

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 22/2025, de 16 de enero de 2025**Sala de lo Penal**Rec. n.º 4984/2022***SUMARIO:****Delito contra la salud pública. Trafico de drogas. Subtipo atenuado. Modalidad agravada. Cantidad de notoria importancia.**

Modalidad atenuada del artículo 368.2 CP (en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable) y compatibilidad del mismo con las modalidades agravadas del 369 CP. El hecho de que la cantidad aprehendida rebase el límite cuantitativo de la notoria importancia, no es en principio obstáculo para su aplicación, ya que en la atenuación no se alude a la cantidad de droga, sino a la entidad del hecho, es decir, el art. 368.2.º se mueve en otra cadena no coincidente con esa especie de gradación. Así viene a demostrarlo la posibilidad legal, introducida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, de aplicarlo a los casos del art. 369 y entre ellos, al menos por vía de principio, a supuestos en que la cantidad sea de notoria importancia. No se está hablando de "escasa cantidad", sino de "escasa entidad".

Ahora bien, es una realidad que no deja de ser especialmente significativa por su potencialidad para comprometer el bien jurídico protegido, la salud pública, sobre todo en cuanto supera con creces, en casi 29 Kg, el umbral de la modalidad agravada prevista en el artículo 369.1.5º CP. Ante tal magnitud objetiva, la aplicación de la modalidad atenuada queda supeditada a una participación en los hechos de muy escasa entidad, o a unas circunstancias personales especialmente significativas que no ocurren en este caso ni lo uno ni lo otro. La sentencia de instancia alude a "la ausencia de antecedentes penales y policiales desfavorables o de información alguna que relacione a los autores con ambientes delincuenciales, su normalizadas circunstancias personales, familiares, laborales y sociales (según acredita la defensa mediante documenta)". Que se trate de delincuentes primarios, con arraigo familiar y social podrá ser tomado en consideración a otros efectos, pero por sí solos son factores neutros, que si bien no operan en contra, tampoco neutralizan la gravedad objetiva de los hechos ni obliga a considerar el tipo atenuado. En lo que afecta a la participación de los acusados, aun admitiendo por estricto sometimiento al relato fáctico, que los recurrentes fueron ajenos a la operación que movilizó el alijo del que se desgajó el fardo del que se apropiaron, y que se trató de un mero hallazgo casual, se hicieron con la cuantiosa sustancia en el afán de proceder a su distribución entre terceros, lo que dista mucho de conformar una participación residual, aun cuando la pretendieran afrontar en solitario al margen de cualquier concierto con redes de tráfico.

PONENTE: Dª. ANA MARIA FERRER GARCIA**SENTENCIA**

Magistrados:

D. JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

D. MANUEL MARCHENA GOMEZ

Dª. ANA MARIA FERRER GARCIA

Dª. SUSANA POLO GARCIA

D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA

Síguenos en...



TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 22/2025**

Fecha de sentencia: 16/01/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4984/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/01/2025

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4984/2022

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 22/2025**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Manuel Marchena Gómez

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 16 de enero de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 4984/22 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por D. Eleuterio y D. Faustino, representado por el procurador D. Javier Bertón Belizón, bajo la dirección letrada de D. Roberto Moreno Gómez contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 22 de abril de 2022 (Rollo Apelación 46/22), por delito contra la salud pública. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 4 de Chiclana de la Frontera, incoó Procedimiento Abreviado num. 139/18, y una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal 2 de Cádiz, que con fecha 3 de diciembre de 2021, dictó sentencia que contiene los

Síguenos en...



siguientes **HECHOSPROBADOS**: "Queda probado y así se declara que sobre las 16'45 horas del día 10 DE DICIEMBRE DE 2015 los acusados Eleuterio Y Faustino mayores de edad y sin antecedentes penales, tras encontrar en la playa de La Barrosa de Chiclana de la Frontera en las inmediaciones del Hotel Meliá un fardo de hachís, procedente de un alijo de droga detectado diez días antes en el que no consta que estuvieran implicados, se apropiaron de el, con el propósito o el riesgo de distribuirlo entre terceros, y, lo cargaron en el vehículo Renault Megane, matrícula NUM000, propiedad de Eleuterio.

Cuando los dos acusados circulaban a bordo del referido turismo por la calle Amilcar Barca de Chiclana, por las inmediaciones del Hotel Meliá, fueron interceptados por una dotación de la Policía Local, cuyos Agentes procedieron al registro del vehículo y a la incautación del fardo, que contenía un total de 31.220 gramos de hachís, con un índice positivo de tetrahidrocannabinol del 15'4%, que hubiera podido alcanzar en el mercado ilícito un precio de 53.097 euros.

El vehículo fue devuelto a su titular quién lo cedió a los acusados, sin tener conocimiento de su propósito, y, sin implicarse en los hechos.

El procedimiento ha sufrido dilaciones excepcionales por motivos no imputables a los acusados, desde la fecha de remisión de la causa a este Juzgado (Diligencia de 8.03.18) y el auto y la diligencia del primer señalamiento (20.02.19) y desde esta fecha hasta la definitiva celebración del plenario (30.06.21) tras tres suspensiones determinadas por motivos ajenos a los dos imputados".

SEGUNDO.- El referido Juzgado dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debo CONDENAR y CONDENO A Eleuterio Y A Faustino como coautores responsables de UN DELITO ATENUADO CONTRA LA SALUD PUBLICA CON LA AGRAVANTE DE NOTORIA IMPORTANCIA Y LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS a las penas, cada uno de ellos, de PRISIÓN DE DOS AÑOS E INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL PERIODO DE LA CONDENA Y MULTA PROPORCIONAL DE 106.194 EUROS, con una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago o de insolvencia de 40 días de privación de libertad; y; a abonar las costas del proceso por mitad.

Se decreta el COMISO DEFINITIVO y destrucción de las droga incautada (muestras) debiendo librarse los oficios oportunos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes previniéndoles de que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de los diez días siguientes al de su notificación".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, dictándose sentencia por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cádiz con fecha 22 de abril de 2022 y cuya parte dispositiva es la siguiente: "Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso planteado por el Ministerio Fiscal y en consecuencia revocamos la Sentencia que en fecha 3 de diciembre de 2021, dictó el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 2 de Cádiz en la causa de Procedimiento Abreviado nº 130/2018 de dicho órgano judicial, exclusivamente en el sentido de condenar a Eleuterio y a Faustino como autores responsable de un delito contra la salud publica en la modalidad de cultivo de sustancia que no causa grave daño en el subtipo agravado de notoria importancia y con la atenuante genérica de dilaciones indebidas, a cada uno de ellos a las penas de tres años y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 53.097 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 20 días de privación de libertad en caso de impago; confirmando el resto de la mencionada resolución, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes. Esta resolución no es firme y contra ella solo cabe recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 de la de la Ley de Enjuiciamiento

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Eleuterio y D. Faustino, 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.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

ÚNICO.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 LECRIM, por la indebida aplicación del artículo 369.1.5 CP, eliminado la aplicación del subtipo de menor entidad regulado en el artículo 368.2 CP y aplicado por el Juzgado de lo Penal número 2 de Cádiz.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto solicitó su inadmisión, la Sala admitió a trámite el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 15 de enero de 2025.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, que resolvió estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la pronunciada por el Juzgado de lo Penal 2 de la misma ciudad en el particular en el que esta había apreciado la modalidad atenuada del artículo 368.2 CP, formalizan recurso de casación los condenados Eleuterio y Faustino.

1. Nos encontramos en la vía impugnativa que habilitó la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015, de 5 de octubre, al introducir en el artículo 847.1 b) la posibilidad de recurso de casación, entre otras, contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provinciales. Responde a un esquema que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, salvo cuando estos se enjuician a través de los procedimientos previstos para delitos menos graves o graves.

Se trata de un recurso limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la infracción de ley prevista en el número 1º del artículo 849 LECRIM, orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal buscando la generalización, cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional.

2. Esta Sala, en acuerdo de pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, cuya constitucionalidad quedó validada por ATC 40/2018, de 13 de abril, fijó los criterios delimitantes de lo que deba entenderse interés casacional, que concretó en los supuestos en que la sentencia recurrida se oponga abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo; aquellos en los que resuelva cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; en los que se apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Y desde ese prisma exploraremos el recurso planteado.

