



Roj: **STS 1023/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1023**

Id Cendoj: **28079120012022100242**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2022**

Nº de Recurso: **3301/2021**

Nº de Resolución: **260/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 260/2022

Fecha de sentencia: 17/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3301/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de Canarias. Sala Civil y Penal

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3301/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 260/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 17 de marzo de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 3301/2021, interpuesto por **D. Leonardo**, representado por la procuradora D^a. Diana Higuera Piñero, bajo la dirección letrada de D^a. Concepción Freire San José, **contra** la sentencia de fecha 4 de mayo de 2021 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que resuelve el recurso de apelación interpuesto **contra** la sentencia de fecha 7 de enero de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Sexta en el PA 9/2020, procedente del Juzgado de Instrucción num. 1 de Las Palmas de Gran Canaria.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria incoó procedimiento abreviado núm. 2831/2019 por **delito contra la salud pública, contra** Leonardo; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de G. C., cuya Sección Sexta, (P.A. núm. 9/2020) dictó Sentencia en fecha 7 de enero de 2021 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El acusado Leonardo, mayor de edad, con DNI no NUM000, sobre las 19.50 horas del día 18 de junio de 2019 se desplazaba como copiloto en el vehículo-MGP por la Avenida de Escaleritas de esta capital cuando, al percatarse de la presencia policial, arrojó por la ventanilla del citado coche un envoltorio conteniendo 9,72 gramos de heroína con riqueza del 3,3 % y que poseía, con total desprecio para con la **salud** ajena, para su venta a terceras personas.

Al acusado le fueron incautados; igualmente, 198,30 € y ocho recortes de bolsa de plástico azul destinados a dosificar la heroína para su distribución.

La droga incautada alcanza un valor en el mercado de 62 €.

El acusado estuvo privado de libertad por estos hechos desde el día en que ocurrieron hasta el día 20 del mismo mes y año.

Leonardo ha sido ejecutoriamente condenado en sentencia firme de 21/05/19 a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, por el Juzgado de lo Penal no 6 de Las Palmas de Gran Canaria en la causa 52/19, por **delito** de tráfico de drogas; habiéndole sido concedida la suspensión de ejecución de la pena por período de dos años notificada en fecha 07/06/19, en la ejecutoria del mismo Órgano Judicial no 283/19."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado, Leonardo como autor de un **delito contra la salud pública**, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la **salud** con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia a las penas de: cuatro años, seis meses y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo, multa de ciento ochenta euros (180€) con la subsidiaria de un día en caso de impago,

El condenado vendrá obligado al pago de las costas del proceso.

Se decreta el comiso de los efectos relacionados con los **delitos** que han sido objeto de intervención, a los que se dará el destino legalmente establecido.

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta se abonará el tiempo de privación provisional de libertad que los condenados hubieran sufrido por esta causa."

TERCERO.- **Contra** la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Leonardo; dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Canarias en fecha 4 de mayo de 2021, en el Rollo de Apelación 13/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Leonardo **contra** la sentencia de fecha 7 de enero de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el rollo no 9/2020, la cual confirmamos en todos sus pronunciamientos. No se efectúa imposición de las costas de esta alzada."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Leonardo 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.



QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente **motivo de casación**:

Motivo único.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de ley, concretamente del artículo 368 párrafo segundo del Código Penal.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La sala lo admitió quedando los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 16 de marzo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM : INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 368.2º CP

1. El recurrente combate, mediante un sólido discurso revocatorio, la inaplicación del subtipo atenuado del artículo 368.2 CP. A su parecer, los hechos declarados probados identifican todos los marcadores de menor gravedad en la conducta de tráfico precisados por esta sala Segunda. La cantidad poseída para el tráfico era nimia, rozando la irrelevancia, con una expectativa de ganancia económica que no superaría los 70 euros, sin que la existencia de antecedentes penales constituya un obstáculo insalvable para la pretendida aplicación del tipo atenuado.

