

REVISIÓN DE SENTENCIA. RETROACTIVIDAD DE NORMAS PENALES

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal (Fiscalía General del Estado)

Extracto:

LA nueva redacción de determinados preceptos del Código Penal como consecuencia de la Ley 5/2010, de 22 de junio, ha abierto la posibilidad a la revisión de determinadas sentencias firmes en aplicación del principio de retroactividad de las normas penales más favorables al reo, debiéndose estar a las disposiciones transitorias que establece la citada ley orgánica.

Palabras clave: revisión de sentencias, retroactividad de normas penales.

Abstract:

THE reform of certain articles of the Penal Code as a result of Law 5/2010 of June 22, opened the possibility for the review of certain final judgments in applying the principle of retroactivity of criminal law most beneficial for de convict, having into account the transitional provisions prescribed by law.

Keywords: appeal for revision of judgments, retroactivity of criminal laws.

ENUNCIADO

Antonio fue condenado mediante Sentencia de 25 de octubre de 2010, dictada por la Audiencia Provincial, a la pena de 6 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 50.345 euros que no llevaba aparejada la responsabilidad personal subsidiaria ni el pago de las costas procesales. Se condena a Antonio como autor de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas: cocaína). Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010), el artículo 368.2 posibilita una rebaja en las penas de las conductas descritas en su número primero. La representación de Antonio presenta un escrito ante la Audiencia Provincial instando la revisión de la sentencia, y solicitando una imposición de 2 años de prisión, alegando la escasa trascendencia de los hechos y la condición de toxicómano de Antonio.

CUESTIONES PLANTEADAS:

¿Es correcta la solicitud de Antonio?

SOLUCIÓN

El artículo 368 del Código Penal, en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, castiga la conducta tipificada en el mismo, con la pena de prisión de 3 a 9 años y multa del tanto al triplo del valor de la droga si se tratare de sustancias o productos que causaren grave daño a la salud, y con la pena de prisión de 1 a 3 años de prisión y multa del tanto al duplo en los demás casos. La entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 5/2010 ha supuesto una modificación de dicho precepto, ya que por una parte la penalidad en el caso de sustancias que causan grave daño a la salud lleva aparejada una pena de 3 a 6 años de prisión; a la par de que se añade un párrafo segundo que establece que:

«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.»

El artículo 2.º 2 del Código Penal alumbra el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, al establecer que:

«No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena.»

Por lo tanto, si la norma incorporada al Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010 supone una disminución en el rigor punitivo de determinadas conductas delictivas no hay duda de su aplicación, ello lo avala igualmente la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 5/2010 cuando afirma que:

«Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubiesen sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.»

Sin embargo, la taxatividad de los preceptos legales transcritos hasta el momento hay que conjugarla con lo establecido en el apartado segundo de la citada disposición transitoria primera al señalar que «para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta ley», y con lo señalado por la disposición transitoria segunda en su ordinal primero párrafo segundo, «dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código».

En atención a lo expuesto hasta el momento, es indudable la posibilidad de aplicar la ley penal más favorable al reo, y partiendo del dato incontrovertido de que el artículo 368 del Código Penal en su redacción anterior a la reforma castigaba el tráfico de drogas que causan grave daño a la salud –como es la cocaína– con un arco punitivo que abarcaba desde los 3 a los 9 años de prisión, y la nueva redacción lo delimita entre los 3 y los 6 años; la nueva redacción dada al artículo 368 supone una disminución de las penas y, por ello, Antonio podría beneficiarse de la misma. Sin embargo, la pena que en su día le impuso la Audiencia Provincial fueron 6 años de prisión (más la multa y las accesorias), pena que con arreglo a la nueva redacción también sería aplicable, por lo que de acuerdo con lo preceptuado en el último inciso del punto primero de la disposición transitoria segunda, «en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código», no se considerará más beneficiosa en este sentido la nueva redacción dada al precepto. Este es el criterio que mantiene la Circular 3/2010 de la Fiscalía General del Estado cuando afirma que:

«Es decir, con independencia de que se hayan modificado los límites máximo y mínimo de la pena establecida en el tipo penal tras la reforma que analizamos y aun cuando, en consecuencia, la nueva pena resulte en abstracto más beneficiosa, si la pena privativa de libertad antes de la modificación legislativa es también imponible de acuerdo con la nueva legislación, no habrá lugar a la revisión de la sentencia.»

El problema puede surgir a la hora de aplicar el nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal que otorga a los tribunales la potestad de imponer la pena inferior en grado en atención a dos motivos: la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable. En el relato de hechos se nos dice que los motivos en los que la representación de Antonio fundamenta la revisión de la sentencia son tanto la escasa entidad de los hechos como su condición de toxicómano. La disposición transitoria segunda en su punto primero es diáfana al vedar la revisión de las sentencias cuando la aplicación de la disposición más favorable se haga depender del arbitrio judicial; en palabras de la Circular 1/2004 de la Fiscalía General del Estado «no podrán estas disposiciones motivar el inicio del proceso de revisión de sentencias ya firmes, pues su aplicación entraría dentro de las facultades discrecionales del órgano de enjuiciamiento, exigiría en algunos casos ir más allá de los hechos probados en la sentencia y además dichas circunstancias pudieron ser ponderadas en el enjuiciamiento conforme a la anterior legalidad penal a través de vías genéricas como la atenuante analógica». Por tanto, si entendemos que tanto la escasa entidad de la droga objeto de tráfico (no se nos especifica en el relato fáctico) como la condición de toxicómano de Antonio son circunstancias cuya apreciación dependen del arbitrio judicial, la revisión no podría llevarse a cabo.

En cuanto a la «escasa trascendencia» de los hechos y a la condición de toxicómano de Antonio, no hay duda de que ya la Audiencia Provincial a la hora de individualizar la pena debió de tener ese dato en consideración, en consonancia con lo establecido en el artículo 66.6 del Código Penal que establece «cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y la menor o menor gravedad del hecho», no olvidemos que dentro del margen de 3 a 9 años impuso la pena en su nivel medio (6 años). A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1997, y respecto a la supuesta condición de toxicómano de Antonio concluye:

«Este planteamiento no es cuestionado por el hecho de que el acusado fuese toxicómano, pues esta circunstancia no aparece determinada en la sentencia. Por tanto, un hecho que no aparece probado no puede ser sometido a revisión, en la medida en que esta operación se reduce a la comprobación de si la subsunción del hecho de acuerdo con la nueva ley produce unas consecuencias más favorables que la subsunción que tuvo lugar de acuerdo con la ley antes vigente.»

En conclusión, en tanto en cuanto las dos circunstancias alegadas vienen referidas a percepciones que el órgano a quo tuvo que valorar a la hora de dictar sentencia, los tribunales no pueden volver a apreciar dichas circunstancias que determinarían la reducción de la pena en un grado.

Sin embargo, la nueva redacción que contiene el artículo 368 del Código Penal en cuanto a la rebaja de las penas a imponer en el caso de tratarse de sustancias que causan grave daño a la salud (pena de 3 a 6 años frente a la pena de 3 a 9 años del precepto modificado) debería suponer por aplicación del principio de proporcionalidad de las penas (arts. 1.º y 9.º 3 de la Constitución) una reducción en la cuantía impuesta a Antonio. Esto es, si con el anterior marco normativo (pena de 3 a 9 años) se le impuso una pena de 6 años de prisión –justo la mitad–, y la nueva redacción abarca una pena de 3 a 6 años, el dejar la pena en 6 años (el límite máximo en la nueva redacción) supondría una falta de ponderación en la pena a imponer. Esta es la tesis que defiende la Sentencia del Tribunal Supremo 442/2011, de 9 de mayo. Ello supone que la pena de 6 años impuesta debería de ser reducida con arreglo a dichos criterios de proporcionalidad, que en ningún caso llegaría a ser los 2 años solicitados por la representación de Antonio al no poder aplicarse el último párrafo del artículo 368 del Código Penal y, por tanto, sería más congruente una pena que podría situarse en la mitad de la cuantía que se establece *ex novo*.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, arts. 1.º y 9.º 3.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 2.º 2, 66.6 y 368.
- SSTS 398/1997, de 24 de marzo y 442/2011, de 9 de mayo.
- Circulares 1/2004 y 3/2010, de la Fiscalía General del Estado.