



Roj: **STS 3807/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3807**

Id Cendoj: **28079120012017100725**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2017**

Nº de Recurso: **207/2017**

Nº de Resolución: **712/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 207/2017, interpuesto por D. Lorenzo representado por la procuradora D.^a María Abellan Albertos, bajo dirección letrada de D.^a M^a José Millares Lenza contra la sentencia de fecha 14 de junio de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava . Interviene el Ministerio Fiscal

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de L'Hospitalet de Llobregat, incoó Diligencias Previas núm. 2078/2015 contra **D. Lorenzo** por delito contra la salud pública; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Octava (Rollo de P.A. núm. 28/2016) dictó Sentencia en fecha 14 de junio de 2016 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«Se declara probado que Lorenzo , con NIE NUM001 , nacido en Camerún, mayor de edad y sin antecedentes penales en la presente causa, en situación de residencia ilegal en el territorio español, quien sobre las 22:15 h. del 17 de Abril de 2015, se encontraba en la Gran Vía de la localidad de l'Hospitalet de Llobregat, y vendió a un tercero una papalina de heroína con un peso neto de 0,38 gr. (TRESCIENTOS OCHENTA MILIGRAMOS) con una riqueza de heroína del 19%, a cambio de 30 euros, que ese tercero entregó a aquel, si bien, al ser observada dicha operación por una dotación policial, se procedió a intervenir, encontrándose en poder del comprador la sustancia referida y en poder del acusado la cantidad de 30 euros, procedentes del tráfico ilícito».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado Lorenzo como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del art. 368 del CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de **TRES AÑOS Y SEIS MESES** de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la multa de 90 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 10 días de privación de libertad en caso de impago por insolvencia.

Así como al pago de las costas procesales.

Se acuerda el decomiso de las sustancias intervenidas al acusado, así como del dinero ocupado a Lorenzo ».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Lorenzo , teniéndose 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 legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción del derecho constitucional contenido en el art. 24. 1 y 2 CE , con base en los artículos 852 de la LECR y 5.4 de la LOPJ . Vulneración a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al principio acusatorio.

Motivo Segundo.- Por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia, contenido en el art. 24. 2 CE , con base en los artículos 852 de la LECR y 5.4 de la LOPJ .

Motivo Tercero.- Por infracción del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías contenido en el art. 24. 2 CE , con base en los artículos 852 de la LECR y 5.4 de la LOPJ

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley, con base en el artículo 849.1 de la norma procesal, por infracción en aplicación del artículo 368 del Código Penal , en la aplicación del párrafo primero y no aplicación del artículo 368 en su párrafo segundo del Código Penal .

Motivo Quinto.- Por infracción de ley, con base en el artículo 849.2 de la norma procesal, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, designando conforme al art. 855 como documentos los folios 76 a 92.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción; el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión del recurso interpuesto solicitando subsidiariamente su desestimación de conformidad con las razones expuestas en su informe de fecha 25 de abril de 2017; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 25 de octubre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1. El recurrente condenado por la venta de una papelina de heroína con un peso neto de 0,38 gramos con una riqueza del 19%, por treinta euros, a tres años y seis meses de prisión, recurre en casación, donde niega la existencia de prueba suficiente de cargo en su contra a través de tres motivos:

i) En el primero, formulado por infracción del derecho constitucional contenido en el art. 24. 1 y 2 CE , con base en los artículos 852 de la LECR y 5.4 de la LOPJ . Vulneración a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al principio acusatorio.

Argumenta que el testigo y supuesto comprador de la sustancia que consta en los hechos probados de la sentencia no comparece en el procedimiento. Al inicio de las actuaciones por funcionarios policiales recogen sus datos de filiación en el atestado, (consta la supuesta declaración que hace el comprador, en sede policial); pero no es citado ni en fase de instrucción de las actuaciones a efectos de que preste declaración ante el Juzgado instructor, ni tampoco es citado al acto del juicio oral, por lo que no comparece al acto del juicio oral para poder ser sometido al principio de contradicción e intermediación por las partes; de modo que concluye que ante la falta de este tercero, no puede constar en los hechos probados algo que refieren otros testigos, cuando no comparece al acto del juicio oral el supuesto comprador de la sustancia.

ii) En el segundo, formulado por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia, contenido en el art. 24. 2 CE , con base en los artículos 852 de la LECR y 5.4 de la LOPJ .

Donde reitera que se establece un fallo condenatorio dando validez a una prueba que no existe en cuanto no ha prestado nunca declaración el supuesto comprador de la sustancia. Niega que sea una prueba ni realizada ni válida para que la misma puede contenerse en el relato de los hechos probados, pues falta correspondencia entre lo que se afirma como hecho probado y los elementos que fundamentan esa prueba, que concluye, no existe. Siendo por otra parte, añade, el testimonio de los agentes actuantes impreciso, dudoso, sin poder de convicción por la relación existente previa de uno de ellos con el recurrente.

iii) El quinto motivo, formulado por infracción de ley, con base en el artículo 849.2 LECr , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, designando conforme al art. 855 como documentos los folios 76 a 92, lo dedica a esa relación previa entre uno de los agentes.

Tales documentos, son la copia del atestado de las diligencias NUM002 de Hospitalet contra el recurrente, Lorenzo , donde interviene el agente policial TIP NUM003 , y la copia de la Sentencia del PA 113/14 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que se le absolvió; de donde infiere una enemistad y un interés de ese agente, también actuante en estas diligencias, en que el recurrente sea condenado.



2. En relación a este quinto motivo, hemos de negar el carácter de "documento" a estos efectos casacionales y en relación con la pretensión acreditativa que se pretende, la enemistad declarada entre un agente actuante y el acusado, del atestado y sentencia invocados.

3. Por documento acreditativo del error al que se refiere el art. 849.2º LECr ., concorde reiterada jurisprudencia, se entiende aquel que tenga un soporte material que ilustre o permita comprobar algo; que no precise de la adicción de otras pruebas para acreditar el hecho al que se refiere o para acreditar el error que se pretende, sin que quede contradicho, o limitado en sus efectos acreditativos, por otros elementos probatorios obrantes en la causa; en definitiva, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

En cuya consecuencia, carecen de naturaleza documental a estos efectos casacionales:

- Las diligencias policiales (por todas, cfr. STS 480/2003, 4 de abril).
- Las sentencias judiciales, sean o no del orden penal (STS 18 de febrero de 2009).
- Las pruebas personales, como las testificales, por mucho que estén documentadas (STS 11 de abril de 2011).

El hecho de que el agente NUM003 haya levantado diligencias previamente contra el acusado, por venta de una papelina de heroína, donde este resultó absuelto y en la sentencia recaída, se recoja la manifestación de un testigo que indica que el agente más alto le decía "te tengo unas ganas...", carece obviamente de la literosuficiencia exigida; una mera manifestación testifical, que ni siquiera ha sido declarada como probada y una actuación previa que concluyó con resolución absolutoria, no conllevan la necesidad inferencial de animadversión entre el agente y el recurrente; menos, que sea de naturaleza tal que le conduzca a formular denuncia falsa y convencer a los otros dos agentes actuantes para respaldar esa mendacidad.

Ello conduce a la desestimación del motivo, lo que no impide que tales diligencias y sentencia previa integren el acervo probatorio y se ponderen y valoren con el resto de la prueba practicada, como efectivamente hace la Audiencia, de la mención expresa, de la coincidencia en las actuaciones previas.

4. En relación al primer motivo, es cierto que las manifestaciones del "comprador" de la papelina, no propuesto como testigo, sobre que fuere el recurrente el vendedor de la droga que le fue aprehendida, no pueden integrar el acervo probatorio, ni cabe introducirlas en el proceso a través de la manifestación referencial de los agentes, cuando no se alega ni justifica motivo alguno para esa carencia propositiva.

Así la STS 264/2016, de 4 de abril , señala:

Las objeciones relativas al aspecto nuclear de la testifical, como de referencia, gozan de pleno fundamento. En efecto, pues quienes la prestaron en el juicio no fueron testigos de los hechos primarios (aquí actos de compraventa de droga), sino -en su caso- de algunos comportamientos declarativos, esto es, de la narración atribuida a otros: las personas que, en hipótesis, podrían haber intervenido en aquellos.

(...) En el caso a examen se da, además, otra circunstancia que hace problemática la atribución de valor probatorio de cargo a las declaraciones aludidas, y es que se trata de las que habrían sido prestadas a agentes policiales, en el marco del atestado, con el consiguiente déficit de garantías; y que no han perdido tal carácter por el hecho de haber sido llevadas por ellos al juicio, puesto que las manifestaciones que dicen recibidas, como tales, no salieron nunca de ese ámbito. De este modo, su estatuto procesal es el que les confiere la prescripción del art. 297 LECr , correctamente interpretada por el citado acuerdo del pleno de esta sala: "las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio". O lo que es igual: las puestas en boca de los señalados como compradores fueron y siguen siendo parte de un atestado, en todo lo que ellos mismos no hubieran trasladado personalmente al instructor y al tribunal de instancia. Por tanto, y como consecuencia, sobre su contenido -que es, de manera exclusiva, en lo que se basa la atribución de responsabilidad a la ahora recurrente- pesa un doble gravamen: la información relativa a los actos de venta es de referencia; y, además, las declaraciones de las que procede habrían sido prestadas, en su caso, solo ante la policía, es decir, en una fase preprocesal, ajena incluso a la instrucción.

Ciertamente es habitual experiencia, que los supuestos compradores, llegados el día del juicio, se desdican de las compras antes reconocidas; de ahí que la acusación pueda cuestionarse la conveniencia y eficacia de su proposición como testigos; pero el reverso, lo integra la consecuencia de que las iniciales manifestaciones afirmándose compradores, no tengan virtualidad probatoria alguna.

No obstante en autos, el prescindir de las manifestaciones que el afirmado comprador que no declaró en el proceso, hiciera en el momento de autos a los agentes, no conlleva por razón de este exclusivo particular, consecuencia efectiva alguna; pues los agentes también fueron testigos directos del suceso, de modo que



resta por valorar la suficiencia del contenido del episodio que presenciaron directamente, para concluir la existencia y suficiencia o no de la prueba de cargo, cuestión que examinamos a continuación.

5. El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito. Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciara, para que una conclusión inculpativa con este fundamento resulte atendible, según jurisprudencia asimismo muy conocida, es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente (STS 387/2017, de 29 de mayo).

En autos, pese a las restricciones y matizaciones resultantes de las anteriores consideraciones, el canon exigido jurisprudencialmente para destruir la presunción de inocencia, se ajusta a ese canon.

En efecto, íntegra prueba de cargo, el testimonio de los tres agentes, no sólo del TIP NUM003 , sino también del NUM004 y del NUM005 , que de manera concorde afirman en esencia, el intercambio entre el recurrente y una tercera persona, observado a muy pocos metros de distancia; allí en el bolsillo donde el recurrente guarda el dinero, encuentran los treinta euros; y a la otra persona tras pararla, le intervienen el envoltorio que les enseña, que analizado resultó ser heroína.

Sí además resulta que observaron con atención los detalles del intercambio porque dos de los agentes actuantes, conocían con antelación al acusado, como admite el acusado, no restan resquicios a dubitación alguna.

El motivo se desestima.

SEGUNDO. - 1. Los dos motivos restantes los dedica a postular para el caso de condena, la aplicación del tipo atenuado del párrafo segundo del art. 368 CP .

i) En el tercero, formulado por infracción del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías contenido en el art. 24. 2 CE , con base en los artículos 852 LECR y 5.4 LOPJ , donde afirma que el hecho declarado probado debe ser subsumido en el párrafo segundo del artículo 368, por la escasa trascendencia de la cantidad de droga y del dinero recibido; y precisa que no tiene antecedentes penales, y que el peso de la papalina de heroína es de 0,38 gr con una riqueza de heroína del 19%, lo que equivale a 0.07 gramos de heroína base.

ii) Y en el cuarto, formulado por infracción de ley, con base en el artículo 849.1 de la norma procesal, por infracción en aplicación del artículo 368 del Código Penal , en la aplicación del párrafo primero y no aplicación del artículo 368 en su párrafo segundo del Código Penal , donde reitera los mismos argumentos.

2. En la actualidad, esta Sala Segunda, ya cuenta con una copiosa jurisprudencia sobre las condiciones de aplicación de este tipo atenuado del art. 368.2 CP .

Así la STS 608/2017, de 11 de septiembre , la compila así:

Respecto a la eventual reclamación de que se aplique el subtipo atenuado del artículo 368.2 CP , que contempla la facultad de los tribunales de sancionar estas conductas con la pena inferior en grado en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, esta Sala tiene declarado que el precepto otorga al órgano decisorio, una facultad discrecional, de carácter reglado, pues su corrección se asocia a dos presupuestos: uno de naturaleza objetiva, cual es la escasa entidad del hecho, y el otro de carácter subjetivo, definido por las circunstancias personales del culpable; de manera que la corrección de su aplicación es susceptible de control casacional e impone que los presupuestos exigidos por el legislador deban constar expresamente en el relato histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución recurrida (STS 33/11, de 26 de enero ó 413/11, de 11 de mayo), reflejando así las circunstancias que justifican la minoración de la pena por hacerla más adecuada y proporcionada a las circunstancias delimitadoras de la culpabilidad (STS 231/11, de 5 de abril o 529/13, de 31 de mayo).

Se ha considerado también que para la aplicación de la atenuación penológica, se precisa la concurrencia o coexistencia de los dos parámetros (STS 607/11, de 17 de junio), si bien son reiteradas las sentencias que han expresado que las circunstancias personales del recurrente son un dato que tiene menor entidad y consistencia que el de la escasa gravedad del hecho, por lo que en los supuestos en los que nada se dice al respecto de las circunstancias personales, ello no impide la aplicación del tipo privilegiado porque también en ese caso la pena puede aparecer proporcionada al grado de culpabilidad del autor (STS 38/12, de 2 de febrero). En la ponderación de la influencia que deben tener las circunstancias personales en la evaluación del



grado de culpabilidad del sujeto, la jurisprudencia establece que, sin que se justifique la doble consideración de aquellas que dan lugar a la estimación de modificaciones genéricas de responsabilidad, como la reincidencia o la toxicomanía, sí pueden estas condiciones perfilar la culpabilidad en aquellos casos en los que no satisfagan las exigencias precisas de la circunstancia genérica, como ocurre en supuestos de delincuente primario o la condición de mero consumidor, amén de haberse de atender a otras circunstancias personales, cuales son la situación económica, el entorno social, la edad, el grado de formación intelectual y cultural, la madurez psicológica, el comportamiento posterior al hecho delictivo y cualquier otro que permita modular la respuesta que resulta proporcionada y prudente para su aplicación a la persona responsable (SSTS 242/11, de 6 de abril o 380/11, de 19 de mayo entre otras).

Respecto a la entidad del hecho, es un elemento vinculado a la menor gravedad del injusto típico, puesto en relación con la menor afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido, esto es, la salud pública colectiva (SSTS 1022/11, de 10 de octubre o 1433/11, de 30 de diciembre).

Otras veces, en aras de una mayor facilidad sistemática, hemos glosado, las siguientes notas para su adecuada interpretación (por todas, STS 591/2017, de 20 de julio):

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

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

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

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

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

6º) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

3. En autos, estamos ante una persona inmigrante, que cuenta con el correspondiente NIE (afirma su defensa que cuenta con diecisiete años de residencia en España, salvo un período que transcurrió en Francia), del que no constan antecedentes penales, si bien los agentes policiales afirman que le conocían como vendedor habitual de droga en la zona. Condición esta que no ha pasado a integrar los hechos probados y que ha de ser matizada desde una doble perspectiva; que los antecedentes policiales que obran en diligencias corresponden a fechas de 2001 o anteriores; con posterioridad solo obran las diligencias que concluyeron con la sentencia absolutoria de 13 de marzo de 2015 , de forma que su ponderación para relacionarlo con actividades de tráfico de drogas, conculcaría de modo flagrante, la plena observancia del derecho a la presunción de inocencia y sus consecuencias.

Recuérdese que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH no se limita a los procedimientos penales pendientes, sino que se extiende, proyectando determinados efectos sobre los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del acusado en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión en los que el demandante ostentaba la calidad de acusado [por todas, STEDH de 13 de julio de 2010 (asunto *Tendam c. España*), § 36,



y las allí citadas]. Doctrina invocada por nuestro Tribunal Constitucional en sus sentencias 8/2017, de 19 de enero y 10/2017, de 30 de enero .

Por otra parte, la entidad del hecho es de muy escasa relevancia, la venta de una sola papelina de heroína, con 0,072 gramos de heroína base, ciertamente alejada de la dosis mínima psicoactiva (0,00066 gramos), pero a su vez también distante, incluso de la dosis habitual media de consumo diario (0,600 gramos).

Desde estos presupuestos, resulta evidente, a los efectos que contemplamos, la escasa entidad del hecho, resulta dable recordar la jurisprudencia que explicita que siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

Supuestos donde inclusive, concurriendo la agravante de reincidencia, hemos estimado la atenuación; y así la STS 124/2017, de 27 de febrero :

Es patente que los hechos probados dan cuenta de un acto menor y aislado de venta, realizado por quien no tenía en su poder más dosis que la transmitida. De este modo, no hay duda, el hecho enjuiciado es de escasa entidad y, por tanto, en sí mismo considerado, tendría encaje en la previsión del art. 368,2º CP .

De otra parte, es igualmente claro que lo que a juicio de la sala de instancia habría impedido tomar en consideración esta opción es el dato de que sobre el ahora recurrente pesa la existencia de un antecedente penal, asimismo por tráfico de drogas, debido a que fue condenado en sentencia de 2 de abril de 2013 a la pena de un año y ocho meses de prisión; es decir, por una acción del género y la (escasa) relevancia de la que ha dado lugar a esta causa.

El tribunal sentenciador ha discurrido con pormenor sobre este punto, poniendo de manifiesto que, en efecto, hay sentencias en las que la concurrencia de esa circunstancia ha sido obstáculo para la aplicación del subtipo atenuado y otras en la que no ha sido así.

Pues bien -como se lee en la sentencia de esta sala de n.º 1359/2011, de 15 de diciembre - conviene recordar que esta Sala, en su sentencia 600/2011, de 9 de junio , argumentaba con remisión a la sentencia 103/2011, de 17 de febrero , que, desde el punto de vista de las circunstancias personales del acusado, la apreciación de la agravante de reincidencia no tiene por qué suponer, siempre y en todo caso, un obstáculo para la degradación de la pena, pues se oponen a ese criterio de exclusión dos ideas básicas. La primera, que el legislador ya se ha encargado de forma expresa de establecer los términos de la incompatibilidad, señalando que esa atenuación está expresamente excluida en los supuestos en que el culpable pertenezca a una organización, utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito o se trate de hechos que revistan extrema gravedad (cfr. arts. 369 bis y 370 CP). El legislador, pues, se ha reservado la facultad de fijar el ámbito de la restricción aplicativa, sin que resulte conveniente su ensanchamiento por vía jurisprudencial. La segunda, que la agravante de reincidencia no queda neutralizada por el hecho de la aplicación de la regla del art. 368,2º CP . Antes al contrario, en el marco punitivo que este autoriza, la pena habrá de ser impuesta en su mitad superior (art. 66,3ª CP). Una interpretación contraria conduciría indefectiblemente a una doble valoración negativa de la reincidencia, actuando como regla de exclusión de un tipo atenuado y agravando la pena por la imposición de ésta en su mitad superior.

Por consiguiente, la agravante de reincidencia no ha de constituir un obstáculo insalvable para que opere el subtipo atenuado en los casos en que, con arreglo a la entidad de la gravedad del hecho, sí corresponde apreciar la norma atenuadora. Distinto sería si se diera un grado de injusto que siendo liviano no se hallara tan próximo al límite de la atipicidad, poniéndose así en cuestión el concepto de la "escasa entidad". En tal hipótesis cabría operar con unas circunstancias personales peyorativas que obstaculizaran la aplicación del subtipo atenuado.

En este caso, no concurre reincidencia, no se acreditan episodios recientes de estar involucrado o relacionado con episodios de tráfico de drogas, exclusivamente sospechas policiales, en algún caso concreto desvirtuadas judicialmente; mientras que la escasa entidad del hecho enjuiciado es palmaria; de modo que procede por ende, la estimación del motivo y la consecuente aplicación del tipo atenuado.

FALLO



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

ESTIMAR parcialmente al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación procesal de **D. Lorenzo** contra la sentencia de fecha 14 de junio de 2016, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, CASANDO Y ANULANDO la misma, con declaración de oficio las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y la que a continuación se dicta e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 30 de octubre de 2017

Esta sala ha visto ha visto la causa seguida por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo P.A núm. 28/16, Diligencias Previas número 20178/2015 provenientes del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Hospitalet de Llobregat, que condenó por sentencia de fecha 14 de junio de 2016 a **D. Lorenzo** por delito contra la salud pública y que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con los razonamientos contenidos en el segundo fundamento jurídico de la sentencia casacional, debemos calificar los hechos como integrantes en la tipología atenuada del párrafo segundo del art. 368, que amerita rebajar la pena en un grado; sin que resulten circunstancias derivadas de la personalidad del delincuente ni de la entidad del hecho acreditadas que justifiquen sobrepasar punitivamente el umbral mínimo previsto.

FALLO

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

CONDENAR al acusado **Lorenzo** como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del párrafo segundo del art. 368 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de **UN AÑO Y SEIS MESES de prisión**, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **la multa de 15 euros** con responsabilidad personal subsidiaria de UN DÍA de privación de libertad en caso de impago por insolvencia.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia