

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 10 Jun. 2011, rec. 10223/2011

Ponente: Granados Pérez, Carlos.
Nº de Sentencia: 661/2011
Nº de Recurso: 10223/2011
Jurisdicción: PENAL

TRÁFICO DE DROGAS. Condena a siete años y seis meses de prisión por tráfico de sustancias que causan grave daño, con la circunstancia de notoria importancia, que es degradada en revisión a seis años de prisión. PENALIDAD. El procedimiento de revisión cuando se tramita a instancia de parte no impone la audiencia al reo. Condena firme. La disposición transitoria segunda no contempla una revisión inspirada en un criterio de estricta proporcionalidad matemática, bien que se acuerda degradar la pena hasta los cinco años y seis meses de prisión, dado que el auto de revisión impone una pena que transita en el máximo legal sin motivar las razones de tal intensidad. Se mantiene en la mitad superior, ello no obstante, dado que la recurrente juega un papel de primera escala, mediante actos de suministro desvinculados de cualquier hábito tóxico.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil once.

SENTENCIA

En el recurso de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por la penada Esperanza , contra Auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo por el que se revisó la condena que está cumpliendo esta penada, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicha recurrente representada por la Procuradora Sra. Angulla Lanza.

I. ANTECEDENTES

- 1.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, con fecha 11 de junio de 2009, dictó sentencia por la que se condenó a la acusada Esperanza como autora de un delito contra la salud pública, de sustancias que causan grave daño a la salud, a la pena de siete años y seis meses de prisión y multa de ciento veinte mil euros.
- 2.- En la ejecutoria 58/2010, de esa sentencia, la mencionada Sección de Oviedo dictó Auto, de fecha 12 de enero de 2011 , a los efectos de su revisión en cumplimiento de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio , sustituyendo la pena privativa de libertad, de siete años y seis meses, por otra de seis años de prisión.
- 3.- Notificado el Auto a las partes, se preparó por la representación de la penada Esperanza recurso de casación por infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.
- 4.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso,

formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre y la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Segundo .- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio .

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

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 31 de mayo de 2011.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre y la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio .

Se dice producida infracción al no haber sido oída antes de la revisión de la condena.

Lo cierto es que la Disposición Transitoria que se señala no prevé que se produzca la audiencia al reo, en todo caso tal audiencia tendría sentido cuando la revisión procede de oficio pero sería irrelevante cuando como en este caso es la propia condenada la que solicita la revisión.

Por otra parte, la recurrente, tras invocar esa infracción, no solicita la nulidad del auto recurrida sino que pide se entre en el fondo de la cuestión y se reduzca la pena reformada que se ha concretado por el Tribunal de instancia.

Procede en consecuencia, como se interesa en el motivo entrar en el examen del siguiente motivo que se refiere a la revisión efectuada sin que proceda la estimación de este primer motivo.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio .

La recurrente lo que solicita en el presente recurso es que se le aplique un criterio de regla de tres en la individualización de la pena con el que se tuvo en cuenta en la condena inicialmente impuesta, por lo que procede sustituirla por una de cuatro años y medio o, en su caso, de cinco años.

Estamos ante un supuesto de revisión de sentencia firme en la que los penados están cumpliendo efectivamente la pena y a estos casos se refiere el párrafo segundo, apartado primero, de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio , en el que se dispone lo siguiente: los Jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.

La penada recurrente fue condenada por un delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, por lo que la pena correspondiente se extendía, en la redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010 , de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, imponiéndose, por las especiales circunstancias de mayor dominio en la conducta criminal que desempeño esta acusada, una pena de siete años y seis meses de prisión y una multa de ciento veinte mil euros.

El Tribunal de instancia, en la ejecutoria de esa Sentencia, dictó Auto de fecha 12 de enero de 2011 , objeto del presente recurso de casación, en el que se acordó, atendiendo a la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 5/2010 , revisar la pena privativa de libertad impuesta de siete años y seis meses de prisión, pena que se rebajó a seis años de prisión, como había solicitado el Ministerio Fiscal.

La conducta delictiva realizada por la recurrente, en la redacción resultante de la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio , está castigada con pena de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, por lo que la pena de seis años de prisión impuesta es imponible con arreglo al texto del Código Penal vigente, sin embargo supone el máximo de la pena tras la reforma a la que hemos hecho referencia y no existe en el Auto recurrido explicación alguna para individualizarla con tal intensidad.

El Tribunal Constitucional y esta Sala han recordado, en numerosas resoluciones, el mandato del artículo 120.3 de la Constitución acerca de la necesidad de que las resoluciones judiciales, cuando no sean de mero trámite, estén siempre motivadas lo cual constituye, asimismo, una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, proclamado en el artículo 24.1 del mismo texto constitucional . Motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Esta necesidad de motivación también se debe afirmar cuando se está individualizando la pena, especialmente cuando la que se impone no es la mínima legalmente posible.

Es cierto que la Sentencia de 11 de junio de 2009 , de la que dimana la ejecutoria en la que se dictó el Auto de revisión de condena ahora recurrido, señala, en el segundo de sus fundamentos jurídicos que la recurrente junto a Gabriel eran el "centro de referencia en la distribución de la droga, por ser los proveedores principales inmediatos del primer escalón de aportación al traficante que, a su vez, se erige en proveedor de los demás..." y en el cuarto de los fundamentos jurídicos se añade que la ahora recurrente Esperanza ostentó un dominio funcional del hecho y que fue quién guardó el dinero producto de la operación; y en el quinto de los fundamentos jurídicos, en lo que se refiere a la individualización de la pena, se dice que la pena a individualizar respecto de estos procesados, Esperanza y Gabriel , tiene que moverse necesariamente dentro de márgenes de mitad superior de la imponible, conforme al art. 66.1.6º del Código Penal , superando el máximo de la pena más grave prevista y aceptada por el Ministerio Fiscal respecto de los demás coprocesados que reconocieron los hechos, dada la gravedad de los que ejecutaron los que nos ocupan y su peligrosidad. Los hechos de referencia son mucho más graves porque los autores se erigieron en los referentes nucleares de la disposición y distribución de la droga, que facilitaban a los demás en el primer paso del tráfico desmontado por la Guardia Civil , manejando cantidades llamativas, aunque no llegaron a la calificación del subtipo agravado de la notoria importancia, y se muestran como delincuentes peligrosos en la medida que han hecho del tráfico de drogas una fuente de enriquecimiento y con esa única finalidad, al aparecer desvinculados de cualquier hábito tóxico que pudiera permitir reconocerles un margen de comprensión en su vocación criminal al tener que proveer a sus propias necesidades, y se concreta la pena privativa de libertad en siete años y seis meses de prisión.

Y estas razones de mayor gravedad en la individualización de la pena debieron expresarse en el Auto recurrido para alcanzar esa mayor intensidad, que sí se han tenido en cuenta por esta Sala, supliendo la omisión denunciada y, en aras de agilizar la respuesta al recurso planteado, procede hacerse una nueva revisión considerando las circunstancias personales y la mayor o menor gravedad del hecho cuando se trata de individualizar la pena dentro del nuevo marco legal.

Así las cosas, se considera más adecuada a las razones de individualización antes expresadas, la sustitución de la pena privativa de libertad que fue impuesta en la Sentencia de 11 de junio de 2009 , de siete años y seis meses de prisión, por la de cinco años y seis meses de prisión, que es inferior a la de seis años fijada en el Auto recurrido, ya que si bien es cierto que la Disposición

Transitoria Segunda no obliga al Tribunal, cuando proceda a la revisión, a someterse a un criterio de estricta proporcionalidad matemática en relación a la pena que había sido antes impuesta, no lo es menos que deberá explicar los criterios de individualización, especialmente cuando, como en este caso, se impuso el máximo legalmente posible.

El motivo debe ser estimado con este alcance.

III. FALLO

DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACION por infracción de Ley interpuesto por la penada *Esperanza* , contra Auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha 12 de enero de 2011 , en la ejecutoria 58/2010, en causa seguida por delito contra la salud pública, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas. Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil once.

SEGUNDA SENTENCIA

En la ejecutoria 58/2010, de Sentencia 125/2009, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, la mencionada Sección dictó auto, de fecha 12 de enero de 2011 , a los efectos de su revisión en cumplimiento de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio , sustituyendo la pena privativa de libertad, de siete años y seis meses, por otra de seis años de prisión, Auto que ha sido casado y anulado por la Sentencia 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. Carlos Granados Perez. hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes del Auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se sustituye el fundamento jurídico único del auto recurrido por el Segundo de la sentencia de casación.

Acorde con lo que se declara en el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación, procede sustituir la pena privativa de libertad que se fija en el Auto recurrido de seis años de prisión por de CINCO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION, manteniéndose el resto de los pronunciamientos del auto recurrido no afectado por la presente.

III. FALLO

Se sustituye la pena privativa de libertad que se fija en el Auto recurrido de seis años de prisión por otra de CINCO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION, manteniéndose el resto de los pronunciamiento del auto del auto recurrido no afectados por la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

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

