



Roj: **STS 3981/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:3981**

Id Cendoj: **28079120012012100448**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2012**

Nº de Recurso: **11292/2011**

Nº de Resolución: **436/2012**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Mayo de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra el auto de 28 de enero de 2011 que aclara el auto de 4 de noviembre de 2010 dictados ambos por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quince . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, el acusado Agapito , representado por la procuradora Sra. Gómez Hernández. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- La Sección Quince de la Audiencia Provincial de Madrid, en la ejecutoria 95/09, dimanante del Rollo Sumario 56/07 dictó auto con fecha 28 de enero de 2011 , con los siguientes Antecedentes Procesales:

"Primero.- En sentencia dictada con fecha 27 de mayo de 2008, se condenó a Agapito , como autor responsable de un delito contra la salud pública, a las penas de 9 años y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, multa de 330 €, comiso de la sustancia intervenida y dinero intervenidos, cierre temporal del local durante 4 años y costas.

Segundo.- Se dictó auto con fecha 4 de noviembre de 2010 en el que se revisa la condena impuesta a Agapito en el sentido de "sustituir la pena de prisión y su accesoria, por la de 6 años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, manteniendo la multa impuesta.

Tercero.- El Procurador José González Santander Illera en nombre y representación de Agapito , presentó escrito de 20 de enero de 2011, interesando la apertura del local situado en Fuenlabrada C/ Pelayos 9 propiedad del penado.

2.- La Sección Quince de la Audiencia Provincial de Madrid, en el citado auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva: "Acordamos

Que aclaramos el auto de fecha 4 de noviembre de 2010 , en el sentido de mantener el cierre temporal del local durante 4 años, en su virtud continúese con el cierre del local hasta que transcurra el término establecido en la liquidación de condena practicada con fecha 2/02/2010, aprobada por resolución de 24/03/2010, manteniéndose en el resto los pronunciamientos del referido auto.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, penado y demás partes personadas".

3.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Agapito 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.

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de ley con base procesal en el Art. 849-1 LECR por indebida aplicación del Art. 366 , 368 y 369-3 del Código Penal en relación con los artículos 33-7 d) y 129-3 del mismo precepto legal al resultar



desproporcionado el tiempo del cierre del local respecto a la pena de prisión revisada tras la reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo establecido en el Art. 852 de la LECrim . por haberse vulnerado el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva consagrados en los art. 9-3 y 24-1 de la Constitución Española .

5.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 16 de mayo de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid condenó, en la sentencia dictada el 27 de mayo de 2008 , a Agapito , como autor responsable de un delito contra la salud pública, a las penas de 9 años y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 330 €, comiso de la sustancia y dinero intervenidos, cierre temporal del local durante cuatro años y costas.

La condena fue por el subtipo agravado previsto en el art. 369.1.4ª del C. Penal (redacción anterior a la reforma de 22-6-2010), es decir, por vender cocaína en local abierto al público, de ahí que se le impusiera el cierre del local por un periodo de cuatro años.

En la ejecutoria 95/2009, dimanante del Rollo Sumario 56/07, se dictó auto el 4 de noviembre de 2010 en el que se revisó la condena impuesta a Agapito en el sentido de "sustituir la pena de prisión y su accesoria, por la de 6 años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, manteniendo la multa impuesta".

El 28 de enero de 2011 el Tribunal sentenciador dictó un auto aclaratorio del anterior en el que se dispone lo siguiente: "Que aclaramos el auto de 4 de noviembre de 2010 , en el sentido de mantener el cierre temporal del local durante 4 años, en su virtud continúese con el cierre del local hasta que transcurra el término establecido en la liquidación de condena practicada con fecha 2/02/2010, aprobada por resolución de 24/03/2010, manteniéndose en el resto los pronunciamientos del referido auto".

Este última resolución ha sido recurrida ahora en casación por la defensa del acusado, formalizando dos motivos.

PRIMERO . En el *primer motivo* denuncia el recurrente, por la vía procesal del art. 849.1º de la LECr ., la infracción de los arts. 366 , 368 y 369.3 en relación con los arts. 33.7 d) y 129.3, todos ellos del C. Penal , al resultar desproporcionado el **tiempo del cierre del local** por un periodo de cuatro años, tras la reforma del C. Penal por LO 5/2010, de 22 de junio.

La tesis de la defensa es que al haberse reducido la pena privativa de libertad impuesta al acusado de 9 años y un día de prisión a 6 años y un día en virtud de la reforma de los arts. 368 y 369 del C. Penal por LO 5/2010, reducción que se llevó a cabo por auto de revisión de 4 de noviembre de 2010 , también debió revisarse la medida de cierre del local, que tenía un techo de cinco años y que fue impuesta por un periodo de cuatro años, resultando ahora desproporcionada una vez que se ha reducido la pena privativa de libertad.

Pues bien, al haberse aplicado al acusado el nuevo texto del art. 369 del C. Penal para la imposición de la pena privativa de libertad, es claro que también ha de operarse con el nuevo texto legal para la aplicación de la medida del cierre del local, al no resultar factible aplicar las penas de distintos textos legales para la privación de libertad y para el cierre del establecimiento.

Después de la reforma del C. Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, el nuevo art. 369.1.3ª del C. Penal ya no prevé en el precepto la medida específica del cierre del local (antiguo art. 369.2.2ª), toda vez que la implantación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha conllevado que ahora las nuevas penas aplicables a estas [art. 33, letras b) a g) del C. Penal] se establezcan de forma específica en el nuevo art. 369 bis del C. Penal . Sin embargo, ello no significa que se haya suprimido como medida accesoria el cierre de local cuando este se utilice por una persona física para cometer la acción delictiva, como sucede en el presente caso.