SEGUNDO.- Se plantea un único motivo de recurso que invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación del artículo 369.1.5º CP, eliminado la aplicación del subtipo de menor entidad regulado en el artículo 368.2 del Código Penal .

Cuestiona el recurso la decisión de la Audiencia Provincial que revocó la aplicación a los acusados de la modalidad atenuada del artículo 368.2 CP, que había sido aplicada por el Juzgado de lo Penal. Entiende que en el caso concurren presupuestos que acomodan la

Síguenos en...



aplicación de aquel a la doctrina fijada por esta Sala en la interpretación de tal precepto, e invoca como interés casacional la existencia de doctrina contradictoria de diferentes Audiencia Provinciales relativa a la aplicación del subtipo atenuado del artículo 368.2 del CP, en particular en relación a los distintos supuestos agravados del artículo 369.1 CP.

1. La doctrina de esta Sala (entre otras SSTS 33/2011, de 26 de enero; 482/2011, de 31 de mayo; 542/2011, de 14 de junio; 646/2011, de 16 de junio; 1359/2011, de 15 de diciembre; 193/2012, de 22 de marzo; 397/2012, de 25 de mayo; 506/2012, de 11 de junio; 869/2012, de 31 de octubre; 904/2012, de 27 de noviembre; 97/2013, de 14 de febrero; 270/2013, de 5 de abril; 46/2015, de 10 de febrero; 916/2016, de 2 de diciembre; 336/2017, de 11 de mayo; 1001/2021, de 16 de septiembre; o 619/2022, de 22 de junio) ha considerado que el párrafo 2 del artículo 368 CP incorpora un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado, en la medida en que se asocia legalmente a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva y otro de carácter subjetivo (... la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable) cuya concurrencia puede y debe ser valorada racionalmente. Una vez constatados estos presupuestos citados, la rebaja penológica es obligada.

En definitiva, el referido precepto incorporado por la LO 5/2010, en palabras de este mismo Tribunal, responde "...a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado" (STS 33/2011, de 26 de enero).

La reciente STS 1057/2024, de 20 de noviembre, condensaba tal doctrina en los siguientes términos "Sala se ha pronunciado extensamente sobre la interpretación que debe darse al artículo 368.2 del Código Penal que ahora contemplamos, doctrina que sintetizamos en nuestra STS 506/2012, de 11 de junio, reiterada en pronunciamientos más recientes, como son las SSTS 632/2020, de 23 de noviembre o 617/2021, de 8 de julio.

Recordamos en estas últimas resoluciones que "la atenuación atiende a dos parámetros que no necesariamente han de exigirse acumuladamente, basta una de las alternativas -o menor antijuridicidad o menor culpabilidad-, y no la concurrencia de ambas (SSTS 32/2011, de 25 de enero ; 51/2011, de 11 de febrero ; y 448/2011, de 19 de mayo , entre otras). Dice la sentencia primeramente citada que el juez o tribunal ha de atender a ambas variables -escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable-, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en uno y otro ámbito (el primero vinculado a la antijuridicidad -escasa entidad-; el segundo referido más bien a la culpabilidad - circunstancias personales-). La aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación. Sí queda legalmente excluida la atenuación cuando se da alguno de los supuestos de los artículos 369 bis o 370.

a) Se habla, primeramente, de la "escasa entidad del hecho". Ese es un requisito insoslayable. Así como respecto de las circunstancias personales del autor el Código se limita a decir que han de ser valoradas por el Juzgador, sin exigir que concurra alguna favorable; en relación al hecho declara que ha de ser de "escasa entidad". Son términos muy valorativos, pero necesariamente han de interpretarse. Si eso es un presupuesto de la aplicación del artículo 368. 2.º del Código Penal en casación ha de controlarse su concurrencia discriminando qué hechos son "de escasa entidad" y cuáles no son susceptibles de atraer ese calificativo.

b) No se alude a la cantidad de droga, sino a la entidad del hecho. No estamos ante la contrapartida del subtipo agravado de "notoria importancia" (art. 369.1. 5.ª) como parece sugerir el recurso al atender casi en exclusiva a la cantidad ocupada. Hay que evitar la tentación de crear una especie de escala de menos a más: cantidad por debajo de la dosis mínima psicoactiva (atipicidad); escasa cuantía (368. 2.º); supuestos ordinarios (tipo básico: art. 368. 1.º); notoria importancia (art. 369.1. 5.ª); y cantidad superlativa (art. 370). El art. 368.2.º se mueve en otra cadena no coincidente con esa especie de gradación. Así viene a demostrarlo la

posibilidad legal, introducida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, de aplicarlo a los casos del art. 369 y entre ellos, al menos por vía de principio, a supuestos en que la cantidad sea de notoria importancia. No se está hablando de "escasa cantidad", sino de "escasa entidad". Hay razones diferentes al peso reducido que pueden atraer la catalogación como "escasa entidad" (sin afán de sentar conclusión alguna, se puede pensar en labores secundarias; facilitación del consumo a través sencillamente de informaciones sobre lugares de venta; simple vigilancia realizada por alguien externo al negocio de comercialización; suministro de droga por unas mal entendidas motivaciones compasivas; actuación puntual y esporádica que no supone dedicación y ajena a móviles lucrativos...).

c) Siendo conveniente la aclaración anterior, también lo es que la cuantía es uno de los criterios -no el único - que la ley toma en consideración para medir la gravedad de los delitos de tráfico de drogas. Lo evidencia la gradación que se acaba de hacer supra al dictado de los subtipos agravados de los arts. 369 bis y 370. No es el único parámetro para evaluar la gravedad (se maneja también la naturaleza de la sustancia -mayor o menor afectación de la salud-, los medios utilizados, la intervención plural organizada o puramente individual, las condiciones del destinatario de la droga...). Pero indudablemente la cantidad es un punto de referencia claro para la ley. De ahí que uno de los principales datos que pueden llevar al intérprete a estimar en materia de delitos contra la salud pública que el hecho tiene "escasa entidad" será justamente la reducida cuantía de la droga manejada. Aquí aún existiendo datos que permiten presumir que existía una dedicación anterior lo estrictamente ocupado es de peso reducido.

d) Sin ánimo de enredarse con sutiles debates filológicos y sin pretender dotar a este argumento gramatical de más importancia de la que tiene, parece relevante el adjetivo elegido por el legislador: "escasa". La entidad -"importancia"- del hecho ha de ser "escasa". En otros subtipos atenuados se habla de "menor gravedad" (arts. 147 o 242 del Código Penal) o "menor entidad" (arts. 351 o 385 ter) lo que parece contener una exigencia menos intensa. El calificativo "escasa" evoca la nimiedad de la conducta. La locución "menor gravedad" o "menor entidad" introduce un factor de comparación con el tipo básico: los hechos han de tener no una gravedad ínfima por sí, sino una gravedad inferior a la ordinaria del tipo básico (vid. STS 329/2012, de 27 de abril). En el art. 368 se prescinde de ese índice comparativo y se sugiere más bien la valoración objetiva; en sí misma. Sin poder extremarse las consecuencias de esta observación, sí que se subraya de esa forma el carácter más excepcional de esta atenuación. El tipo ordinario, el previsto para los supuestos habituales, es el art. 368.1.º. Ahí se incorpora el reproche que el legislador considera adecuado para esas conductas. La comprobación de que el mínimo de esa pena resultaba en algunos casos desproporcionado condujo al legislador, a impulsos de un acuerdo no jurisdiccional de esta Sala como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, a introducir un nuevo párrafo para permitir en esos casos excepcionales atemperar su penalidad a su real gravedad. No es aventurado intuir que se pensaba especialmente en sustancias que causan grave daño a la salud donde el mínimo imponible de prisión era de tres años, aunque tanto la propuesta como su plasmación legal se extienden a las dos modalidades del art. 368.1.º. El tipo básico sigue ahí: es el llamado a acoger los supuestos ordinarios, la generalidad de los casos. El subtipo atenuado es lo extraordinario. Sería contrario a la voluntad de la ley invertir los términos de forma que el art. 368. 2.º se convierta en la figura ordinaria, y el art. 368. 1.º en la residual. Esa praxis nos situaría en pocos años en la misma situación anterior a la reforma de 2010: la equiparación penológica de supuestos muy dispares estimularía para la elaboración de un nuevo subtipo atenuado para no dar la misma respuesta a casos de muy distinto relieve.

e) El precepto obliga a atender también a las circunstancias personales del autor. Pero así como en cuanto a la entidad del hecho sí requiere que sea "escasa", en este segundo parámetro se abstiene de exigir que concurren circunstancias que aconsejen la atenuación. Sólo obliga a valorar esas circunstancias personales, referente en otros muchos lugares del Código donde se dan orientaciones para las laborales individualizadoras (destacadamente en el art. 66.1. 6.ª; pero no en exclusiva: arts. 68, 153.4). La ponderación obligada de esas circunstancias (edad, grado de formación intelectual y cultural, experiencias vitales, extracción social, madurez psicológica, entorno familiar y social, actividades laborales, comportamiento

posterior al delito...), simplificando las cosas, puede arrojar tres resultados. El primero, sería el descubrimiento de algunas circunstancias que militan a favor de la atenuación. En el extremo opuesto estaría la detección de factores subjetivos que la desaconsejan. Por fin es imaginable que ese examen no alumbré nada significativo; es decir, que ese parámetro sea neutro o indiferente. De acuerdo con la dicción legal no queda excluida radical y necesariamente la atenuación en los dos últimos supuestos; aunque en el segundo caso será exigible una intensidad cualificada del parámetro objetivo. Sí que es factible que pudiendo catalogarse el hecho como "de escasa entidad", concurren condiciones en el culpable que se erijan en obstáculo para la apreciación del subtipo. Como se dice en la STS 188/2012, de 16 de marzo, "siendo determinante el criterio objetivo basta que el subjetivo no lo obstaculice negativamente". Aquí, nada se alega, ni se aprecia en ese nivel.

La clave principal de la que debe arrancarse es la entidad del hecho: su nimiedad. Si la conducta no admite de ninguna forma esa catalogación el debate ha de darse por zanjado. Se cierra la posibilidad de aplicar el art. 368.2.º".

Y prosigue la misma "En nuestra STS 617/2021, de 8 de julio, subrayamos que desde el criterio interpretativo que se ha expuesto, la Sala de casación "se ha ido pronunciando sobre casos diferentes, de los que cabe deducir una línea jurisprudencial bastante nítida sobre en qué supuestos procede o no procede la apreciación del subtipo atenuado. Sin ánimo exhaustivo citaremos algunos pronunciamientos expresivos de nuestra posición: En las SSTS 242/2011, de 6 de abril; 448/2011, de 19 de mayo; 139/2012, de 2 de marzo, y 98/2021, de 4 de febrero, entre otras muchas, se ha aplicado la atenuación atendiendo exclusivamente a la escasa cantidad de droga intervenida cuando no concurren otras circunstancias que sean obstáculo para su apreciación de la atenuación; en la STS 646/2011, de 16 de junio, se apreció la atenuación por razón de la cantidad de droga intervenida, sin que le intervinieran dinero o instrumentos relacionados con el tráfico de drogas; en la STS 32/2011, de 25 de enero, se atendió a que se trataba de una venta al menudeo, ocupándose escasa cantidad y padeciendo el autor drogodependencia; en la STS 724/2014, de 13 de noviembre, no se aplicó porque el autor, además de la condena que justificó la apreciación de reincidencia, tenía otras condenas precedentes por delitos contra la salud pública; en la STS 94/2013, de 14 de febrero, no se apreció porque a pesar de que la cantidad era de escasa entidad y de que era drogodependiente, se acreditó que el acusado había hecho de la venta de esta clase de sustancia un modo de vida, teniendo dos condenas previas por ese mismo delito; en el ATS 235/2021, de 8 de abril, no se apreció dado que los acusados continuaron con la misma actividad delictiva después de haber sido detenidos e imputados por un delito contra la salud pública, por lo que no hubo una venta aislada sino varias y de sustancias estupefacientes distintas, cocaína y heroína, ambas gravemente perjudiciales para la salud; en la STS 164/2021, de 24 de febrero, se desestimó la atenuación porque la droga, de escasa cuantía, estaba distribuida en bolsitas individuales; en el ATS 882/2020, de 17 de febrero, se denegó la aplicación en caso de actividad realizada de forma conjunta y con distribución de roles; en el ATS 888/2020, de 10 de diciembre, no se aplicó porque constaba que el acusado llevaba dedicándose a esa actividad meses, las sustancias intervenidas eran distintas y se sirvió de la protección que otorgaba su domicilio".

Nos encontramos ante un catálogo no cerrado basado en circunstancias tan apegadas al hecho concreto, que no es posible extraer mayores generalizaciones.

2. En el caso que nos ocupa el Juzgado de lo penal entendió aplicable la modalidad atenuada del artículo 368.3 tomando en consideración que "pese a la notoria importancia de la droga incautada, considerando las circunstancias de la aprehensión (droga procedente de un allijo anterior, de más de diez días antes) la no implicación de los acusados en el hecho ilícito antecedente (se intervienen sus teléfonos móviles y la Guardia Civil informa del resultado negativo de las pesquisas realizadas), acogerse la petición fiscal se les condenaría como si hubieran estado implicados en la entrada o transporte ilícito de la droga, vulnerando, a mi criterio, el principio de proporcionalidad y un ponderado e individualizado juicio de culpabilidad, la ausencia de antecedentes penales y policiales desfavorables o de información alguna que

relacione a los autores con ambientes delincuenciales, su normalizadas circunstancias personales, familiares, laborales y sociales (según acredita la defensa mediante documental), y, el hecho acreditado de que los dos acusados solo se encontraron con la ocasión de aprovecharse del hallazgo ilícito, sin concebir o premeditar un más definido propósito delictivo; dada la inmediatez de la hora y lugar en los que son detenidos (en las inmediaciones de la playa y a la misma hora donde aparecen la misma tarde de autos los fardos, estando el incautado mojado), viéndose de este modo frustrado definitivamente por su flagrante detención, el menor riesgo que representó la conducta de los imputados para el bien jurídico protegido.

Aplicar de manera indiscriminada la agravante de notoria importancia y la pena agravada que comporta, sin considerar o ponderar las circunstancias relacionadas con anterioridad que avalan la aplicación de tipo atenuado, implicaría, a mi criterio, una aplicación estandarizada, desproporcionada e injusta de la norma penal, al margen de un juicio individualizado de culpabilidad, antijuridicidad y relevancia".

3. La sentencia recurrida, la dictada por la Audiencia Provincial, estimó el recurso del Fiscal contra la anterior, con apoyo en la jurisprudencia de esta Sala, citando con especial énfasis la STS 632/2020, de 23 de noviembre, una de las expresamente aludida en la síntesis que hemos expuesto. Y descarta la aplicación de la modalidad atenuada tomando en consideración que la sustancia incautada excede en más de diez veces de la que se establece como límite de la notoria importancia que sería unos 2.500 gramos. Al hilo de ello señala "no se acerca al límite que fija la jurisprudencia como de notoria importancia y como es obvio esa lejanía es determinante realizándose una ponderación de proporcionalidad respecto del bien jurídico atacado que no es otro que la salud pública. A lo anterior y sobre los datos objetivos debemos de añadir que los condenados en instancia podrían haberse abierto el fardo y solo coger alguna de las tabletas que normalmente contienen esos fardos, pero se optó por llevárselo íntegro. La cantidad sí que resulta relevante a los efectos de los hechos ahora discutidos".

Se adentra en las circunstancias personales que se resaltaban de los acusados, que considera neutras o incluso negativas. Y explica "No tener antecedentes penales es compartido con la inmensa mayoría de la población española y no por ello dejan de aplicarse si corresponde los subtipos agravados en delitos de lesiones por ejemplo y lo mismo ocurre con estudiar o comenzar a trabajar teniendo 18 años cuando sucedieron los hechos en el caso de Faustino o 30 en el de Eleuterio".

Y añade "Otra cuestión que debemos tener en cuenta es que ambos apelados residen en Chiclana de la Frontera. Cualquier joven que haya nacido o resida en las localidades costeras de la provincia de Cádiz sabe perfectamente el significado de la aparición de un fardo de arpillera en las playas, el contenido del mismo y lo que se debe hacer con él. Obviamente también las consecuencias que se asumen, no solo desde el punto de vista policial o judicial, sino del peligro que se corre respecto de los que son los verdaderos dueños de la droga extraviada, perdida o arrojada para procurar la huida. Coger esos fardos implica previo conocimiento y cierta asunción de responsabilidades, lo que debe de tener reflejo en el juicio de culpabilidad y si como manifestaron en instrucción desconocían su contenido, no se explica el motivo de llevarlo a su vehículo o la razón por la que no revisaron su contenido antes de recogerlo, y así llamar a la policía"

Prosigue "La definición de hallazgo ilícito, 'es demasiado benévola a la luz de como transcurren los hechos, en los que se representan a los apelados que se encuentran en una tarde de diciembre y cerca de la hora de anochecer un fardo en la playa como si estuvieran de paseo por el lugar o realizando deporte. No parece que fuera así. Tenían un vehículo aparcado en una de las calles cercanas a la playa de La Barrosa por la zona de Novo Santi Petri, que en esa época suele tener la mayoría de las instalaciones hoteleras cerradas. Parece más bien que fueron ex profeso a recoger el fardo de hachís previamente divisado o con conocimiento de que días antes había ocurrido un alijo frustrado. Y por otra parte la cercanía temporal de su detención con el hallazgo se debió a la colaboración ciudadana que aviso a la Policía y que acudió en pocos minutos, así como la escasez de personas que en esas fechas y hora por allí encuentran lo que fue decisivo para su interceptación. Parece que en realidad por el juzgador

de instancia se mezcla la simplicidad o poca sofisticación del hecho cometido con el de menor entidad, pero por mucho esfuerzo argumentativo que se haga no consideramos los hechos nimios.

Y para concluir debemos destacar sobre la posible desigualdad de trato respecto de las personas que verdaderamente realizaron las labores de organización y traslado del alijo, debemos de dejar constancia que esta Audiencia y los Juzgados de lo Penal de esta ciudad han castigado en situaciones similares a individuos que han tenido hallazgos similares, incluso al fenómeno que se produce en determinadas localidades de costa en el que individuos jóvenes se apostan cerca de una zona de alijo y aprovechando la habitual oscuridad y a bordo de quads o motocicletas aptas, arrebatan algún fardo a los que lo descargan y esas personas también estaban desconectadas de los verdaderos propietarios de la droga.

Finalmente y no menos importante es que se corre el peligro de introducir un excesivo subjetivismo a la hora de aplicar el art. 368 pfo 2°. Surgirían miles de circunstancias ponderables e individualizables, tantas como personas involucradas puedan existir. Y así surgirían preguntas como que es más reprochable, que estos hechos los cometa una persona que está estudiando o una que carece de estudios y no tiene empleo. O por quien tiene cargas familiares o carece de responsabilidades de ese tipo. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo citada arriba en este caso las circunstancias subjetivas que acompañan a los apelados no obtaculizan de forma significativa los datos objetivos".

4. Entiende el recurrente que el relato de hechos probados que nos vincula avala la aplicación del tipo atenuado por el que fueron condenados primariamente los recurrentes por la sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Cádiz. Que el mero hecho de que se incautara cantidad de notoria importancia, no impide entender que el grado de ilicitud de la conducta se halla dentro del concepto de la "escasa entidad del hecho", toda vez que los antecedentes previos y posteriores a la detención y a la ocupación de la droga, reflejan una escasa actividad ilícita. Que los hechos estuvieron exentos de premeditación, se encontraron con el cargamento, lo que excluye la intención previa de hacerse con la sustancia, sin que concurra indicio alguno acerca de una posible infraestructura para el tráfico, siendo la suya una actuación puntual y aislada. Sostiene que el Tribunal de apelación se extralimita al dudar que se tratara de un hallazgo casual, sobre premisas inexactas, como por ejemplo que los establecimientos hoteleros de la zona estuvieran cerrados, obviando que los hechos coincidieron con el conocido como Puente de la Constitución, en los primeros días del mes de diciembre, fecha en la que los establecimientos turísticos retoman su actividad.

