

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065583

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 477/2021, de 2 de junio de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3291/2019

SUMARIO:**Antecedentes penales. Agravante de reincidencia. Irretroactividad de la norma penal. Irretroactividad desfavorable.**

Plazo de rehabilitación y supresión de antecedentes penales, ex art. 136 del Código Penal. Doctrina. Respecto al interés casacional del recurso, no existe doctrina legal específica sobre el tema planteado, pero sí Sentencias de donde resulta el principio que reclama el recurrente que establecen que las consecuencias del delito deben estar establecidas en el momento de la comisión delictiva, no solamente la pena y su cumplimiento, sino todos los aspectos que le resulten desfavorables. En la comisión delictiva se debe tomar en consideración todos los elementos que el ordenamiento jurídico penal despliega para que sirvan de marco jurídico a todas las consecuencias del delito, tanto la pena imponible, como su cumplimiento, como todos los demás efectos que radican en tal comisión delictiva, y que se proyectan para el futuro, y uno de esos elementos es, en efecto, la posibilidad de incrementar la pena como consecuencia de la inclinación del sujeto infractor a continuar desoyendo el sentido de la norma. Dicho en otras palabras: la reincidencia es por su propia naturaleza accidental acreditada por la propia etimología de «circum stare», lo que está alrededor, y que se pone de relieve como algo de naturaleza periférica con respecto a la infracción.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, conlleva la garantía de que el ciudadano no puede ser sancionado por delitos sobrevenidos, o por acciones que en el momento de actuar o no eran delitos o eran sancionadas de forma más leve, o -lo que es lo mismo- por elementos periféricos a la infracción cuyo estatuto jurídico se conviertan en más desfavorables. Por tanto, el ciudadano debe contar, de antemano, con el conocimiento de la perspectiva legal sobre los elementos penales de su conducta, de todo orden, no pudiendo ser incrementada la respuesta con posterioridad, y aplicada retroactivamente contra reo. Ante la constatación de un cambio legislativo, perjudicial o desfavorable para el reo, como ocurre en nuestro supuesto, el plazo para la rehabilitación debe contarse de acuerdo con la legislación penal vigente a la fecha de la inicial comisión delictiva. Cuando se comete el delito objeto de estos autos, ya había transcurrido el plazo de tres años que marca el precepto estudiado, hoy derogado, pero más favorable al reo, y que era el vigente en la fecha de la primera comisión delictiva.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 2.2, 22.8, 136 y 368.
Constitución Española, arts. 9.3 y 24.1.

PONENTE:

Don Julián Artemio Sánchez Melgar.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Fecha de sentencia: 02/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3291/2019

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 01/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 6ª AP Las Palmas

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

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3291/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar
D. Antonio del Moral García
Dª. Ana María Ferrer García
Dª. Susana Polo García
D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 2 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del acusado DON Florian, contra Sentencia de 23 de abril de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria que desestimó el recurso de apelación (Rollo de apelación núm. 127/19) formulado frente a la Sentencia 288/18, de 26 de octubre de 2018 del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria, dictada en el Procedimiento PA 156/18 dimanante del PA núm. 2828/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de San Bartolomé de Tirajana, seguido por delito contra la salud pública contra DON Florian y DON Jaime. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan han constituido Sala para ver y decir el presente recurso, bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, y como recurrente el acusado Don Florian, representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Concepción Calvo Meijide y defendido por el Letrado Don José Luis Benítez García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de lo Penal núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria en el Procedimiento PA 156/18 dimanante del PA núm. 2828/16 de Juzgado de Instrucción núm. 2 de San Bartolomé de Tirajana, seguido por delito contra la salud pública contra DON Florian y DON Jaime, dictó Sentencia núm. 288/2018, de 26 de octubre de 2018, cuyos HECHOS PROBADOS son los siguientes:

"UNICO.- Queda probado y así se declara que los acusados, Florian e Jaime, el día 12 de Octubre de 2.016 sobre la 1.45 horas iban en el vehículo matrícula-FSR, y tras ser parados por la Guardia Civil en un control preventivo, por ir a excesiva velocidad, los encausados se mostraron nerviosos, por lo que se procedió a su cacheo y registro del vehículo, encontrando que Florian portaba entre sus pertenencias 765 euros en billetes fraccionados, e Jaime portaba tres envoltorios de plástico conteniendo sustancia de color marrón oscura en forma de tabletas.

La sustancia una vez analizada y pesada resultó ser 119,42 gramos de hachís con un precio de mercado de 724,87 euros.

Dicha sustancia la poseían los acusados con ánimo de obtener un ilícito beneficio a través de su venta atentando así contra la salud individual y colectiva de terceros. Y el dinero era consecuencia de las ventas ilícitas de hachís.

El acusado Florian fue detenido el 12 de octubre de 2016 y fue puesto en libertad el 13 de octubre de 2016.

Florian tiene antecedentes penales computables a efectos de reincidencia según sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en la causa 6/2009 firme desde 01.09.2009 suspendida el 25.03.2010 y notificada dicha suspensión el 30.03.2010 condenado a 3 años de prisión por un delito del art. 368- 369 bis del Código Penal".

El Juzgado de lo Penal núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo condenar y condeno a Florian como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud, concurriendo la agravante de reincidencia del art 22.8 del CP, a la pena de 2 años de prisión, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de 1.449,74 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses de privación de libertad en caso de impago. Que debo condenar y condeno a Jaime como responsables criminalmente en concepto de autores de un delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 1 año y 2 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de 1.449,74 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses de privación de libertad en caso de impago.

Se imponen las costas por mitad a los penados.

Se acuerda el comiso y destrucción de la droga aprehendida o, en su caso, de las muestras conservadas tras su análisis, así como el comiso del dinero intervenido y su adjudicación al Estado mediante transferencia a favor del Tesoro Público.

Para el cumplimiento de las penas impuestas le será de abono a los penados el tiempo que hubiere estado privado de libertad u otros derechos por esta causa.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que no es firme y contra la misma podrá interponerse ante este mismo Juzgado, para su sustanciación ante la Ilma. Audiencia Provincial, RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de los diez días siguientes a su notificación.

Una vez firme inscribáse la presente Sentencia en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo".

Segundo.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el Rollo de apelación núm. 127/2019, con fecha 23 de abril de 2019 dictó Sentencia que respecto a los HECHOS PROBADOS dice lo siguiente:

"Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada y, entre ellos, la declaración de hechos probados, que se da aquí por reproducida".

El Fallo de mencionada resolución es el siguiente:

"Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Florian contra la sentencia del Juzgado de lo Penal número 5 de las Palmas de fecha 26 de octubre de 2018 a que se contrae el presente Rollo, que confirmamos en todos sus extremos, con imposición al apelante de las costas procesales de esta alzada, si las hubiera.

Contra la presente resolución, puede interponerse recurso de casación, solo por infracción de ley y solo por los motivos que establece el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habrá de prepararse en la forma prevista en los artículos 854 y 855 de la LECr., dentro de los cinco días siguientes a su última notificación, teniendo en cuenta los criterios adoptados por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016.

Firme que sea esta sentencia, notifíquese a las partes y devuélvanse las diligencias originales al Juzgado de procedencia, con certificación de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento, solicitando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos".

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal del acusado DON Florian, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Florian se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 22.8 del C.P., en relación con el artículo 368 del mismo Cuerpo legal.

Quinto.

Instruido el MINISTERIO FISCAL del recurso interpuesto informó que procede admitirse el citado recurso al existir interés casacional, por escrito de fecha 30 de septiembre de 2019; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de fecha 10 de mayo de 2021, se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 1 de junio de 2021; prolongándose los mismos hasta el día de fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias dictó Sentencia de fecha 23 de abril de 2019, por la que desestimaba el recurso de apelación interpuesto por Florian contra la Sentencia de 26 de octubre de 2018 del Juzgado de lo Penal nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, que condenó al acusado como autor de un delito contra la salud pública, con la agravante de reincidencia, a la pena de 2 años de prisión, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de 1.449,74 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses de privación de libertad en caso de impago. Frente a dicha resolución judicial se formaliza este recurso de casación por interés casacional.

Segundo.

En un único motivo de contenido casacional, formalizado por el cauce autorizado en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia la infracción de los arts. 22.8 del C.P. y 368 del mismo Cuerpo legal, entendiendo que el plazo de rehabilitación previsto en el art. 136 del Código Penal, ha de ser el correspondiente al momento de la comisión de la infracción, o el más favorable, en su caso, para el recurrente.

Tercero.

Desde la STS Pleno 210/2017, de 28 de marzo, hemos declarado, en cuanto a este nuevo formato impugnativo que estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Como se dice en tal resolución judicial, salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa -es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva- ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica. También en esta vía casacional se acaba poniendo punto final en la jurisdicción ordinaria a un asunto concreto con personas

singulares afectadas, dispensando en definitiva tutela judicial efectiva. Pero esta función es satisfecha primordialmente a través de la respuesta en la instancia y luego en una apelación con amplitud de cognición. Colmadas ya las exigencias de la tutela judicial efectiva con esa doble instancia, se abren las puertas de la casación, pero con una muy limitada capacidad revisora: enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica. El horizonte esencial de esta modalidad de casación es, por tanto, homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona pero en un segundo plano, como consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear.

Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica 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.

En realidad, existe también un supuesto que debe merecer la atención de esta Sala Casacional, y lo es cuando no exista jurisprudencia sobre un determinado asunto que ofrezca indudable interés interpretativo, de manera que tendrá interés casacional aquel problema jurídico que no haya merecido aún la respuesta de este Tribunal Supremo, y, por consiguiente, interese su solución no solamente a la comunidad científica, sino que, sobre todo, sirva para resolver conforme a la ley - interpretada por este Tribunal-, el caso de autos.

Es por ello que, en nuestro caso, ya se admitió este recurso, en aplicación de lo dispuesto en el artículos 847.1, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la interpretación que de los mismos hemos realizado, entre otras, en la citada STS 210/2017, de 28 de marzo, aplicando asimismo los criterios adoptados en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de fecha 9 de junio de 2016 (relativo a la unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación).

Cuarto.

En el apartado correspondiente de los hechos probados de la sentencia recurrida, consta lo siguiente:

" Florian tiene antecedentes penales computables a efectos de reincidencia según sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en la causa 6/2009 firme desde 01.09.2009 suspendida el 25.03.2010 y notificada dicha suspensión el 30.03.2010 condenado a 3 años de prisión por un delito del art. 368 - 369 bis del Código Penal ".

Es por ello que la reincidencia trae causa del hecho de haber sido condenado el acusado, en sentencia dictada en la causa 6/2009, firme desde 01.09.2009, suspendida el 25.03.2010 y notificada dicha suspensión el 30.03.2010, a la pena de 3 años de prisión por un delito del art. 368- 369 bis del Código Penal.

Los hechos ahora enjuiciados han sucedido el día 12 de octubre de 2016.

La Audiencia Provincial, al resolver el recurso, razonó del siguiente modo:

" Segundo: Se alega a continuación la aplicación indebida del artículo 22.8 del Código Penal, pues no se han aportado los documentos que justifican la aplicación de la agravante de reincidencia. Sin embargo, constan en autos los antecedentes penales del recurrente, donde se refleja que fue condenado por el mismo delito contra la salud pública a la pena de tres años, pena que le fue suspendida el 25 de marzo de 2010. Según el 136.2 del Código Penal: Los plazos a que se refiere el apartado anterior [en nuestro caso, d) cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años] se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión. Por lo tanto, si se otorgó la suspensión el 25 de marzo de 2010, la fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena de tres años de prisión sería el 26 de marzo de 2010, es decir, el día siguiente al otorgamiento de la suspensión, quedando cumplida el 26 de marzo de 2013, por lo que la pena quedaría cancelada a los cinco años, esto es, el 26 de marzo de 2018 y como el delito se cometió en el 2016, los antecedentes deben tenerse en cuenta para la aplicación de la agravante de reincidencia".

Quinto.

El recurrente alega dos tipos de argumentos: por un lado, que estuvo 11 meses preso preventivo y ello produce que el plazo de rehabilitación, que ha de contarse a partir de finalizar el plazo de cumplimiento, real o presunto, como en este caso (como consecuencia de la aplicación de los beneficios de la suspensión de la pena privativa de libertad), ha finalizado mucho antes de lo tomado en consideración por la Audiencia, y en consecuencia,

ya habría transcurrido el plazo de rehabilitación, y por otro lado, que al haberse modificado el art. 136 del Código Penal, debe computarse el anterior plazo de tres años, y no el de cinco, fruto de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el día 1 de julio de 2015, por lo que de igual modo, el plazo habría ya transcurrido.

El primer aspecto no puede ser estimado, pues el motivo se encauza por la derivada casacional del art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en los hechos probados no se relata tal prisión provisional, que ahora extemporáneamente alega el recurrente.

El segundo aspecto debe ser resuelto por esta Sala Casacional, al contar con interés casacional.

El Ministerio Fiscal ha apoyado el motivo, destacando que los argumentos del recurrente deben ser atendidos, "pues es evidente que con la decisión del Tribunal de Apelación se ha vulnerado lo dispuesto en el art. 136.2 vigente en la fecha de comisión de los hechos, pues los plazos de cancelación más extensos que se aplicaron se han establecido en la reforma del C.P. operada por ley 1/2015 de marzo y entrada en vigor el 1 de julio".

Sexto.

Para resolver la cuestión planteada debemos partir del principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables proclamado, no solamente en el art. 9.3 de nuestro Texto Fundamental (la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales), sino también analizado en diversas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional -sentencias de 8/1981, de 30 de marzo, 15/1981, de 7 de mayo y 131/1986, de 29 de octubre-, y asimismo regulado en el artículo 2.2 del nuevo Código Penal, conforme al cual "... tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviere cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo...".

En la comisión delictiva se deben tomar en consideración todos los elementos que el ordenamiento jurídico penal despliega para que sirvan de marco jurídico a todas las consecuencias del delito, tanto la pena imponible, como su cumplimiento, así como todos los demás efectos que radican o derivan de tal comisión delictiva, y que se proyectan para el futuro, y uno de esos elementos es, en efecto, la posibilidad de incrementar la pena como consecuencia de la inclinación del sujeto infractor a continuar infringiendo la norma. Dicho en otras palabras: la reincidencia es por su propia naturaleza accidental acreditada por la propia etimología del "circum stare", lo que está alrededor, como algo de naturaleza periférica con respecto a la infracción, pero de indudable impacto en sus consecuencias jurídicas.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, conlleva la garantía de que el ciudadano no puede ser sancionado por delitos sobrevenidos, o por acciones que en el momento de actuar o no eran delitos o eran sancionadas de forma más leve (STS 234/2019, de 8 de mayo), o - lo que es lo mismo- por elementos periféricos a la infracción en cuyo estatuto jurídico se conviertan, en virtud de una modificación legal, como más desfavorables.

Es decir, el ciudadano debe conocer, de antemano, la perspectiva legal sobre los elementos penales de su conducta, de todo orden, no pudiendo ser incrementada la respuesta con posterioridad, y aplicada retroactivamente contra reo.

Pronto el Tribunal Constitucional se refirió a esta cuestión en una de sus primeras sentencias, la STC 8/1981, de 30 de marzo, señalando que "el problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (en realidad, no sólo de ella, sino también de otras disposiciones sancionadoras, aunque sólo a aquélla y no a todas éstas van dirigidas las consideraciones presentes) viene regulado por nuestra Constitución en su art. 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las "disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales".

También atendió a la constitucionalidad de la reincidencia, o lo que es lo mismo, la contradicción de la reincidencia con la Constitución española quedó descartada en la STC 150/1991, de 4 de julio, que reafirma el principio de culpabilidad como principio estructural básico.

Ciertamente la determinación de la ley penal más favorable debe ser establecida mediante la valoración global de las normas del Código Penal para determinar en cada caso si la nueva regulación produce como consecuencia final un trato punitivo más gravoso, y para realizar esa ponderación debe tomarse en consideración cualquier presupuesto que vaya a ser tenido en cuenta y que contribuya a fundamentar la decisión del Tribunal.

Desde el punto de vista de la rehabilitación, que se disciplina en el art. 136 del Código Penal, el plazo fijado en tal precepto significa el momento a partir del cual, el delito previamente cometido, en la estructura correspondiente a la agravante de reincidencia, no debe ser considerado como factor de reincidencia a los efectos de agravar la pena, en tanto que tal plazo de tiempo supone el abandono por parte del Estado del derecho a incrementar la necesidad de pena como consecuencia de la mayor tendencia del reo a renovar su comisión delictiva en el ámbito de la delincuencia por el que ya fue condenado con anterioridad (que constituye una de las posiciones mantenidas al respecto).

En esta línea, un amplio sector doctrinal propone como fundamento de la reincidencia una mayor culpabilidad basada -como se ha dicho- en un más preciso conocimiento de la naturaleza antijurídica del hecho o en una más desfigurada capacidad de autocontrol basados en la condena o condenas anteriores y las consecuencias que acarrea la infracción penal. O con un juicio más exigente, el desvalor que se proyecta sobre la actitud de menosprecio u hostilidad a los bienes jurídicos protegidos en los tipos penales concernidos por su conducta anterior.

Ante la constatación de un cambio legislativo, perjudicial o desfavorable para el reo, como ocurre en nuestro supuesto, el plazo para la rehabilitación debe contarse de acuerdo con la legislación penal vigente a la fecha de la inicial comisión delictiva, pues es en ese momento donde el ordenamiento jurídico despliega todos sus efectos para el condenado, y le anuncia todas sus consecuencias, salvo que una modificación legal posterior determine una condición más favorable para el reo, en cuyo caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.2 del Código Penal, debe ser dicha normativa aplicada.

Esta doctrina se deduce de los siguientes antecedentes jurisprudenciales: STS 2108/2001, de 10 de noviembre, STS 1136/2000, de 27 de junio, STS 224/2000, de 17 de febrero, STS 392/1999, de 15 de marzo, STS 26/1999, de 18 de enero, STS 1210/1997, de 10 de octubre, 1235/1997, de 10 de octubre, 1084/1997, de 22 de julio.

Séptimo.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso sometido a nuestra revisión casacional, en atención al Código Penal aplicable en el momento de la inicial comisión delictiva, sancionada mediante sentencia dictada en el año 2009, la pena de 3 años de prisión impuesta al acusado tenía un plazo de cancelación (rehabilitación) de 3 años y no de 5 años, como declara la sentencia recurrida, vulnerando con ello el principio de irretroactividad de la ley penal menos favorable, esto es, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Partimos de que no tenemos más datos que la pena de tres años de prisión inicialmente impuesta en 2009 como consecuencia de un delito contra la salud pública.

Hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, el día 1 de julio de 2015, el art. 136, apartado 2, 2º requisito, del Código Penal, establecía el plazo de tres años de cancelación para las restantes penas menos graves (que excedieran de 12 meses y no fueran impuestas por delito imprudente), y cinco para las penas graves.

Es evidente que la pena impuesta de tres años de prisión, es una pena menos grave: antes de la LO 1/2015, de 30 de marzo, y ahora también, por ser pena de prisión de duración de entre tres meses y cinco años (art. 33.3.a) del Código Penal).

Por consiguiente, cuando se comete el delito objeto de estos autos, el día 12 de octubre de 2016, ya había transcurrido el plazo de tres años que marca el precepto estudiado, hoy derogado, pero más favorable al reo, y que era el vigente en la fecha de la primera comisión delictiva, con su propia fórmula de computar el plazo, que es el mismo, antes y ahora, pues el actual apartado 2 del art. 136, coincide con el apartado 3, derogado, en el sentido de que tales plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión. Por lo tanto, si se otorgó la suspensión el 25 de marzo de 2010, la fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena de tres años de prisión, sería el 26 de marzo de 2010, es decir, el día siguiente al otorgamiento de la suspensión, quedando cumplida ficticiamente el 26 de marzo de 2013, por lo que la pena quedará cancelada a los tres años, esto es, el 26 de marzo de 2016 y como el delito ahora enjuiciado se cometió el día 12 de octubre de 2016, los antecedentes penales no deben tenerse en cuenta para la aplicación de la agravante de reincidencia.

En consecuencia, el motivo tiene que ser estimado.

Octavo.

Se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado DON Florian contra Sentencia de 23 de abril de 2019 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

2º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas por su recurso en la presente instancia casacional.

3º.- CASAR Y ANULAR en la parte que le afecta la referida Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Susana Polo García Leopoldo Puente Segura

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 2 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del acusado DON Florian (cuyos datos personales constan en el procedimiento) contra Sentencia de 23 de abril de 2019 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria que desestimó el recurso de apelación (Rollo de apelación núm. 127/19) formulado frente a la Sentencia 288/18, de 26 de octubre de 2018 del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria. Resolución que fue recurrida en casación por la representación legal del Sr. Florian, y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo al estimarse el recurso formulado. Por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la misma Presidencia proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

Segundo.

Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, suprimiendo el último párrafo, que contendrá la siguiente mención: " Florian no tiene antecedentes penales computables a efectos de reincidencia".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, impondremos al acusado Florian, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, del segundo inciso del art. 368 del Código Penal, la propia pena que al coautor del mismo delito, Jaime, en tanto que en ambos no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, esto es, la pena de 1 año y 2 meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de 1.449,74 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses de privación de libertad en caso de impago. Dándose por reproducidos los demás extremos del fallo recurrido, en tanto que sean compatibles con lo dispuesto en esta resolución judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos condenar y condenamos al co-acusado Florian, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de un año y dos meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de 1.449,74 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses de privación de libertad en caso de impago. Dándose por reproducidos los demás extremos del fallo recurrido, en tanto que sean compatibles con lo dispuesto en esta resolución judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Susana Polo García Leopoldo Puente Segura

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.