En efecto, el nuevo art. 129 preceptúa lo siguiente:

*"1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de **empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis de este Código** , el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los*



apartados c) a g) del art. 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas".

Dado el tenor literal de este precepto, es claro que ahora se siguen manteniendo las consecuencias accesorias para las "empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis de este Código". De modo que cuando se trata de entidades sin personalidad jurídica el legislador ha querido mantener en vigor esta especie de tercera respuesta penal consistente en las medidas accesorias con el fin de evitar o de prevenir futuras acciones delictivas durante un periodo de tiempo determinado, siempre, eso sí, que recaiga una condena penal sobre una persona física que se haya valido de la empresa, organización o entidad para cometer el hecho delictivo.

Además, el nuevo art. 129 no exige que la norma prevea de forma específica para el tipo penal la aplicación de las consecuencias accesorias, sino que es suficiente con que se trate de uno de los delitos o faltas para los que se permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Y ello es lo que ocurre en el supuesto contemplado.

En efecto, el delito contra la salud pública de tráfico de sustancias estupefacientes prevé la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando estas sean responsables de los delitos comprendidos en los arts. 368 y 369 del C. Penal (art. 369 bis). Se trata, pues, de un tipo penal al que puede aplicarse el art. 129 del referido texto legal. Esto implica que en los casos en que el delito no sea cometido por una persona jurídica pero sí se valga la persona física de una empresa, organización, grupo o entidad sin personalidad jurídica para cometer el hecho delictivo sí podrá operarse con las consecuencias accesorias previstas en aquella norma penal.

En el supuesto ahora examinado es claro, según se recoge en la sentencia dictada el 27 de mayo de 2008, que el acusado se valió del local del bar para perpetrar la acción delictiva, de ahí que se le impusiera como consecuencia accesoria el cierre del local.

Ese cierre también lo permite ahora, según se ha constatado, el nuevo art. 129, remitiéndose a tal efecto a los apartados c) a g) del art. 33.7 del C. Penal, en el que se prevé la clausura de los locales o establecimientos por un periodo que no podrá exceder de cinco años. Se mantiene así el mismo tiempo de clausura que se contemplaba en el derogado art. 129 del texto punitivo.

Por consiguiente, sí se halla legitimada la adopción de la consecuencia accesoria del cierre del local para el tipo penal del art. 369.1.3ª del nuevo texto legal, y además con la misma duración que en la regulación anterior.

Y en lo relativo al argumento de fondo que alega la parte recurrente, centrado en la falta de proporcionalidad de la medida, conviene subrayar que si con ello se refiere la defensa a que la consecuencia accesoria se impone en su mitad superior y, en cambio, la pena privativa de libertad se impone en su cuantía mínima, lo cierto es que esa misma disparidad existía cuando el Tribunal de instancia dictó la sentencia, dado que se le impuso la pena privativa de libertad en su cuantía mínima -9 años y un día de prisión en ese momento-, mientras que la medida de cierre del local se le aplicó casi en el límite máximo -4 años cuando el techo estaba en 5 años-.

A este respecto, ha de sopesarse que se trata de dos consecuencias punitivas muy distintas. Una constituye una auténtica pena muy gravosa para la libertad de la persona física y la otra es una consecuencia accesoria que recae sobre la empresa utilizada como instrumento delictivo. El principio de proporcionalidad no puede por tanto operar como si se tratara de dos parámetros iguales y con unos mismos fines y objetivos. La función de la pena privativa de libertad y la de la consecuencia accesoria son distintas y también son muy dispares los efectos y los destinatarios de una y otra.

De otra parte, la respuesta de la Audiencia resulta razonable y coherente, habida cuenta que si en su momento impuso un tiempo de clausura del local de cuatro años, lo lógico es que, al no haberse modificado en el nuevo texto legal la duración de la consecuencia accesoria, que sigue teniendo un límite de cinco años, tampoco se rectifique ahora el tiempo establecido en la sentencia que dictó en su día.

A ello ha de sumarse que si la privación de libertad alcanza los seis años no puede estimarse desproporcionado que el cierre del local se acuerde por cuatro años, tiempo sustancialmente inferior al de prisión. Se considera, pues, que esa duración es adecuada para que la consecuencia accesoria cumpla su función preventiva especial.



Por todo lo cual, el motivo no puede prosperar.

SEGUNDO . En el **segundo motivo** se denuncia, por el cauce previsto en el art. 852 de la LECr ., la vulneración del derecho a la **tutela judicial efectiva** y el principio de seguridad jurídica, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 24.2 y 9.3 de la Constitución . Y ello porque no se motiva debidamente la denegación de la modificación del tiempo de cierre del local.

Ciertamente, el auto recurrido no motiva debidamente la denegación de la pretensión de la parte; sin embargo, y según ya se ha razonado en el fundamento precedente, al no cambiar el periodo de tiempo establecido en la ley para la consecuencia accesoria, es claro que la motivación es la misma que la que se recogió en su día en la sentencia objeto de revisión, donde se refirió al uso por el propio titular del establecimiento del local para cometer el delito.

En consecuencia, y a tenor de lo expuesto en el fundamento precedente sobre la proporcionalidad en este caso de la consecuencia accesoria del cierre del local, se desestima también este motivo de impugnación y también la totalidad del recurso, imponiéndole al recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).

III. FALLO

DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de Agapito contra el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quince, de fecha 28 de enero de 2011 , dictado en la ejecutoria 95/2009, incoada por una causa seguida por delito de tráfico de sustancias estupefacientes, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin **Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo**

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.