria segunda de la Ley orgánica 5/2010* y del *artículo 368.2º Cpenal*.

6.- Instruido el recurrido del recurso interpuesto lo ha impugnado; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 28 de junio

de 2011.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Lo denunciado es infracción de *ley, de las del art. 849,1º* Lecrim, por inaplicación indebida de la *Disposición transitoria segunda de la LO 2/2010* y del *art. 368,2º* Cpenal. Ello porque la sala de instancia acordó revisar la condena impuesta en la causa de la referencia, que el Fiscal estima no procedía, debido a que la reforma operada no impone de forma taxativa la aplicación del nuevo subtipo atenuado a las sentencias que ya fueran firmes, sino que hacerlo requiere una valoración y, en consecuencia, un ejercicio de arbitrio judicial, aquí vetado por la norma que se invoca.

Pero lo cierto es que el modo de operar de la Audiencia se ajusta al criterio de esta sala, que se expresa, entre otras, en SSTS 354/2011, de 6 de mayo y 482/2011, de 31 de mayo, en el sentido de que la reforma introduce un subtipo atenuado que habilita al juzgador no para realizar una opción facultativa, sino para llevar a cabo una apreciación discrecional, esto es racional y fundada acerca de la concurrencia de determinados datos de hecho, que, de apreciarse su concurrencia, impondrían, como obligada, la reducción de la pena.

Así las cosas, cuando el *art. 368,2º* Cpenal dice que los tribunales "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.

En el caso de que se trata lo incautado en poder de Ramón fue un total de 0,171 gramos de heroína con una riqueza del 2,1% expresada en diacilmorfina, en lo que fue un acto aislado de tráfico, lo que justifica suficientemente el tratamiento de hecho de escasa entidad dado por la sala a esa acción.

Así, el recurso no debe estimarse.

## III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha 21 de diciembre de 2010, dictado en la ejecutoria seguida contra Ramón en ejecución de la sentencia dictada en el procedimiento abreviado número 131/1998 del Juzgado de instrucción número 3 de Bilbao y declaramos de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia de instancia con devolución, en su caso de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolución del recurso. Interésese acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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