

JUECES *para la* DEMOCRACIA

POSIBLES CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA JURISPRUDENCIA REITERADA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE CONSIDERA QUE EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTÍCULO 368 DEL CODIGO PENAL ES UN SUBTIPO ATENUADO PROPIAMENTE DICHO.

Creo que podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que en la actualidad existe unanimidad en la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando considera que el segundo párrafo del art. 368 del Código Penal establece un subtipo atenuado propiamente dicho.

En este sentido, la reciente STS nº 873/2012 vuelve a analizar dicha cuestión en los siguientes términos: *La doctrina establecida por esta Sala, entre otras, en sus sentencias 33/2011, de 26 de enero , 482/2011 de 31 de Mayo , 542/2011 de 14 de Junio , 646/2011, de 16 de junio , 1359/2011, de 15 de diciembre , 193/2012, de 22 de marzo , 397/2012, de 25 de mayo , 506/2012, de 11 de junio y 869/2012, de 31 de octubre , respecto del nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, lo califica como un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación **tiene carácter reglado** (el subrayado es mío), en la medida en que se asocia legalmente a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo ("... la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable") cuya concurrencia puede y debe ser valorada racionalmente en la sentencia, y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.*

La jurisprudencia de esta Sala (STS 646/2011, de 16 de junio, entre otras), añade que la necesidad de que se valoren los dos elementos de los que depende la aplicación del subtipo (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable) debe conjugarse con la exigencia de que se pondere la distinta intensidad y cualificación de cada uno.

*Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no puede estar condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, en tanto éstas han de operar en el marco de la culpabilidad por la gravedad del hecho cometido, **bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable** (el subrayado es de la propia sentencia)".*

La aplicación de dicha doctrina jurisprudencial tiene algunas consecuencias especialmente relevantes que no han trascendido a la práctica judicial, toda vez que, cuando el Tribunal Supremo dice que la aplicación del subtipo atenuado tiene carácter reglado, no solo se está refiriendo al órgano judicial encargado del enjuiciamiento de la causa, sino también al Juez Instructor.

La primera consecuencia que se deriva de dicha doctrina jurisprudencial afecta a la determinación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento del delito.

Dado que la pena prevista para dicho subtipo atenuado, en el caso de sustancias que causen grave daño a la salud de las personas, es la pena de prisión de un año y seis

meses a tres años menos un día de prisión, cuando el Juez de Instrucción considere que se dan todos los requisitos para su aplicación (escasa entidad del hecho sin que conste ninguna circunstancia personal desfavorable para el imputado), de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estará obligado a dictar auto de apertura del juicio oral declarando la competencia del Juzgado de lo Penal para proceder al enjuiciamiento de la causa.

En segundo lugar, las causas seguidas por hechos susceptibles de ser calificados como un delito contra la salud pública del segundo párrafo del art. 368 del Código Penal, aun en el caso de que se trate de sustancias que causan grave daño a la salud de las personas, podrán tramitarse por el procedimiento de Diligencias Urgentes regulado en los arts. 795 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este sentido, parece claro que muchos de los casos para los que se ha previsto la aplicación de dicho precepto (pases de papelinas esporádicos, etc.), entran de lleno en alguno o algunos de los supuestos previstos en el art. 795 de la Lecr., por tratarse de delitos flagrantes, por ser previsible una instrucción sencilla, etc.

En tercer lugar y es lo más importante, dado que en estos delitos la pena privativa de libertad a imponer es inferior a los tres años de prisión, podrán ser objeto de la conformidad privilegiada prevista en el art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ello tanto si el Juzgado de Instrucción ha incoado el procedimiento de Diligencias Urgentes, como si ha incoado un procedimiento de Diligencias Previas y el imputado reconoce los hechos, puesto que en este último supuesto sería de plena aplicación lo dispuesto en el art. 779.1.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se dispone lo siguiente: si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y éstos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.