



Roj: **STS 2683/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2683**

Id Cendoj: **28079120012021100561**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2021**

Nº de Recurso: **3479/2019**

Nº de Resolución: **572/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 8244/2019,**
STS 2683/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 572/2021

Fecha de sentencia: 30/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3479/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/06/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 22

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: Jas

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3479/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 572/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Susana Polo García



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 30 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3479/2019 interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, y por Benito , representado por la procuradora D^a María del Pilar Rodríguez Buesa, bajo la dirección letrada de D. Martí Canavés Llitra; contra Sentencia de fecha 30 de abril de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 22^a, en el Rollo de Apelación 238/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 168/2017 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Granollers, por **delito** contra la salud pública.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ante el Juzgado de lo Penal nº 2 de Granollers, el 6 de julio de 2018, se dictó sentencia condenatoria a **Benito** , del **delito** y por los hechos por los que venía siendo acusado que contienen los siguientes **Hechos Probados**:

"Se declara probado que Benito , mayor de edad, con NIE número NUM000 , anteriormente circunstanciado, sobre las 21.50 horas del día 20 de octubre de 2016 fue sorprendido por agentes de la Policía Local de Llinars del Vallés conduciendo el vehículo marca FORD por la carretera C-251 pk. 15 de Llinars del Vallés, portando en su interior cinco bolsas de plástico con una sustancia vegetal verde aparentemente marihuana en su interior, separada del tallo y las raíces, lista para su consumo y con un peso bruto de ONCE KILOS Y OCHOCIENTOS GRAMOS (11,800 kg) con la intención de destinarla al consumo de terceras personas.

Una vez fueron debidamente analizadas las sustancias intervenidas se confirmó que la misma era en su integridad marihuana con un peso neto total tras su completo secado de DIEZ KILOS y NOVECIENTOS OCHENTA GRAMOS (10,980 kg) y una riqueza en tetrahidrocannabinol del 17.7% 1-0. 5%

Dichas sustancias hubieran alcanzado un valor de CATORCE MIL QUINIENTOS VEINTISÉIS EUROS (14.526€) en el mercado ilícito en su venta por kilos.

No ha quedado probado que la sustancia intervenida fuera comprada antes de la reseñada fecha por el acusado a un precio muy inferior al anteriormente reseñado en el mercado ilícito, porque dicha sustancia estuviera infectada por hongos.

En virtud de auto de fecha 21 de octubre de 2016 se acordó la prisión provisional del acusado y en fecha 19 de enero de 2017 se acordó su libertad provisional.

Ha quedado probado que por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses se analizó en fecha 16 de enero de 2017 un mechón de pelo axilar de 3,5 cm extraído al acusado el 12 de enero de 2017, ofreciendo un resultado positivo a cocaína, Benzoilecgonina, Tetrahidrocannabinol (THC) cannabinol (CBN) cannabidiol (CBD); sin que haya quedado probado que en fecha 20 de octubre de 2016 Benito , fuera consumidor de sustancias cuyo principio psicoactivo fuera es el THC ni otras drogas tóxicas, ni por ende, que fuera adicto a las mismas

En fecha 3 de julio de 2018 Benito realizó una donación de TRES MIL EUROS (3.000 €) mediante abono en efectivo en la cuenta bancaria que la Fundación Acción Bienestar y Desarrollo, financiada mayoritariamente por el Plan Nacional sobre Drogas, tiene en la entidad bancaria Caixabank."

SEGUNDO.- El Juzgado de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"DEBO CONDENAR Y CONDENO a **Benito** , anteriormente circunstanciado, como responsable penal en concepto de autor de un **delito** contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud subtipo agravado de notoria cantidad, previamente definido; sin la concurrencia de circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal a la pena de TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, accesoria legal inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa proporcional del tanto del valor de la droga objeto del **delito** (14.526 euros) con tres meses de privación de libertad en caso de impago de la referida multa, así como al pago de las costas causadas en esta instancia.

Se decreta el comiso de la droga tóxica intervenida y procédase a la destrucción de la misma en caso de no haberse efectuado con anterioridad o de sus muestras, una vez la presente sentencia alcance firmeza conforme a lo previsto en el art 127 y 374 del Código Penal en relación con el artículo 367 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



Deberá darse a los instrumentos de comisión delictiva el destino legal previsto en el art. 127 CP."

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia anteriormente citada, con fecha 30 de abril de 2019, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 22ª, dictó sentencia con el siguiente encabezamiento:

"Visto ante la Sección 22a de esta Ilma. Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por Benito representado por la Procuradora Sra. Roca y defendido por el Letrado, Sr. Martí Canavés; contra la Sentencia de fecha 06/07/18 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Granollers en el rollo de Sala nº 168/2017 por un presunto **delito** contra la salud pública en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, de notoria importancia.."

Con fecha 30 de abril de 2019, la Sala anteriormente citada dictó sentencia con el siguiente FALLO:

" **FALLAMOS, ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación** interpuesto por la representación procesal de Benito contra la Sentencia de fecha 06/07/18 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Granollers en el rollo de Sala nº 168/2017, apreciando la atenuante analógica de drogadicción y la atenuante de reparación del daño, ya definidas, con la pena de dos años de prisión, con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena de 8.000 euros de multa, con tres meses de responsabilidad personal subsidiaria del art. 53.2, en caso de impago. Se confirman el resto de pronunciamientos, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Se declaran las costas de oficio de la segunda instancia."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por el MINISTERIO FISCAL y por Benito 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.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

A) MINISTERIO FISCAL:

Motivo Único.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de la atenuante de reparación del daño, art. 21.5 CP y correlativa e indebida aplicación del art. 66.1.2 CP.

B) Benito :

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del art. 24 CED, así como por violación de los derechos fundamentales siguientes: art. 24.1 en cuanto la indefensión, el art. 24.2, en cuanto al derecho de defensa, y art. 24.2 en cuanto la presunción de inocencia en relación al principio tradicional de valoración de la prueba (in dubio pro reo, art. 24.1 y 24.2 en cuanto al derecho a un procedimiento con todas las garantías, y art. 24.1 en cuanto la tutela judicial efectiva, por la vía del art. 5.4 LOPJ.

Motivo Segundo.- Se desiste.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley. Al amparo del art. 847 en relación con 849.2 LECr., en relación al 741 y al 717 del mismo cuerpo legal al no haberse valorado la prueba de forma racional por un lado, y, por otro, al omitirse parte de la prueba practicada en juicio y en la instrucción que permitirían sostener el criterio contrario al descrito por la Sentencia. Y, todo ello en relación al art. 6.1 de Tratado de Derechos Humanos y al art. 24.1 y 2 CE en cuanto al proceso con todas las garantías, que no es que otro el correlato del art. 6.1 del citado Tratado Internacional, citando los documentos oportunos.

Motivo Cuarto.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 847 LECr., en relación con el art. 849.2 LECr., y a los efectos del art. 855 del mismo cuerpo legal, por inaplicación del art. 21.6 CP.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del recurso, impugnando los motivos del mismo, y subsidiariamente, la desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 27 de febrero de 2020; 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, por providencia de 31 de mayo de 2021, se acordó suspender el señalamiento acordado para el día 8 de junio, volviéndose a señalar nuevamente para el día 29 de junio de 2021, en que se celebró la votación y deliberación prevenida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Benito



PRIMERO.- 1. El recurso se interpone contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, por tres motivos, el primero " *al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 LOPJ , al entender que se han vulnerado los principios constitucionales recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española , así como por violación de los derechos fundamentales siguientes: artículo 24.1 en cuanto la indefensión, el artículo 24.2 en cuanto derecho de defensa, y artículo 24.2 en cuanto a la presunción de inocencia en relación al principio tradicional de valoración de la prueba (in dubio pro reo, artículo 24.1 y 24.2 en cuanto al derecho un procedimiento con todas las garantías y artículo 24.1 en cuanto la tutela judicial efectiva, por la vía del artículo 5.4 LOPJ* ".

Del segundo motivo se desiste por parte del recurrente, y en cuanto al Tercero se formula " *Por infracción de ley, de conformidad con el artículo 847 en relación con el 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación al 741 y al artículo 717 del mismo cuerpo legal al no haber valorado la prueba de forma racional por un lado y, por otro, al omitirse parte de la prueba practicada en el juicio y en la instrucción que permitirían sostener el criterio contrario al descrito por la sentencia*"

Por último, en el cuarto motivo, se denuncia " *infracción de ley de conformidad con el artículo 847 en relación con el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a los efectos del artículo 855 del mismo cuerpo legal por inaplicación del artículo 21.6 del Código Penal ."*

2. Conforme al art. 847 de la LECR procede recurso de casación, por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, estamos ante la nueva modalidad casacional surgida de la reforma procesal de 2015. Con ella el legislador quiso dotar al Tribunal Supremo de una herramienta para que la función nomofiláctica, esencial a la casación, alcanzase también a los **delitos** competencia de los Juzgados de lo Penal.

La sentencia que estrenó esta novedosa casación -210/2017, de 28 de marzo- definía sus singulares características y plasmaba jurisdiccionalmente sus contornos que, en una primera aproximación, se habían perfilado en el pleno no jurisdiccional de esta Sala segunda de 9 de junio de 2016, sobre unificación de criterios en relación al alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación, que pueden sintetizarse, conforme a la citada sentencia, de la siguiente forma:

1º.- Las sentencias de apelación de las Audiencias solo tienen casación por el nº 1 del art. 849.

2º.- En tal apartado sólo pueden invocarse preceptos penales sustantivos.

3º.- Los hechos probados son de obligado respeto.

4º.- El interés casacional deriva de: a) oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; b) existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales; c) precepto penal de menos de 5 años en vigor.

3. Debemos partir de la base, como hemos dicho, de que nos encontramos ante una sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial, contra la que, sólo cabe el recurso de casación por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece " *el recurso de casación contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sólo autoriza la impugnación del juicio de tipicidad o, lo que es lo mismo, la expresión de un error por parte del Tribunal a quo respecto de la calificación jurídica de los hechos. Ello conlleva que el discurso argumental que sostenga la parte recurrente habrá de ajustarse, siempre y en todo caso, al relato de hechos probados, tal y como haya sido proclamado en la sentencia objeto de recurso*". (SSTS 137/2018, de 22 marzo, 480/2018, de 18 octubre, o 544/2018, de 12 de noviembre, por todas).

En el presente caso, el recurrente pretende la articulación del presente recurso por infracción de los preceptos constitucionales que cita, o por la vía del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando, como hemos dicho entre otras en nuestra sentencia 399/2019, de 24 de julio, el artículo 847 1º letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

Además, los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Y, Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio.



Consecuencia de lo anterior es que deben ser inadmitidos los motivos del recurso de casación interpuesto por Benito, ya que no se basan en el art. 849.1 de la LECrim., sino en infracciones constitucionales y procesales, tampoco se invoca infracción de principio sustantivo alguno, lo que se pretende por el recurrente es la modificación del relato fáctico, y además, no existe interés casacional, por lo que el recurso debe ser desestimado, puesto que las causas de inadmisión, en este momento, se convierten en causas de desestimación. (cfr. arts. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 LECrim).

Los motivos se desestiman.

Recurso del Ministerio Fiscal

SEGUNDO.- 1. El único motivo del recurso se formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de la atenuante de reparación del daño, artículo 21.5 CP y correlativa e indebida aplicación del artículo 66.1.2 del CP.

El Fiscal en el desarrollo del motivo apunta que la sentencia recurrida estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, manteniendo la condena del **delito** de tráfico de drogas de las que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, pero considera, por una parte, que concurre la atenuante simple de drogadicción, -que no es objeto del recurso-, así como que la donación efectuada por el acusado de 3.000 € a la entidad Fundación Bienestar y Desarrollo que está implicada en el Plan Nacional sobre Drogas, configura la atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, y al concurrir dos atenuantes, por aplicación de lo establecido en el artículo 66.1.2 del código penal, rebaja la pena en un grado.

Se afirma, que el interés casacional resulta de que dicha doctrina se opone de manera abierta y frontal a la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo, ya que la atenuante de reparación del daño exige una concreta víctima del **delito**, que sea beneficiaria del acto reparador, circunstancia que no puede darse en los **delitos** de tráfico de drogas, así como, resulta contraria a la doctrina jurisprudencial emanada por otras secciones de la misma Audiencia Provincial de Barcelona, y de otras Audiencias Provinciales, en concreto cita las SSTs. 959/2011, de 22 septiembre, 837/2010, de 29 de septiembre, y AATS 38/2018, de 14 diciembre y 412/2015, de 26 marzo, entre otros.

Interesa la imposición de la pena de tres años y un día de prisión y multa de 14.526 € con tres meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

2. Hemos dicho, entre otras, en Sentencia 474/2019, de 14 de octubre, que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que, a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Consta en el relato fáctico de la sentencia de instancia que el acusado, "el día 20 de octubre de 2016 fue sorprendido por agentes de la Policía Local de Llinar del Vallés, conduciendo el vehículo marca (...) portando en su interior cinco bolsas de plástico con una sustancia vegetal verde aparentemente marihuana en su interior (...) con un peso bruto de ONCE KILOS Y OCHOCIENTOS GRAMOS (11800 Kg) con la intención de destinarla al consumo de terceras personas.

Una vez fueron debidamente analizadas las sustancias intervenidas se confirmó que la misma era en su integridad marihuana con un peso neto total tras su completo secado de DIEZ KILOS Y NOVECIENTOS OCHENTA GRAMOS (10.980 Kg.) y una riqueza en tetrahidrocannabinol del 17.7% 1- 0.5%.

Dichas sustancias hubieran alcanzado un valor de CATORCE MIL QUINIENTOS VEINTISÉIS EUROS (14.526 €) en el mercado ilícito en su venta por kilos... En fecha 3 de julio de 2018 Benito realizó una donación de tres mil euros (3000 €) mediante abono en efectivo en la cuenta bancaria que la Fundación Acción Bienestar y Desarrollo financiada mayoritariamente por el Plan Nacional sobre Drogas tiene en la entidad bancaria Caixabank".

El Tribunal a quo en el FD 3º razona que el motivo del recurso de apelación formulado por el acusado relativo a la no apreciación de la atenuante de reparación del daño debe ser estimado, pues considera la Sala que la cantidad aportada sí implica un significativo esfuerzo a fin de paliar los devastadores efectos que genera el



consumo de drogas en las personas, la donación efectuado por el acusado a la entidad Fundación Bienestar y Desarrollo que está implicada en el Plan Nacional sobre Drogas debe tener un reflejo en el juicio sobre la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que si bien la Sala comparte el argumento de que en este tipo de **delito** el bien jurídico objeto de ofensa es colectivo y susceptible de reparación, en cambio no comparte el razonamiento de la sentencia apelada del Juzgado Penal que en este caso la reparación ha sido meramente simbólica o no relevante en relación a la cantidad que el acusado hubiera podido obtener por la venta de la marihuana incautada, pues no puede efectuarse la comparación en base al dato de la posible ganancia económica con la sustancia, puesto que dicha ganancia nunca se ha podido obtener, al ser incautada la droga.

En consecuencia, ambas sentencias, a diferencia de lo razonado por el M. Fiscal, parten de la premisa de que es posible una reparación del daño en **delitos** como el analizado, si bien, la discrepancia entre ambas resoluciones tiene su origen en si la cantidad entregada implica o no un significativo esfuerzo para el acusado.

3. Recuerda la sentencia de esta Sala número 121/2017, de 23 de febrero, que la atenuante de reparación "Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante " ex post facto ", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del **delito**.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el **delito** o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante."

4. Como hemos analizado en el primer Fundamento de Derecho, en el supuesto analizado existe interés casacional, al existir posturas diferentes en las distintas Audiencias Provinciales, y lo acordado por el Tribunal de instancia es contrario a la doctrina de esta Sala.

Este Tribunal, en el reciente auto 38/2018, de 14 de diciembre de 2017, descarta la apreciación de la atenuante de reparación del daño por configurarse los **delitos** contra la salud pública como **delitos** de peligro abstracto, no existiendo una víctima directa del tráfico de estupefacientes, recordando en este sentido la jurisprudencia de la Sala y en concreto que en la sentencia nº 1328/2002, de 10 de julio, se indicaba que la doctrina jurisprudencial ha considerado inapreciable esta atenuante en los **delitos** de simple actividad como es el tráfico de drogas, ya que no puede decirse que se hayan reparado los efectos del **delito** cuando se trata de ilícitos penales de mero peligro sin necesidad de resultado o efectos especiales como elementos integrantes del tipo penal.

Pero es más, en un supuesto idéntico al analizado, en cuanto a la acción típica cometida, al tratarse de posesión de drogas para el tráfico sin facilitación de droga a persona concreta alguna, en la que el acusado realizó una donación de 20.000 € a la Entidad Fundación Bienestar y Desarrollo y que además se comprometía en instrumento público a donar al Estado un vehículo todo terreno, una motocicleta y una embarcación para su empleo en la lucha contra el narcotráfico consideró irrelevante dicha donación a los efectos de la apreciación de la atenuante de reparación del daño, ni siquiera por analogía.

En los citados términos dijimos en la sentencia 959/2011, de 22 de septiembre, entre otras, que para que proceda la atenuante de reparación - artículo 21.5 del Código Penal- es necesario que la misma vaya referida, como indica el precepto a la víctima: "Y por tal hemos de entender exclusivamente la víctima que lo es efectivamente y precisamente por razón de ese **delito** y no a las eventuales víctimas que lo hayan sido o puedan llegar a ser por razón de otros **delitos** que ataquen el mismo tipo de bien jurídico.

Ya decíamos en nuestra Sentencia nº 837/2010, de 29 de septiembre, que, pese al alcance colectivo del bien jurídico protegido, no tiene tal condición de víctima a estos efectos el Estado. Y en la nº 485/2003, de 5 de abril,



advertimos que esta atenuante exige que exista una concreta víctima del **delito** que sea beneficiaria del acto reparador, circunstancia que no puede darse de modo alguno en los **delitos** de tráfico de drogas en los que el sujeto pasivo de la acción no está concretado, por serlo la sociedad en general. Y reiteramos en la Sentencia nº 1578/2005, de 21 de diciembre, en la que también excluimos el carácter reparador de la prestación de fianza para garantizar el pago de responsabilidades pecuniarias. Lo que se ratifica en la Sentencia nº 673/2010, de 7 de julio, que se estableció que no es reparación cumplir la obligación a requerimiento Juzgado para afianzar multa.

Por ello las entregas al Estado de instrumentos para la lucha contra el narcotráfico o el afianzamiento dado para pago de multa o la donación a entes privados, que se dice contribuyen a paliar los efectos de **delitos** de tráfico de drogas, sin que conste que se trata de las víctimas que lo son por el **delito** enjuiciado no pueden tener el efecto postulado.

Menos aún, cuando, como en este caso, el acto penado es la mera posesión sin que la droga poseída haya sido facilitada a persona concreta alguna.

