

Roj: **STS 294/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:294**Id Cendoj: **28079120012013100050**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/01/2013**Nº de Recurso: **10917/2012**Nº de Resolución: **4/2013**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP CU 379/2012,**
STS 294/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil trece.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Cipriano**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección Primera, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. José Angel Donaire Gómez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Tarancón, incoó Procedimiento Abreviado con el número 97 de 2011, contra Cipriano y otro, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cuenca, cuya Sección Primera, con fecha 13 de julio de 2.012, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Primero.- Los acusados Jon, mayor de edad, de nacionalidad colombiana, con NIE nº NUM000, en situación administrativa regular en territorio español y sin antecedentes penales, y Cipriano, mayor de edad, de nacionalidad colombiana, con documento de identidad nº NUM001, en situación administrativa irregular en territorio español, condenado ejecutoriamente por sentencia firme de fecha 25 de mayo de 2005 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 2ª) por un delito contra la salud pública a la pena de 3 años y 6 meses de prisión, sobre las 00:19 horas del día 22 de junio de 2011 circulaban en el interior del vehículo Seat León, matrículaFFF, conducido por su propietario Sr. Jon y en el que viajaba como copiloto el Sr. Cipriano, cuando a la altura del km 80,200 fueron objeto de un control por parte de efectivos de la Guardia Civil, con los correspondientes dispositivos identificadores reflectantes y aparatos luminosos.

Ante el citado control, el acusado Cipriano, que ocupaba el asiento de copiloto, bajo la ventanilla y arrojó, antes de que el vehículo parase, una bolsa transparente que contenía en su interior dos bloques sólidos de color blanco que, una vez analizados, resultaron ser 225,89 gramos de cocaína, con un porcentaje de riqueza media expresada en cocaína base del 12,4%, que hubieran alcanzado en el mercado ilícito la cantidad de 3.756 euros, sustancia que era poseída por el acusado Cipriano con la finalidad de destinarla a su venta a terceras personas.

Segundo. - No ha resultado acreditado que el acusado Jon conociera que el coacusado Cipriano tuviera en su poder la referida sustancia, ni que la poseyera conjuntamente con el acusado reseñado para su posterior venta a terceras personas.



Tercero. - Jon fue detenido y se acordó su ingreso en prisión por auto de fecha 22 de junio de 2011, habiendo permanecido en dicha situación hasta el día 27 de enero de 2012 en que se acordó su libertad provisional, previa la prestación de fianza en metálico por importe de 4.000 euros, con obligación de comparencias "apud acta" todos los lunes de cada mes, con prohibición de salida del territorio nacional y retirada de pasaporte.

Cuarto. - Cipriano fue detenido y se acordó su ingreso en prisión provisional, comunicada y sin fianza por auto de fecha 22 de junio de 2011, permaneciendo en dicha situación en la actualidad.

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

FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Cipriano , mayor de edad, nacido el NUM002 de 1978 en Jardín-Antioquia (Colombia), con pasaporte nº NUM003 , en situación de prisión provisional por esta causa desde el 22 de junio de 2011, con antecedentes penales, como autor de un Delito contra la Salud Pública, previsto y penado en el párrafo primero del artículo 368 del Código Penal , en la modalidad de tenencia de drogas que causan grave daño a la salud (cocaína) preordenada al tráfico, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de CUATRO AÑOS Y OCHO MESES DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 8.000 EUROS , con responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad en caso de impago; y al pago de la mitad de las costas procesales.

Se acuerda la prórroga de la prisión provisional, comunicada y sin fianza del acusado Cipriano decretada por auto de fecha 22 de junio de 2011 hasta el límite máximo de la mitad de la pena privativa de libertad impuesta en la presente causa, esto es, hasta el 21 de octubre de 2013, debiendo serle de abono todo el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente por esta causa.

Se acuerda el comiso y la destrucción de la droga incautada en la presente causa y del sello negro.

Procede devolver al acusado Cipriano el resto de los efectos que le fueron intervenidos y que constan al folio 17 del atestado y folio 18 de la causa.

Debemos absolver y absolvemos libremente al acusado Jon , mayor de edad, nacido el NUM004 de 1972 en Belén de Umbría (Colombia), con N.I.E nº NUM000 , sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, del Delito contra la Salud Pública previsto en el artículo 368 del Código Penal del que era acusado, declarando de oficio la mitad de las costas procesales.

Se alzan, respecto del acusado Jon , la totalidad de las medidas cautelares, personales y reales, adoptadas en su contra en la presente causa.

Procédase a la devolución a Jon de los efectos que le fueron intervenidos y que constan al folio 16 de atestado y 17 de la causa, alzándose toda medida cautelar que se hubiese acordado respecto del vehículo Seat León, matrículaFFF .

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Cipriano que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim ., por aplicación indebida de la agravante de reincidencia del art. 22.8 CP . en relación con los arts. 136 y 33 ambos CP .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y Apoya el motivo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día ocho de enero de dos mil trece.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: -y único- se articula por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida de la agravante de reincidencia del art. 22.8 en relación con los arts. 136 y 33 CP .

Se sostiene en el motivo que el recurrente fue condenado en sentencia de fecha 9.5.2005 ; firme el 25.5.2005 , por hechos acaecidos el 18.10.2004, por un delito contra la salud pública a la pena de tres años y seis meses de prisión, datos que son insuficientes para la aplicación de la agravante de reincidencia, al no constar la fecha de extinción de la referida pena, el plazo correspondiente para la cancelación de dicho antecedente penal, previsto en el art. 136.2.2 -tres años para las restantes penas menos graves- debe aplicarse desde la



fecha de la firmeza de la sentencia, y tal plazo habría transcurrido cuando los hechos cuando los hechos objeto del presente procedimiento sucedieron, 22.6.2011. Por tanto, al estar el antecedente cancelado no debió apreciarse la agravante de reincidencia y utilizando el mismo criterio de proporcionalidad de la pena de la sentencia de instancia -en la que se condena al recurrente a dos meses más de la pena mínima imponible con la apreciación de una agravante- la pena a imponer sería de 3 años y 2 meses de prisión.

El motivo, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En efecto, como hemos recordado en SSTs. 1170/2011 de 10.11, 971/2010 de 12.12 el art. 22.8 CP. luego de definir la reincidencia, establece que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo, debiéndose aplicar la doctrina que esta Sala Segunda ha establecido para estos supuestos, que podemos compendiar, entre otras en SS. 11.11.98, 5.2.2000, 16.6.2000, 31.1.2001, 7.10.2003, 25.11.2004, 29.12.2005, 18.4.2006, 30.12.2006, 435/2009 de 27.4, 814/2009 de 22.7 y 406/2010 de 11.5. 1). Las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega, deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (SS.TS. 23.10.93, 23.11.93 y 7.3.94).

2) En los casos en que la acusación cuenta con una condena por una sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación (SSTs. 3.10.96 y 2.4.98).

3) En la sentencia de instancia deben constar todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1, puesta esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 LECrim. pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirecta al reo (STs. 26.5.98, 647/2008 de 23.9, 1175/2009 de 16.11), que recuerda que esta Sala, en algunas ocasiones, ha llamado la atención acerca de la imposibilidad de acudir a la causa para extraer de la misma datos que perjudican al acusado y que no hayan sido declarados expresamente probados.

4) Por lo tanto para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el factum: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas.- Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual- por cuanto la aplicación "contra reo" de cualquier precepto solo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE. (ss. 12.3.98 y 16.5.98).

5) Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición (SSTs. 11.7 y 19.9.95, 22.10, 22.11 y 16.12.96, 15 y 17.2.97), expresando la STC. 80/92 de 26.5, que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

6) Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (art. 136 CP.) deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia (SSTs. 22.9.93, 27.1.95, 9.5.96, 21.2.2000, 16.3.2000, 20.9.2001, 21.11.2002, 11.2.2003, 7.10.2003).

En el caso presente no se indica el día de extinción de la anterior condena impuesta -según el factum por un delito contra la salud pública- de tres años y seis meses prisión, solo la fecha de la firmeza de la sentencia, 25.5.2005, siendo patente que desde ésta última fecha, habría transcurrido el plazo de cancelación previsto en el art. 136.2.2 CP, tres años para los delitos menos graves, art. 33.3 a los castigados con pena de prisión de 3 meses a 5 años, LO. 15/2003 de 25.11, que entró en vigor el 1.10.2004- cuando los hechos objeto de la presente causa sucedieron 22.6.2011-, al ser doctrina jurisprudencial, por todas STs. 649/2001 de 16.4, que en orden a la aplicación de los plazos previstos en el párrafo 2º del art. 136.2, debe tenerse en cuenta la pena en concreto impuesta -tres años y 6 meses- y no la pena en abstracto para el delito objeto de la condena, con la consecuencia de no poder aplicarse la agravante de reincidencia con las importantes consecuencias que tiene tal decisión.

SEGUNDO: En orden a la nueva individualización penológica en el marco del art. 368, sustancias que causan grave daño a la salud -tres a seis años prisión-, necesariamente ha de tenerse en cuenta la cantidad de droga incautada, 225,84 gramos de cocaína con un porcentaje medio de pureza de 12,3% y su valor en el mercado ilícito de 3.756 E, aquella condena anterior por el mismo delito que aunque, por las razones



expresadas, no pueda dar lugar a la apreciación de la reincidencia, si puede valorarse como un factor más de individualización de la pena, y el reconocimiento que en el acto de la vista oral efectuó el recurrente, admitiendo la posesión de la sustancia y que la arrojó por la ventanilla del copiloto antes de pararse con motivo del control policial, se considera adecuada y proporcionada la de tres años y seis meses prisión y multa de 5.000 E. con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes, art. 53.2 CP .

TERCERO: Estimándose parcialmente el recurso las costas se declaran de oficio (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Cipriano** , contra sentencia de 13 de julio de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección Primera , que le condenó como autor de un delito contra la salud pública; y en su consecuencia **CASAMOS** y **ANULAMOS** mentada resolución con declaración de oficio costas.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Tarancon, y seguida ante la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección Primera, con el número 11 de 2012 , contra **Cipriano** , mayor de edad, nacido el NUM002 de 1978 en Jardín Antioquia (Colombia), con pasaporte nº NUM003 , en situación de prisión provisional por esta causa desde el 22 de junio de 2.011, con antecedentes penales; se ha dictado sentencia que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE** por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en nuestra sentencia precedente no es de apreciar la agravante de reincidencia, siendo procedente las penas de 3 años a 6 meses prisión y multa 5.000 E con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a **Cipriano** , como autor responsable de un delito contra la salud pública, sustancia que causa grave daño a la salud sin la concurrencia de circunstancias modificativas a las penas de 3 años y 6 meses prisión y multa de 5.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante la condena y pago mitad costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro**

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.