



Roj: **STS 2306/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2306**

Id Cendoj: **28079120012019100399**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2019**

Nº de Recurso: **1047/2018**

Nº de Resolución: **334/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 334/2019**

Fecha de sentencia: 28/06/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1047/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

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

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1047/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 334/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 28 de junio de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de Casación nº 1047/2018, por infracción de Ley y por quebrantamiento de Forma, que ante Nos pende, interpuesto por **D. Rubén**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. María del Angel Sanz Amaro, bajo la dirección letrada de D. José Luis Benito Peiroten, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha 19 de enero de 2018, que resolvía el recurso de apelación interpuesto por el acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Segunda (rollo número 47/2017), con fecha 27 de octubre de 2017.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Seguido por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Segunda, el rollo de Sala número 47/2017, dimanante del procedimiento Abreviado con el número 400/2017, incoado por el Juzgado de Instrucción número 4 de Alicante, se dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 2017, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Único.- que sobre las 14.00 horas del día 23 de febrero de 2017, el acusado Rubén, mayor de edad (n. 27-6-87) y sin antecedentes penales, accedió al Pasaje de Cox en Alicante, contactando con otros jóvenes a quienes enseñó algo, que posteriormente cuando pasó por la calle Francisco Esteban Román escondió en sus genitales, por lo que agentes del CNP, que habían observado la acción, le dieron el alto con la C/ Pinoso y al ser preguntado, tras varias respuestas inconexas, gesticulaciones y nerviosismo, finalmente extrajo voluntariamente de sus partes íntimas el envoltorio, que contenía aproximadamente 112 grs. de "Speed", que debidamente analizado por el Laboratorio de la Subdelegación de gobierno, conforme a los protocolos recomendados por la División de Estupefacientes de Naciones Unidas, resultó ser "Anfetamina", con un peso total de 107'02 grs. y una pureza del 1.5%, que tenía el acusado para vender a terceras personas, ocupándole además 65 euros, producto de las ventas.

La sustancia ocupada hubiese alcanzado en el mercado ilícito un precio de 4.578,06 euros(sic)".

**SEGUNDO.**- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos condenar y condenamos a Rubén como autor de un delito contra la salud pública del inciso segundo del artículo 368 del Código penal (sustancia que causa grave daño a la salud=, a la pena de tres años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de 4.600 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 46 días de privación de libertad en caso de impago; y al pago de las costas causadas(sic)"

**TERCERO.**- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el acusado, en base al artículo 846 bis c) b); y dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha 19 de enero de 2018, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Rubén contra la Sentencia núm. 398/2017, de fecha 27 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Segunda, en el Procedimiento Abreviado núm. 47/2017 dimanante del procedimiento abreviado núm. 400/2017, instruido por el Juzgado de Instrucción número cuatro de los de Alicante, la cual se confirma íntegramente. Con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente(sic)".

**CUARTO.**- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de Forma, por la representación procesal de **D. Rubén**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

**QUINTO.**- El recurso interpuesto por la representación del recurrente **D. Rubén**, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Al amparo del nº 1 del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley del inciso segundo del artículo 368 del Código Penal por no aplicación de las reglas de determinación de la pena de los artículos 70.1.2ª y 66.1.6ª del Código Penal.

2.- Al amparo del nº 2 del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley del artículo 368 del Código Penal, y error de hecho en la apreciación de la prueba, y del número 2º del artículo 20, en relación con el 21 nº 2 del Código Penal.

**SEXTO.**- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso de casación interpuesto, interesa la inadmisión a trámite del mismo, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.



**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 12 de junio de 2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2ª, condenó al acusado Rubén como autor de un delito contra la salud pública a la pena de tres años de prisión y multa de 4.600 euros. Contra la sentencia interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Contra esta sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), denuncia la infracción del artículo 368, inciso segundo, y por no aplicación de las reglas de determinación de la pena de los artículos 70.1.2ª y 66.1 6ª del Código Penal (CP). Sostiene que debió aplicarse el párrafo segundo del primero de los artículos, lo que determinaría una pena inferior, pues carecía de antecedentes penales y la cantidad incautada solo ascendía a 107,02 gramos de Anfetamina con una ínfima pureza del 1,5%.

1. La jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado en numerosas de la posibilidad de aplicar el párrafo segundo del artículo 368 CP, que establece una penalidad atenuada en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias del culpable. " *La doctrina legal ya declarada por esta Sala Casacional -STS 42/2012, de 2 de febrero-, declara que el párrafo segundo del art. 368 del Código Penal, introducido por la reforma operada por la LO 5/2010, prevé la imposición de la pena inferior en grado en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, siempre que no concurra alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts. 369 bis y 370. El citado párrafo contiene una nueva previsión normativa, de forma que no regula en realidad un supuesto de absoluta discrecionalidad judicial, que, de otro lado, no sería procedente, sino que establece una pena inferior para determinados casos, de manera que si el Tribunal aprecia la concurrencia de las circunstancias previstas deberá proceder a su aplicación. Es cierto que la norma no precisa qué se debe entender por escasa entidad del hecho, ni tampoco qué circunstancias personales del culpable serían relevantes a estos efectos.*

Este subtipo atenuado queda configurado del siguiente modo:

1º) *El nuevo párrafo segundo del art. 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.*

2º) *Concorre la escasa entidad objetiva -escasa antijuridicidad- cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico".*

3º) *La regulación del art. 368.2 del Código Penal no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a esta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.*

4º) *Las circunstancias personales del culpable -menor culpabilidad- se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.*

5º) *Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.*

6º) *La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad...". ( STS nº 507/2018, de 25 de octubre ).*

2. En el caso, la defensa del recurrente aceptó en la instancia la calificación del Ministerio Fiscal, tal como se recoge en la sentencia impugnada, por lo que no es ya posible cuestionar posteriormente tal calificación. Además, no se aprecia la concurrencia de elementos que justifiquen la aplicación del subtipo atenuado. El recurrente tenía en su poder la cantidad de 107,02 gramos con un porcentaje de sustancia pura del 1,5%, lo que equivale a 1,6053 gramos.

Como se señaló en la STS nº 850/2013, de 4 de noviembre, la dosis media de abuso habitual del speed se sitúa alrededor de los 30 o 60 miligramos diarios, y la dosis mínima psicoactiva ha de situarse en 10 miligramos de principio activo puro. Junto a estos datos, ha de tenerse en cuenta que la cantidad ocupada al recurrente, tal como se declara probado, hubiese alcanzado en el mercado un precio de 4.578,06 euros, datos todos ellos que alejan el supuesto presente de aquellos otros que pueden considerarse de menor entidad.



En consecuencia, el motivo se desestima.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim , denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, así como infracción del nº 2 del artículo 20 CP , en relación con el 21.2ª. Se apoya en un informe emitido por la Unidad de Conductas Adictivas en el que se aprecia trastorno por consumo de sustancias de anfetamina, cocaína y hachís.

1. La jurisprudencia ha reiterado que la condición de consumidor, por sí sola, no es suficiente para apreciar una atenuante. Es necesario acreditar que el consumo de drogas, bien por su inmediatez al hecho o bien por su carácter prolongado y muy intenso, o el síndrome de abstinencia por privación de aquellas, ha causado una alteración en las facultades del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para ajustar su conducta a aquella comprensión.

2. En el caso, la cuestión fue desestimada en apelación con argumentos que pueden darse aquí por reiterados. No aparece en el informe citado una afirmación que permita entender presente dicha afectación, por lo que no es posible apreciar un error del Tribunal al no considerar probada la alteración de las facultades del sujeto y con ello su capacidad de culpabilidad.

El motivo, pues, se desestima.

## FALLO

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

**1º. Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Rubén , contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 19 de enero de 2.018 , que resolvía recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2ª, de fecha 27 de octubre de 2.017 , seguida por delito contra la salud pública.

**2º . Condenar** a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales oportunos, 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 alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina