

Madrid a 3 de octubre de 2011.-

A LOS DEPARTAMENTOS DEL TURNO DE OFICIO
Y SERVICIOS DE ORIENTACIÓN JURIDICA PENITENCIARIA
COLEGIOS DE ABOGADOS

Estimados compañeros:

Desde la publicación en el BOE el 23 de junio de 2010, de la LO 5/2010, por la que se reformó el Código Penal, de conformidad a sus Disposiciones Transitorias, se ha venido aplicando el texto de dicha reforma, y por tanto las penas prevista en el mismo, a hechos ocurridos con anterioridad al 23 de diciembre de 2010 en que entró en vigor la referida reforma.

En unos casos, se ha aplicado la ley más favorable directamente al dictar sentencia una vez celebrado el juicio oral (Disposición Transitoria 1ª), en otros casos en vía de recurso que se había interpuesto contra la sentencia condenatoria y que se encontraba al momento de entrada en vigor de la reforma pendiente de resolución (Disposición Transitoria Tercera), y por último, en otros casos en los procesaos de revisión de sentencias firmes que no estaban totalmente ejecutadas (Disposición Transitoria 2ª).

En relación a los últimos supuestos referidos (Disposición Transitoria 2ª), la mayoría de las Audiencias Provinciales y el propio Tribunal Supremo, y específicamente en el supuesto del subtipo atenuado del párrafo segundo del art. 368 del Código Penal (*“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.”), venían entendiendo que no procedía la revisión ya que para ello el Juzgado o Tribunal revisor tendría que aplicar la disposición más favorable *“considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial”*, y en el supuesto que nos ocupa la reducción de la pena vendría aplicada por aplicación del mencionado subtipo atenuado vendría determinado por el arbitrio judicial y no por disposición expresa de la norma (SSTS 7/2011 de 3 de febrero, 43/2011 de 10 de febrero, 73/2011 de 3 de febrero, entre otras).

Sin embargo, a partir de la STS 354/2011 de 6 de mayo, refrendada por las SSTS 482/2011 de 31 de mayo, 716/2011 de 7 de julio, 774/2011 de 15 de julio y 764/2011 de 19 de julio, entre otras), el Alto Tribunal ha modificado su doctrina en el siguiente sentido:

1º.- Que la expresión “*que la pena impuesta en la Sentencia firme sea también “imponible” según la norma reformada, no debe determinarse en términos rigurosamente abstractos en el sentido de pena también posible dentro de las nuevas previsiones legales, sino en el sentido de que, siendo posible según las previsiones legales, sea además pena procedente a partir de ellas y de los elementos fácticos concurrentes en el relato histórico. Así el que la pena impuesta en la Sentencia firme se sitúe también dentro de los límites legales del tipo penal reformado no es impedimento de la revisión si al subsumir los hechos probados en la norma reformadas la pena procedente es más favorable que la pena impuesta”*”

2º.- Que “*la reforma introduce un subtipo atenuado en el párrafo segundo (del art. 368), que no obstante referirse a la reducción de grado como mera posibilidad no significa que el Juez pueda libérrimamente rebajar o no la pena, sino apreciar discrecionalmente, es decir mediante valoración razonable y razonada, la concurrencia de los factores condicionantes de la reducción, pero si los aprecia como concurrente la rebaja debe entenderse como obligada”* De forma que “*no acordar en tal caso rebajar la pena no sería arbitrio sino arbitrariedad”*”

Y 3º.- Que “*lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda con relación al arbitrio judicial no es impedimento absoluto para determinar la ley más favorable a los efectos de la posible aplicación retroactiva de la reforma de la LO 5/2010, con relación al punto segundo del art. 368 del Código Penal”*”

Por tanto, desde la Subcomisión de Derecho Penitenciario del Consejo General de la Abogacía Española, solicitamos a los Departamentos del Turno de Oficio de todos los Colegios, así como a los Servicios de Orientación Jurídica, que difundan esta modificación jurisprudencial del Tribunal Supremo, a fin de que los compañeros que forman parte de los mismos, pueden instar las revisiones de sentencia de supuestos similares, así como que planteen a las Audiencias y Juzgados sentenciadores la revisión de los Autos de Revisión de Sentencia que desde la publicación de la LO 5/2011, de 23 de junio, se habían dictado denegándolas en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ahora modificada.

Es más, entendemos que la expresión “*que la pena impuesta en la Sentencia firme sea también “imponible” según la norma reformada, no debe determinarse en términos rigurosamente abstractos en el sentido de pena también posible dentro de las nuevas previsiones legales, sino en el sentido de que, siendo posible según las previsiones legales, sea además pena procedente a partir de ellas y de los elementos fácticos concurrentes en el relato histórico. Así el que la pena impuesta en la Sentencia firme se sitúe también dentro de los límites legales del tipo penal reformado no es impedimento de la revisión si al subsumir los hechos probados en la norma reformadas la pena procedente es más favorable que la pena impuesta”*”, permite la revisión de otros supuestos diferentes al contemplado en el párrafo segundo del art. 368 de la

Código Penal en los que la pena pudiera verse reducida en función de la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad que fueron tenidas en cuenta a la hora de dictarse la sentencia condenatoria, e incluso de circunstancias, tanto personales del autor, como del hecho, siempre que las mismas se hubieren recogido de forma expresa en el relato fáctico de la sentencia, en virtud de la exigencia de individualización de la pena que se recoge en el art. 66 del Código Penal.

Sin otro particular, atte,