2. El recurso debe ser estimado.

En efecto, los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, y que hace suyos el Tribunal Superior, identifican una tasa de gravedad cuantitativa y cualitativa del acto posesorio *ad traficum* que conduce con claridad a la aplicación del tipo atenuado del artículo 368.2º CP.

Este, como es bien sabido, reclama una evaluación normativa de la entidad del hecho y de las propias circunstancias personales de la persona responsable. Doble parámetro que responde a la finalidad político-criminal de atemperar la respuesta penal respecto a conductas que, sin perjuicio de su lesividad para el bien jurídico protegido, se encuentran en el escalón más bajo del tráfico de drogas. Conductas que descartan un particular enriquecimiento de sus autores y no introducen los riesgos de especial significado criminológico que se anudan a los actos de tráfico insertos en estructuras organizadas o grupos criminales.

Esta **atemperación** punitiva, mediante la introducción de un subtipo atenuado, a la que no fue ajena esta propia Sala proponiendo al Gobierno de la Nación que acometiera el impulso legislativo de la reforma que lo permitiera, se ajusta también a los parámetros de punibilidad fijados por el legislador de la Unión Europea con relación a las conductas de tráfico de drogas. La Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, *relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas*, previene en el artículo 4 que " cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los **delitos** indicados en el artículo 2 [en sus tipologías básicas] se castigan con penas máximas de uno a tres años de privación de libertad, como mínimo".

La técnica de establecer marcos mínimos respecto de las penas máximas, además de dotar a los Estados de una amplia libertad configurativa de los arcos punitivos, también sugiere un estándar común de reprochabilidad de las conductas básicas. Para el legislador de la Unión, una pena máxima de tres años puede resultar suficientemente efectiva, proporcionada y disuasoria, como exige el artículo 4.1 de la Decisión, y satisfacer, por ello, las exigencias político- criminales de la Unión Europea en la lucha **contra** el tráfico de drogas.

Nuestro legislador ha optado por situar el umbral mínimo de pena máxima fijado por la Decisión Marco como umbral de la pena mínima del tipo básico de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la **salud** del artículo 368.1º CP y como efectivo máximo de la pena imponible en el subtipo del artículo 368.2º CP. Lo anterior comporta, desde los módulos de reproche utilizados por el legislador de la Unión, que el llamado tipo atenuado se ajusta, sin duda alguna, al umbral mínimo de máximo reproche exigido por el legislador de la Unión para las conductas básicas de tráfico de drogas, lo que debe proyectarse en la valoración normativa de los elementos que integran la conducta del artículo 368.2 CP. En particular, el de la escasa entidad del hecho.

3. Para ello, además del aspecto cuantitativo, debe estarse a todas las circunstancias situacionales y normativas que sugieran un menor potencial dañino en la conducta de tráfico con relación a la "entidad" que se exige para el tipo del artículo 368.1º CP.



La escasez de desvalor que justifica la fórmula atenuada debe medirse, por tanto, en términos relacionales respecto al nivel de desvalor *estándar* que exige el tipo básico. De tal modo, la entidad será más escasa cuando no concurren o lo hagan en una menor intensidad factores de desvalor que suelen acompañar al "hecho básico" -vid. STS 329/2012, de 27 de abril-. Entre estos, podemos destacar: condiciones espaciales o locativas que faciliten la distribución a un número alto e indeterminado de destinatarios; la continuidad en el tiempo de las actividades de ilícita distribución; las vinculaciones, aun sin pertenencia del autor, con grupos organizados; la importancia de la cantidad de droga poseída con finalidad de tráfico a la luz, además, del grado de pureza y dosificación; el componente económico significativo de ilícito enriquecimiento concurrente, ya sea concreto o potencial, etc.

