



Roj: **STS 1852/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1852**

Id Cendoj: **28079120012019100357**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2019**

Nº de Recurso: **525/2018**

Nº de Resolución: **278/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 525/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 278/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 30 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 525/2018 interpuesto por Matías , representado por el procuradora Doña MARÍA LUISA BERMEJO GARCÍA bajo la dirección letrada de D. FRANCISCO RIVAS NAVARRO , contra la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera , en el Rollo de Apelación 196/2017 , en el que se desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de julio de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal número 8 de los Málaga por el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de tráfico de drogas con la agravante de reincidencia, del artículo 368 párrafo 2º en relación con el artículo 22.8, ambos del Código Penal . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Instrucción nº 7 de los de Málaga incoó Diligencias Previas 986/2016 por delito de contra la salud pública, contra Matías , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal nº 8 de los de Málaga. Incoado el Procedimiento Abreviado 391/2016, con fecha 6 de julio de 2017 dictó sentencia n.º 232/2017 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declaran probados los siguientes hechos:

I.- Que sobre las 17:00 horas del día 30 de marzo de 2016, en un control policial preventivo dispuesto en la calle Núñez Vela de la localidad de Málaga, agentes de la Policía Nacional pararon al acusado Matías que circulaba



en el ciclomotor matrícula R-...-JNX , sujeto al que practicado un cacheo superficial le fueron intervenidos, ocultos en diversas partes del cuerpo y una bandolera que portaba, 5 envoltorios de plástico con cierre film que en su interior contenían una sustancia vegetal (marihuana) así como dos barritas plastificadas de una sustancia de color marrón. Que asimismo los agentes localizaron ocultos en la guantera del referido ciclomotor en el que circulaba otros dos envoltorios de idénticas características conteniendo la misma sustancia vegetal (marihuana).

Que practicado el correspondiente análisis y pesaje de las sustancias intervenidas las mismas resultaron ser cannabis sativa y resina de haschís, con unos THC del 21,44% y 33,78% respectivamente, y un peso neto de 7,10 gramos y 4,0 gramos respectivamente; sustancias que el acusado poseía para ser destinadas a la venta ilícita y posterior consumo por terceros, siendo su valor en el mercado ilícito de venta al por menor de cuyo valor en el mercado ilícito de 34,72 euros y 24,28 euros aproximadamente.

II.-Que el acusado había sido condenado por sentencia del Juzgado de lo Penal nº11 de Málaga de fecha 17/09/2014 , firme en fecha 17/10/14 , como autor responsable de un delito de tráfico de drogas, a la pena de 6 meses de prisión, condena que dejó extinguida en fecha en fecha 04/04/2016 y que no se hallaba cancelada a fecha 30/03/2016."

SEGUNDO. - Notificada la sentencia, la representación procesal de Matías , interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera formándose el rollo de apelación 196/2017 . En fecha 7 de noviembre de 2017 el citado tribunal dictó sentencia, con el siguiente tenor literal

" Que debemos estimar y **ESTIMAMOS, parcialmente**, el recurso de **apelación** interpuesto por el Procurador Sr. Ortega Gil, en nombre y representación de Matías **mediante** escrito presentado el 29 de septiembre de 2017, contra la sentencia dictada en fecha 6 de julio de 2017 por el Juzgado de lo Penal número 8 de Málaga , en los exclusivos términos contenidos en el Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia; con declaración de oficio de las costas que se hubieren podido causar en la tramitación del presente recurso."

TERCERO. - **Contra la anterior sentencia** a las partes, la representación procesal de Matías , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. - El recurso formalizado por Matías , se basó en el siguientes y único MOTIVOS DE CASACIÓN,

Único. - Por infracción de ley, con arreglo a lo previsto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación indebida del artículo 66 del Código Penal en relación con los artículos 21.2 , 22.8 y 368 párrafo segundo del mismo cuerpo mismo cuerpo legal, en lo que al carácter muy cualificado o , al menos, simple de la atenuante de drogadicción se refiere..

QUINTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 17 de abril de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo el motivo del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 16 de mayo de 2018 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El recurrente fue condenado en primera instancia como autor de un delito contra la salud pública, relativo a sustancias que no causan grave daño a la salud, aplicándosele el subtipo atenuado del artículo 368.2 del Código con la agravante de reincidencia. Se le impuso le pena inferior en grado a la prevista en el artículo 368, párrafo 1º y dentro de su mitad superior, fijándose la sanción en 10 meses de prisión, accesorias, multa de 59 euros, con dos días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y abono de las costas procesales.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Málaga estimó parcialmente el recurso apreciando la atenuante de drogadicción en consideración a los informes médico forenses (folios 34, 35 y 45) y al informe del Instituto Nacional de Toxicología (folios 46 y47), sin modificar la pena al considerar que, al no haberse fijado la sanción en su extensión máxima, la ponderación de las dos circunstancias concurrentes (reincidencia y drogadicción) aconsejaba el mantenimiento de la pena. Aun cuando la sentencia no precisó si se apreciaba la atenuante como simple o muy cualificada no cabe duda que optó por la primera posibilidad, atendida la pena que finalmente se impuso.

Frente a este pronunciamiento se alza el recurso de casación por el cauce de la infracción de ley, regulado en el artículo 849.1 de la LECrim , en el que se censura la sentencia reivindicando la apreciación de la atenuante



de drogadicción como muy cualificada y solicitando la imposición de una pena de cinco meses de prisión y multa o, a lo sumo, de seis meses de prisión y multa.

SEGUNDO. - Son muchas las resoluciones de esta Sala las que han ido perfilando los distintos efectos que el consumo de drogas tóxicas puede producir en un sujeto y las distintas consecuencias jurídico-penales a que puede dar lugar como consecuencia de la anulación o disminución de la **imputabilidad** del sujeto que comete una infracción penal.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2006 resume la doctrina jurisprudencial sobre la valoración que, desde un punto de vista penal, ha de efectuarse del consumo de sustancias estupefacientes. Así, señala la referida resolución lo siguiente: "Reiteradamente ha declarado esta Sala (SSTS. 282/2004 , 1217/2003 , 1149/2002 , 1014/2000) , que las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la **imputabilidad**, bien excluyendo la responsabilidad penal, o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2ª del Código penal , propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6º.

Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarlos del siguiente modo:

A) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos: a) que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y b) que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

B) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre , ya declaró que "no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto". Cierto es que la actual atenuante de drogadicción sólo exige que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha norma es la disminución de su **imputabilidad**, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas y así la STS. 21.12.99 declaró que "siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica".

C) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aun siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las " *actiones liberae in causa* ").

D) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual permitirá su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999 , hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

Pues bien la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido que la aplicación de la eximente completa del art. 20.1 será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión (STS. 21/2005).

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando



el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido (STS de 22 de septiembre de 1999).

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2º del Código penal , cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

La exigente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la exigente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21.1ª CP).

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

La atenuante ordinaria, se describe hoy en el art. 21.2, cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquella (SSTS. 22.5.98), y para cuya apreciación no se precisa sino que la adicción sea "grave" y exista relación causal o motivacional entre esa dependencia y la perpetración del concreto delito cometido (STS. 23.6.2004).

Por último, cuando la incidencia de la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trate de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia, lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.6 CP " .

TERCERO. - Proyectando los anteriores criterios al caso que centra nuestra atención, y a pesar de los alegatos del recurso, la atenuante de drogadicción sólo puede apreciarse como analógica, conforme al artículo 21.6 del vigente Código Penal y para llegar a esta conclusión hemos de partir necesariamente del juicio histórico de la sentencia que en esta vía casacional (artículos 849.1 LECrim .) es inatacable.+

Sorprende que la sentencia de apelación haya apreciado una atenuante que no fue objeto de atención en la sentencia de primera instancia sin adicionar el relato de hechos probados y también sorprende que en la sentencia de segunda instancia no se haya hecho esfuerzo alguno para determinar el grado de afectación de la **imputabilidad** del autor. La sentencia guardia silencio sobre este extremo y como único argumento se remite al contenido de los informes periciales obrantes en autos.

En el informe médico forense y a expensas de su confirmación por los estudios toxicológicos, se afirmaba que el interesado era un consumidor de hachís y marihuana de larga evolución, sin ninguna enfermedad mental que afectara a sus capacidades cognoscitiva o volitiva en relación con los hechos investigados (folio 35) y en el posterior informe toxicológico se confirmó la presencia en su organismo de Cannabis (folio 45).

Con estos datos sólo era factible la apreciación de una atenuante analógica, dado que no había evidencia alguna de que el recurrente tuviera anuladas o afectadas gravemente sus capacidades mentales y tampoco que realizara el hecho por consecuencia el consumo de tóxicos. A lo sumo y de forma harto benévola puede afirmarse una leve afectación de las capacidades intelectivas y volitivas por lo que la única atenuante posible es la contemplada con carácter analógico en el artículo 21.7, en relación con los artículos 21.1 y 20.2 del Código Penal . A dicha atenuante le corresponde el tratamiento punitivo previsto en el artículo 66.7 del mismo texto legal en el que se ordena a jueces y tribunales que "cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena".

CUARTO . - Según criterio jurisprudencial reiterado la fijación judicial de la pena debe ser motivada. Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional



de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonaran en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta.

También hemos afirmado con reiteración que la individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no sólo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

En el presente caso resulta proceden la revisión porque el tribunal de apelación ha utilizado un criterio que no consideramos acertado. Cuando una sentencia de apelación reconoce una circunstancia atenuante que no había sido apreciada por el tribunal de primera instancia, la atenuante debe tener reflejo necesariamente en la determinación de la pena mediante la reducción que se estime adecuada. El recurso de apelación tiene como función la revisión de la sentencia de primera instancia por lo que cuando se introduce un nuevo factor de atenuación lo procedente es que esa nueva circunstancia modificativa tenga reflejo en la sanción mediante una reducción de condena, pues a esa finalidad responde el recurso y carecería de sentido que se mantenga una concreta individualización judicial de la pena cuando los factores tomados en consideración han cambiado y evidencian que la fijación inicial era errónea. Por tanto, si lo único que cambia por consecuencia del recurso es la introducción de una atenuante, tal y como acontece en el presente caso, la pena inicialmente impuesta debe atemperarse mediante la reducción que se estime procedente.

Entrando ya en la concreta determinación de la pena y de conformidad con el artículo 66.7ª del Código Penal si concurren circunstancias atenuantes y agravantes el tribunal las compensará racionalmente. Según se reseña en la STS 323/2015, de 20 de mayo, la compensación no puede "ser entendida como una mera operación aritmética, sino que exigirá atender principalmente a la calidad de las distintas circunstancias, su intensidad, valor e importancia de cada una de ellas y a su incidencia en el hecho concreto, sin que ello suponga obviar el número de las de uno u otro signo".

En este caso la atenuante de drogadicción tiene una intensidad muy poco relevante, dada la escasa afectación del sujeto al tiempo de los hechos. Tiene mayor significación y relevancia la agravante de reincidencia, de la que cabe inferir una fuerte resistencia del sujeto al cumplimiento de las normas. Por tal motivo y pudiendo fijarse la pena en toda la extensión (de 6 meses a 11 meses y 29 días) entendemos proporcionado y procedente imponer la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN, pena que se sitúa en la mitad de la sanción posible y que reduce la impuesta en primera instancia como consecuencia de la apreciación de la atenuante de referencia.

QUINTO . - A tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y estimándose parcialmente el recurso deben declararse de oficio las costas procesales causadas por el recurso de casación.

FALLO

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

1º. ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por don Matías contra la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de noviembre de 2017 por delito contra la salud pública, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2 º. DECLARAR de oficio las costas procesales causadas por este recurso

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 525/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 30 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 525/2018, seguido contra la sentencia de 7 de noviembre de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en su recurso de apelación número 196/2017, por un delito contra la salud pública, contra don Matías , DNI NUM000 , nacido en Málaga el día NUM001 de 1988, hijo de Sabino y Palmira , sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa. La citada sentencia ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede reducir fijar la pena de prisión que corresponde al delito cometido en NUEVE MESES, reduciendo la pena impuesta en primera instancia por consecuencia de la apreciación de la atenuante analógica de drogadicción

FALLO

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

ÚNICO. - Modificar la pena de prisión impuesta a Matías en la sentencia recurrida, fijando la extensión de dicha pena en NUEVE MESES DE PRISIÓN y manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Pablo Llarena Conde

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina