

## Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 24 Ene. 2011, rec. 1453/2010

Ponente: Martínez Arrieta, Andrés.  
Nº de Sentencia: 3/2011  
Nº de Recurso: 1453/2010  
Jurisdicción: PENAL  
Tipo de recurso de la resolución: CASACION

TRÁFICO DE DROGAS. Transporte de cocaína. PENALIDAD. Derecho a la igualdad. No opera necesariamente respecto de los que se encuentran en idéntica situación fáctica y jurídica, salvo arbitrariedad. Prospera el motivo de recurrir. El órgano jurisdiccional no razona la agravación comparativa, explicación que es exigible cuando la condena está fundada en los mismos hechos y valorada la actuación con idéntica calificación jurídica.

Normativa aplicada

### TEXTO

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Enero de dos mil once

#### SENTENCIA

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación de Celestino , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, que le condenó, junto a otros no recurrentes, por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Quintero Sánchez.

### I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 14 de Valencia, instruyó sumario 11/99 contra Celestino y otros, por delito contra la salud pública, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, que con fecha 30 de diciembre de dos mil nueve dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: *"En fechas no concretadas de 1998, el procesado Fabio , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, entró en contacto con una persona cuya identidad no ha sido determinada, conocido como " Burro ", actuando de intermediario el procesado Ildefonso , mayor de edad y sin antecedentes penales, con el fin de importar un contenedor procedentes de Panamá, el cual, en principio sólo contenía camisetas y pantalones y cuyo destinatario final era "Tintes Milán" - VÁZQUEZ BLANCH S.L., siendo su propietario y gerente el procesado Celestino , mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo una cobertura legal para lo que después se descubrió.*

La empresa a la que llegaría el contenedor era Oceanic Import, propiedad del procesado Fabio , el cual al enterarse del verdadero contenido del contenedor manifestó su intención de no continuar con la importación, recibiendo amenazas personales y familiares para que continuara por parte del procesado Ildefonso .

*El día 26 de noviembre de 1998 llegó al puerto de Santurce (Bilbao) el contenedor procedentes de Panamá, con identificación GSTU-2524044, remitido por la entidad Telas y Textiles Panamericanas con destinatario a Oceanic Import y con mercancía*

*declarada de camisetas y pantalones.*

*El procesado Fabio contrató verbalmente a una persona que no se encuentra a disposición del Tribunal, para los trámites de la importación, ya que los conocía por haber trabajado en Seur, conociendo verdaderamente cual era el contenido real del contenedor, encargando de realizar los trámites aduaneros necesarios al director de la agencia Alan Transitorios, Plácido, desconocedor de dicha situación.*

*El contenedor expedido por ferrocarril, tras diversas vicisitudes llegó a los locales de la entidad Transportes Campillo, sita en el Polígono Industrial Fuente del Jarro de Paterna, siendo interceptado por la policía cuando se iba a proceder a su descarga, encontrándose tras registro en forma la cantidad de 205,976 kgs. de cocaína que iban a ser transportados para luego ser distribuidos por el procesado Victoriano, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien accedió sanbiendo lo que iba a transportar a cambio de una cantidad de dinero que recibiría una vez realizado el transporte.*

*El procesado Fabio contactó con el procesado Celestino, a través del procesado Ildfonso, ya que el destino final de la droga iba a ser como se dijo la empresa Tintes Milán, cuyo titular conocía la existencia de la droga habiéndose reunido varias veces con los procesados citados encargados de la operación, llegando incluso a prestar 600.000 pts. en tres veces al procesado Ildfonso.*

*El primer destino de la mercancía iba a ser un almacén buscado por el procesado Amadeo, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien conocía el ilícito contenido del transporte.*

*En el domicilio del procesado Fabio practicado registro en forma, fue encontrada una pistola marca "Llama" del calibre 45, careciendo de guía y licencia reglamentarias y habiéndola adquirido por amenazas recibidas con anterioridad a estos hechos.*

*El procesado Fabio colaboró espontáneamente, activamente y desde el principio de las actuaciones en varias declaraciones judiciales para el esclarecimiento de los hechos y las personas intervinientes en los mismos".*

**Segundo.**- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

*" FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Celestino, Ildfonso, Amadeo, Victoriano y Fabio, como autores responsables de un delito contra la salud pública, en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de dilación indebida, en todos los acusados, y de colaboración en el Sr. Fabio, a las siguientes penas:*

*A) A la pena de un año y seis meses de prisión y multa de 1.210.950.000pts., con tres meses de arresto sustitutorio en caso de impago, para Victoriano, Amadeo, Ildfonso y Fabio, por el delito contra la salud pública.*

*B) A la pena de dos años y seis meses de prisión y multa de 1.210.950.000 pts., con 3 meses de arresto sustitutorio en caso de impago, para Celestino, por el delito contra la salud pública.*

*C) A la pena de multa de 730 días, con cuota de 3 euros, a Fabio por el delito de tenencia ilícita de armas, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.*

*Se condena a todos ellos a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena de prisión, al pago proporcional de las costas y al comiso de todos los efectos intervenidos.*

*Procédase a la destrucción de la sustancia intervenida.*

*Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos a los acusados todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa."*

**Tercero.**- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Celestino, 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.

**Cuarto.**- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los

siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

ÚNICO.- Por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción del artículo 14 de la Constitución Española.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 18 de enero de 2011.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito intentado contra la salud pública concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas a la pena de 2 años y seis meses de prisión y la pena de multa impuesta. Contra la sentencia alza su queja, al considerar vulnerado sus derecho a la igualdad, arguyendo que los otros condenados en la sentencia, por el mismo tipo penal y los mismos hechos les ha sido impuesta una pena de prisión de un año y seis meses, y considera que la diferencia de trato no aparece justificada en la sentencia.

Como dijimos en la STS 716/2009, de 2 de julio , con cita de la STC. 161/2008 de 2 de diciembre , la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley (art. 14 CE) se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la Ley seguida en casos esencialmente iguales, de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración, entre otros la existencia de igualdad de hechos (por todas SSTC. 210/2002 de 11.11, FJ. 3; 91/2004 de 19.5, FJ. 7; 132/2005 de 23.5 , FJ. 3) y de alteridad personal en los supuestos contrastados (SSTC. 150/97 de 29.9 FJ. 2; 64/2000 de 13.3 FJ. 5; 162/2001 de 5.7 FJ. 4; 229/2001 de 11.11 FJ. 2; 46/2003 de 3.3 , FJ. 3).

En el mismo sentido esta Sala Segunda, SSTS. 636/2006 de 8.6 , 483/2007 de 4.6 , ha declarado que "sólo la diferencia arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico puede determinar una violación del artículo 14 de la Constitución".

El principio de igualdad ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (STC 50/1991). Por lo demás, el principio de igualdad, por lo demás, no implica en todos lo casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, por cuanto la desigualdad, en sí misma, no constituye necesariamente una discriminación.

La igualdad, ha de entenderse como parificación ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos (STS de 28 de octubre de 2004).

Así entendida la existencia de una situación desigual que justifique un tratamiento desigual en la imposición de la pena, en la individualización, debe aparecer razonada en la individualización de la pena, conforme ordena el art. 66 del Código penal como consecuencia del mandato constitucional del art. 120 de la Constitución.

En la sentencia impugnada nada de eso se explica ni se razona. El tribunal de instancia ha impuesto una pena superior, casi el doble de la pena, a un acusado, el recurrente, respecto a los otros habiendo sido acusados todos del mismo hecho y por el mismo tipo penal, concurriendo, en todos la misma circunstancia, a excepción de un acusado a quien se le declara concurrente una atenuante por su colaboración en la indagación de los hechos.

Con relación a quienes están en idénticas situación fáctica y jurídica, pues los hechos que se les declara probado y la calificación es la misma, la consecuencia impuesta es distinta y aunque ello pudiera ser factible, atendiendo a los criterios de individualización previstos en la regla sexta del art. 61 del Código penal , esto es, gravedad del hecho y circunstancias personales del responsable, esa posibilidad requiere una explicación por parte del órgano jurisdiccional para realizar la función jurisdiccional de individualizar la pena atendiendo a los presupuestos que permiten esa función jurisdiccional, que en la doctrina ha sido tenida

como "tercer función autónoma" del juez, después de la afirmación de los hechos probados y de la subsunción de los hechos en un tipo penal. Esa función autónoma del Juez requiere que sea motivada, como criterio general, que es especialmente exigible cuando a los mismos hechos y misma calificación jurídica, el tribunal quiere singularizar una conducta en la imposición de la pena imponiendo una mayor consecuencia jurídica.

Ciertamente, como sugiere el Ministerio fiscal, en la causa puede obrar datos fácticos que aconsejen un distinto tratamiento penológico, pero esa función es competencia del tribunal de instancia atento al desarrollo del juicio y a la concurrencia de elementos que permitan la individualización.

Procede en consecuencia, estimar el recurso y dictar segunda sentencia en la que se imponga al recurrente la misma pena que a los otros dos condenados que se encuentran en la misma situación fáctica y jurídica.

### III. FALLO

**F A L L A M O S:** QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación del acusado [Celestino](#) , contra la sentencia dictada el día 30 de diciembre de dos mil nueve por la Audiencia Provincial de Valencia , en la causa seguida contra el mismo, por delito contra la salud pública, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas . Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gomez Jose Antonio Martin Pallin

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Enero de dos mil once

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 14 de Valencia, con el número 11/99 y seguida ante la Audiencia Provincial de Valencia, por delito contra la salud pública contra [Celestino y otros](#) y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 30 de diciembre de 2009 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

**SEGUNDO.-** Que por las razones expresadas en el único de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación del recurso.

### III. FALLO

**F A L L A M O S:** Que debemos condenar y condenamos al acusado [Celestino](#) por el delito contra la salud pública a la pena de 1 AÑO Y SEIS MESES de prisión, ratificando el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Asimismo se le impone el pago de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gomez Jose Antonio Martin Pallin

#### PUBLICACIÓN

.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.