4. Junto a la "escasa entidad del hecho", el tipo reclama también la evaluación de las "circunstancias personales del culpable". Si bien dicha extensión del juicio normativo obliga a dos precisiones. Una: las *circunstancias personales* no se sitúan en el mismo escalón valorativo que la *entidad del hecho*. Este ocupa una posición claramente prioritaria, hasta el punto que puede afirmarse su valor como presupuesto aplicativo. Otra: en íntima conexión con la anterior, el tipo no exige especiales circunstancias personales de merecimiento por lo que "la aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad del hecho, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación" - STS 188/2012, de 16 de marzo, 633/2020, de 23 de noviembre-. Entre las que pueden aconsejar la atenuación, en cuanto sugieren menores razones de merecimiento para el autor de la pena prevista para la conducta básica, encontramos la condición de consumidor aunque ello no se traduzca en términos normativos en atenuación genérica; la ausencia de antecedentes penales; la proximidad a la minoría de edad; las condiciones de vida socialmente desaventajadas que, sin constituir causa de inculpabilidad, presten algún tipo de explicación motivacional al comportamiento contrario a la norma, etc.

Y ello sin perjuicio de que, además, puedan concurrir circunstancias que agraven o disminuyan el juicio de culpabilidad mediante el juego de las circunstancias modificativas que se proyecten, ex artículo 66 CP, en la pena imponible, partiendo de los marcos abstractos fijados en el tipo del artículo 368.1º o del 368.2º, ambos, CP, que resulte de aplicación.

5. Pues bien, en el caso, debemos partir para la determinación del desvalor del hecho, en los estrictos términos que se declaran probados, y como dato de especial significado, de la muy escasa cantidad de droga poseída para su distribución a terceros. En concreto, 0.326 gramos de heroína neta, con un porcentaje de psicoactividad particularmente bajo -3.3%-.

Posesión preordenada al tráfico que, objetivamente, comporta una menor gravedad del injusto debido al escaso potencial de afectación del bien jurídico protegido -vid. 652/2012, de 17 de julio; 453/2021, de 27 de mayo-. Llámese la atención sobre esta cuestión que la sentencia no ofrece ninguna información sobre la presentación mezclada de la sustancia intervenida con otros componentes o sustancias y si ello introducía un específico peligro añadido para la **salud** de aquellos que pudieran consumirla.

6. Por otro lado, junto a la muy escasa cantidad de droga intervenida, no se han acreditado vínculos organizativos ni contextos precisos de distribución, ni condiciones situacionales potenciales de fácil y difusa distribución a un número indeterminado de personas ni que el recurrente hubiera obtenido especiales ganancias procedentes de la actividad de tráfico, ni, tan siquiera, indicadores de capacidad económica no explicable por sus condiciones socio-laborales. No se identifica ningún factor de comisión de los que con frecuencia dotan de "entidad estándar", en contraposición con "escasa entidad", a la conducta típica.

7. Tampoco concurre alguna circunstancia personal que, en los términos antes referidos, haga desaconsejable apreciar el tipo atenuado.

Es cierto, no obstante, que el acusado es reincidente, pero ello no puede por sí impedir la apreciación de tipo atenuado. La circunstancia de reincidencia no puede alterar la escasa entidad del hecho en términos de desvalor, que actúa como parámetro objetivo prioritario de adecuación típica. Aunque comporte, en su caso, intensificar, dentro de la pena imponible prevista en el subtipo atenuado, el reproche punitivo.

Considerar que la reincidencia neutraliza la aplicación del tipo del artículo 368.2º CP, aun cuando la entidad del acto de tráfico resulte escasamente significativa, como acontece en el caso, puede comprometer gravemente los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

Materialmente, arrastraría, como consecuencia, un doble efecto agravatorio. Por un lado, la aplicación del tipo general del artículo 368.1º CP. Y, por otro, dentro del marco punitivo de este, la imposición de la pena en la mitad superior. Resultado punitivo carente de toda correspondencia con los marcadores de antijuricidad exteriorizada mediante la acción delictiva y con el principio de responsabilidad por el hecho. Supondría, a la postre, otorgar a la circunstancia agravante genérica un *efecto desbordamiento* del reproche que la propia



norma prevé para la conducta típica. Provocando que una parte muy significativa de la pena impuesta no se funde en la gravedad del hecho sino en un juicio de reproche personal al autor por su previa conducta criminal. Lo que compromete seriamente el fundamento y los límites constitucionales de la agravante de reincidencia tal como fueron precisados por el Tribunal Constitucional - STC 150/1991-.