Ni siquiera por analogía. Valga al respecto recordar lo que ya decíamos en la Sentencia nº 837/2010, de 29 de septiembre: En general, en relación con el alcance de la analogía como atenuante, cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores, ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala que no puede alcanzar nunca al supuesto en el que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, sin que tampoco pueda exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante análogica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante su finalidad. La atenuante por analogía debe aplicarse a aquellos supuestos en los que en la conducta probada se aprecia una disminución del injusto o del reproche de culpabilidad del autor, no refiriéndose a la concurrencia de los presupuestos de las demás atenuantes previstas en el artículo 21 CP, pues ello daría lugar a la afirmación de la existencia de atenuantes incompletas (SSTS 544/2007 y 671/2007). Como se afirmaba ya en la STS 1006/03 la jurisprudencia más moderna entiende que la analogía requerida en el artículo 21.6 CP no es preciso que se refiera específicamente a alguna de las otras circunstancias descritas en el mismo (como se venía exigiendo tradicionalmente), sino que es suficiente para su apreciación que la misma se refiera a la idea básica que inspira el sistema de circunstancias atenuantes, es decir, la menor entidad del injusto, el menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal, como se pretende por la Audiencia (S.T.S. 524/08). En el presente caso, ni desde la perspectiva de la confesión ni de la reparación del daño, el reconocimiento de los hechos en el Plenario, omitiendo datos relevantes acerca de la participación de otros, ha reportado utilidad alguna para el descubrimiento e investigación de la causa, que ya se había agotado, y tampoco reparación o disminución de los efectos perjudiciales para la víctima del **delito**, que no existe, constituyendo ello sin más una circunstancia a considerar a la hora de individualizar la pena o llegado el momento de solicitar el acusado la gracia del indulto."

Por lo que respecta a la aplicación del artículo 21.5ª del Código Penal, dicho precepto requiere que el culpable haya procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, y en este tipo de **delitos**, como hemos apuntado, aunque exista un interés colectivo, el Estado no tiene condición de víctima, estamos ante ilícitos penales de mero peligro sin necesidad de resultado, y por tanto sin víctima concreta, por lo que resulta irrelevante dicha donación a los efectos de la apreciación de la atenuante de reparación del daño, en el supuesto, ni siquiera por analogía, todo ello sin perjuicio de tenerlo en cuenta a los efectos del art. 66 del CP, y que una conducta similar pueda ser considerada como análogica a otro tipo de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

En definitiva, consideramos que como argumenta el Fiscal, los hechos declarados probados, en los que consta la mera donación de 3000 € a la Entidad reseñada, no puede constituir base alguna para la aplicación de la atenuante del artículo 21.5ª (reparación del daño), tal y como ha realizado la sentencia recurrida.

TERCERO.- Procede imponer al recurrente Benito las costas causadas en esta instancia por su recurso, declarando de oficio las del Ministerio Fiscal (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido 1º) Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por el MINISTERIO FISCAL y NO HABER LUGAR el recurso interpuesto por la representación procesal de Benito, contra Sentencia de fecha 30 de abril de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 22ª, en el Rollo de



Apelación 238/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 168/2017 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Granollers.

2º) Imponer al recurrente Benito las costas devengadas a su instancia, declarando de oficios las devengadas por el recurso del Ministerio Fiscal.

Comuníquese la presente resolución 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 haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3479/2019

Ponente: Excm. Sra. D.ª Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.ª. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 30 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3479/2019 interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, y por Benito , representado por la procuradora Dª María del Pilar Rodríguez Buesa, bajo la dirección letrada de D. Martí Canavés Llitra; contra Sentencia de fecha 30 de abril de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 22ª, en el Rollo de Apelación 238/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 168/2017 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Granollers, por **delito** contra la salud pública, que ha sido casada por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos/mas. Sres/Sras. expresados al margen, hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: Se aceptan y se reproducen los Antecedentes de Hecho de la Sentencia de fecha de fecha 30 de abril de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 22ª en el Rollo de Apelación 238/2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia de casación, procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, y en base a ello, procede al no concurrir la atenuante de reparación del daño y sí la atenuante analógica de drogadicción, de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.1ª, la imposición al acusado de la pena mínima que por el tipo agravado de **delito** contra la salud pública (sustancias que no causan grave daño a la salud y notoria importancia) que prevén los artículos 368 y 369 del Código Penal, es decir la pena de tres años y un día de prisión y multa de 14.526 € con tres meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Debiéndose mantener el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.



FALLO

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

1º Condenar a **Benito**, como autor de un **delito** contra la salud pública, ya definido, con la concurrencia de la atenuante de toxicomanía, a las penas de tres años y un día de prisión y multa de 14.526 € con tres meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

2º Mantener el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Comuníquese la presente resolución 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 haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