Y añado que los acusados aun a la fecha de presentación del recurso carecían de antecedentes penales, y que las investigaciones desarrolladas no consiguieron establecer vinculación de los mismos con el alijo del que procedía el fardo que encontraron. Para a continuación hacer referencia a distinta documentación que a juicio del recurrente acredita el esfuerzo formativo de los condenados.

TERCERO.- No está de más recordar que la discrepancia que habilita el artículo 849.1 está orientada a cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia, a partir de la secuencia histórica que la Sala sentenciadora ha declarado probada.

Y a partir de la misma, en este caso, las conclusiones alcanzadas por la sentencia recurrida, la dictada por la Audiencia Provincial, se sustentan y encuentran perfecto acomodo en la doctrina que esta Sala ha acuñado en torno a la aplicabilidad de la modalidad atenuada contenida en el artículo 368.2. CP. Ni desde el plano puramente objetivo reflejado en el ámbito de la antijuridicidad en atención a los hechos, ni desde la óptica de la culpabilidad asociada a "las circunstancias personales del culpable", puede justificarse la aplicación de la modalidad delictiva que se reclama.

Cierto es que el hecho de que la cantidad aprehendida rebase el límite cuantitativo de la notoria importancia, no es en principio obstáculo para la aplicación que se pretende. Ahora bien, es una realidad que no deja de ser especialmente significativa por su potencialidad para

Síguenos en...



comprometer el bien jurídico protegido, la salud pública, sobre todo en cuanto supera con creces, en casi 29 Kg, el umbral de la modalidad agravada prevista en el artículo 369. 1. 5º CP.

Ante tal magnitud objetiva, la aplicación de la modalidad atenuada queda supeditada a una participación en los hechos de muy escasa entidad, o a unas circunstancias personales especialmente significativas. Estas últimas no se dan. No solo no tienen reflejo en el relato de hechos que nos vincula, es que ni siquiera podemos configurarlas rescatando afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, práctica que, aunque vetada si se trata de elementos llamados a operar en contra de los acusados, resulta admisible si el efecto es favorable.

La sentencia de instancia alude a "la ausencia de antecedentes penales y policiales desfavorables o de información alguna que relacione a los autores con ambientes delincuenciales, su normalizadas circunstancias personales, familiares, laborales y sociales (según acredita la defensa mediante documenta)". Que se trate de delinquentes primarios, con arraigo familiar y social podrá ser tomado en consideración a otros efectos, pero por sí solos son factores neutros, que si bien no operan en contra, tampoco neutralizan la gravedad objetiva de los hechos.

En lo que afecta a la participación de los acusados, aun admitiendo por estricto sometimiento al relato fáctico, que los recurrentes fueron ajenos a la operación que movilizó el alijo del que se desgajó el fardo del que se apropiaron, y que se trató de un mero hallazgo casual, se hicieron con la cuantiosa sustancia en el afán de proceder a su distribución entre terceros, lo que dista mucho de conformar una participación residual, aun cuando la pretendieran afrontar en solitario al margen de cualquier concierto con redes de tráfico.

Finalmente, la pronta detención tampoco neutraliza la gravedad de los hechos. Los acusados se desplazaron a la zona en el vehículo de un tercero ajeno al suceso enjuiciado, en el que cargaron la sustancia y con el que se pusieron en marcha. Si la disponibilidad de la sustancia, despreciando cualquier contacto previo con la operación que introdujo la misma, no se prolongó por más tiempo, fue por causa ajenas a su voluntad, al ser sorprendidos.

El recurso se desestima.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición de costas al recurrente (artículo 901 LECRIM)

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Eleuterio y D. Faustino, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1ª, de fecha 22 de abril de 2022.

Comuníquese a dicha Audiencia Provincial esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Manuel Marchena Gómez Ana María Ferrer García

Susana Polo García Leopoldo Puente Segura

Síguenos en...



El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