En efecto, si bien el Tribunal, al validar constitucionalmente la agravante de reincidencia, en los términos contemplados en el artículo 10.15 CP, texto de 1973, descartó que nuestra Constitución incorporara en el artículo 25 CE una concepción determinada de la culpabilidad, sí fue explícito al definir *"el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal "de autor" que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos"* - STC 150/1991-.

La consecuencia parece clara: ni los meros objetivos preventivos-especiales ni, desde luego, una concepción de la culpabilidad basada en el carácter o en la conducción de vida pueden prestar fundamento suficiente a que la apreciación de la reincidencia, por un lado, neutralice la aplicación de un tipo atenuado por la menor entidad del hecho y, por otro, agrave, además, la pena del **delito** base finalmente aplicado.

8. Doble efecto prohibido que se aprecia con toda claridad en el supuesto que nos ocupa. Las razones al caso que ofrece la sentencia recurrida en el apartado B) del Fundamento Cuarto, descontado el extensísimo apartado A) dedicado a la reproducción de material jurisprudencial, no justifican la aplicación del tipo del artículo 368.1º CP y la imposición de una pena de cuatro años y seis meses de prisión que resulta absolutamente desproporcionada, superando en un año y medio el límite mínimo de la pena máxima que la Decisión Marco 2004/757/JAI previene para las conductas básicas de tráfico de drogas.

Desconocemos sobre qué datos asienta el Tribunal Superior, al margen de la previa condena de 19 de mayo de 2019, que el recurrente es un *"profesional de la venta de droga"* o que la cantidad de droga intervenida *"es alta en relación a su consumo"* o por qué decanta especial gravedad de la *"técnica de venta"* empleada cuando el hecho probado no refiere ningún acto de transmisión a terceros.

Lejos de ello, y como anticipábamos, el hecho declarado probado identifica *escasa entidad* sin que apreciemos la concurrencia de circunstancias personales en el hoy recurrente que comprometan dicha valoración.

El mayor reproche por la reincidencia debe proyectarse sobre el juicio de punibilidad por el **delito** materialmente cometido que es el contemplado en el artículo 368.2º CP, cuya aplicación se excluye *ex lege*, solo, cuando en la conducta concurren algunas de las circunstancias previstas en los artículos 369 bis y 370, ambos, CP -vid. STS 617/2021, de 8 de julio-.

9. La estimación del motivo supone modificar el título de condena por el del artículo 368.1º en relación con el artículo 368.2º, ambos, CP, concurriendo la circunstancia de reincidencia, fijando la pena en la mínima imponible de dos años tres meses y un día de prisión, con multa de 37 euros con un día de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

CLÁUSULA DE COSTAS

10. Tal como dispone el artículo 901 LECrim las costas de este recurso se declaran de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Haber lugar, parcialmente, al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Leonardo **contra** la sentencia de 4 de mayo de 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Penal) que casamos y anulamos, parcialmente, siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar.

Declaramos de oficio las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que **contra** la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3301/2021



Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 17 de marzo de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 3301/2021, interpuesto por D. Leonardo **contra** la sentencia de fecha 4 de mayo de 2021 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas al hilo del único motivo del recurso formulado por la representación del recurrente Sr. Leonardo, se deja sin efecto su condena como autor de un **delito** de tráfico de drogas del artículo 368.1º CP, que se sustituye por su condena como autor de un **delito** de tráfico de drogas del artículo 368.1º en relación con el artículo 368.2º, ambos, CP.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Condenamos al Sr. Leonardo como autor de un **delito** de tráfico de drogas de los artículos 368.1º y 2º CP, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a las penas de dos años tres meses y un día de prisión, multa de 37 euros con un día de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e inhabilitación del derecho de sufragio pasivo mientras dure la condena.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que **contra** la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.