

AP Madrid, Sección 5ª, S de 10 de Febrero de 2005

Ponente: Beltrán Núñez, Arturo - Nº de Sentencia: 25/2005 - Nº de Recurso: 26/2004.

Ref. CJ 32290/2005

TRÁFICO DE DROGAS. Actividades comprendidas en el delito.

Normas

CP 1995 [art. 123](#); [art. 127](#); [art. 368](#); [art. 369](#)

En Madrid, a diez de febrero de dos mil cinco

ROLLO P.0. nº 26/2004

Sumario nº 2/2004

Procedente del Juzgado de Instrucción nº 44 de MADRID

SENTENCIA Nº 25/2005

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN QUINTA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. ARTURO BELTRÁN NÚÑEZ

Magistrados:

D. JESÚS ÁNGEL GUIJARRO LÓPEZ

Dª. PAZ REDONDO GIL

Vista en juicio oral y público ante la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial la Causa Rollo nº 26/04 (Sumario nº 2/04), procedente del Juzgado de Instrucción nº

44 de Madrid, seguida, por supuesto delito contra la salud pública, contra Matías, con pasaporte nº NUM000, nacido en Lima (Perú) el día 17/05/76, hijo de Javier y de Lidia, natural de Perú, con domicilio en AVENIDA000 nº NUM001, NUM002, Entrevías-Madrid; Valentín, con pasaporte/DNI nº NUM003, nacido en Buga-Valle (Colombia) el día 15/12/74, hijo de Jesús Antonio y Amanda, con domicilio en CALLE000NUM004, Alcalá de Henares (Madrid); Luis Carlos, con NIE nº NUM005, nacido en Lima (Perú) el día 25/07/64, hijo de Fausto y Ercila, natural de Perú, con domicilio en CALLE001 nº NUM006, NUM006-NUM007, Madrid y Francisca, con pasaporte/DNI nº NUM008, nacida en Miraflores (Perú) el día 06/01/64, hija de Néstor Cesar y Julia Doris, natural de Perú, con domicilio en AVENIDA000 nº NUM001,NUM002, Entrevías-Madrid; todos ellos sin antecedentes penales y en prisión provisional por esta causa, en la que han sido partes el Ministerio Fiscal y dichos procesados, representados por los Procuradores D. Ignacio Orozco; Dª María Del Coral Lorrio Alonso; D. Pablo Trujillo Castellanos y Dª Mª Luisa Esturgo Lozano y defendidos por los Letrados D. Miguel Díaz Velasco; Dª Azucena del Pilar Ayuso Horta; D. Jaime Serrano de los Santos y D. Luis Alberto Calle Ventocilla, respectivamente.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ARTURO BELTRÁN NÚÑEZ.

I ANTECEDENTES DE HECHO

=====

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, acusó a los cuatro procesados de ser autores de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas de los [artículos 368](#) y [369](#)-3º del Código Penal y solicitó las siguientes penas:

- Para Matías y Francisca la pena de 9 años y 1 día de prisión y accesoria. Para cada uno de los otros dos acusados la pena de 11 años de prisión y accesorias. Para todos ellos la pena de multa de 250.000 Euros y el pago de las costas por cuartas partes.

SEGUNDO.- Todos los defensores, por entender que la conducta de sus representados no era constitutiva de delito solicitaron su libre absolución.

II HECHOS PROBADOS

=====

PRIMERO.- Los procesados en esta causa son:

- Francisca de 41 años de edad con domicilio en Madrid. AVENIDA000 nº NUM001, NUM002, residente en España desde siete años antes de los hechos que se enjuician. Trabajaba en el servicio doméstico y además había montado por su cuenta un pequeño negocio de "paquetería", esto es, de traslado de paquetes de España a Perú y viciversa, aprovechando para ello viajes de compatriotas, y cobrando seis o siete Euros por kilogramo transportado.

- Matías, familiar lejano de la anterior, con la que vivía desde un año antes en su casa. Nacido en Lima el 17 de mayo de 1.976. Se desplazó a Perú en Enero de 2.004 para solucionar algún problema relacionado con la dificultad de traer a España a una hija. Francisca le dio una lista con lo que debía llevar a Perú desde España y lo que debía recoger allí y traer aquí.

Valentín, nacido en Colombia en 1.974, residente en España desde hace unos 15 años y casado con una mujer peruana. Conoce a Luis Carlos porque estuvo casado con su cuñada.

- Luis Carlos, nacido en Lima el 25 de Julio de 1.964 y domiciliado en Madrid. Había tenido distintos negocios de hostelería. En alguna ocasión había convenido con Francisca para encargarle el transporte de algún producto de Perú a España.

SEGUNDO.- El procesado Luis Carlos se puso de acuerdo con alguna persona en Perú para que desde allí le fuera enviada cocaína.

Para el transporte de la droga encargó a Francisca (o Isabel) Francisca que recogiera una serie de productos que solía pedir para sus establecimientos de

hostelería y que le llegaban desde Perú. Como Francisca utilizaba para esa suerte de correo oficioso a amigos y familiares encargó la recogida de estos productos a Matías que en esos días iba a desplazarse a Perú, por la razón antes expuesta. Junto a ese encargo le hizo otros de distintas personas ajenas a Luis Carlos.

TERCERO.- Cuando llegó a Madrid (Barajas) el 9 de marzo de 2.004 Matías traía en su equipaje los plurales encargos que le habían hecho y entre ellos, en unos botes de "cerveza cusqueña", cocaína, con un peso de 6.253 gramos y pureza del 52'4 por ciento (esto es 3276'57 gramos de sustancia pura). En un cuaderno que llevaba en su equipaje Matías, con los nombres de los destinatarios y los artículos que correspondían a cada uno, los botes de cerveza aparecían junto a una nota que decía "Para Luis Carlos que envía su prima Marina.

CUARTO.- Al ser descubierto el contenido, pues el "scanner" detectó que las latas tenían un doble fondo (y una de ellas estaba además perforada) Matías fue detenido. Inmediatamente explicó a las autoridades que él transportaba los paquetes por encargo de Francisca, cuyo nombre figuraba en un sobre dentro de uno de los bolsos de su equipaje. Aunque no sabía la dirección exacta del piso de Francisca, pues se habían mudado pocos días antes de desplazarse él a Perú, si sabía llegar hasta él y se ofreció a acompañar a los agentes de la Autoridad hasta el domicilio que compartía con su lejana familiar. A partir de ahí fue fácil localizar a Francisca que también fue detenida.

QUINTO.- Francisca explicó a los policías de forma un tanto confusa que el paquete lo traían por encargo de Luis Carlos, que ya le habían hecho otros, aunque el destinatario final podría ser un tal Fermín, casado con Virginia, a quienes no conocía y que le llamaban desde el teléfono NUM009 y que serían los que vendrían a recoger el paquete, ya que Luis Carlos se había desplazado a Houston. Pocas horas más tarde, y en presencia de letrada, y de los agentes policiales, Francisca recibió una llamada de quien dijo ser Virginia, que manifestó que el paquete para Fermín lo iría a recoger un tal SerafinFrancisca le facilitó las señas del piso donde vivía.

SEXTO.- Hacia las 20'00 horas del día 9/3/04 llegaron a las inmediaciones de dicho domicilio Valentín y Luis Carlos en el vehículo propiedad del primero, que fue quien llamó por el telefonillo a la casa de Francisca, identificándose como Serafin, mientras que Luis Carlos se bajó del automóvil y permaneció a la espera. Dentro del domicilio de Francisca estaba dicha procesada y otros familiares y diversos agentes de policía, por lo que tan pronto como Valentín se identificó como Serafin y manifestó su intención de recoger el paquete destinado a Luis Carlos, fue detenido. Inmediatamente Valentín dijo que el paquete no era para él sino para una persona que le esperaba abajo y que era Luis Carlos, que fue detenido minutos después. En su poder estaba el teléfono móvil que respondía al número NUM009.

SÉPTIMO.- En el interior del vehículo de Valentín había un sobre que abierto a presencia judicial resultó contener cocaína con peso de 308'9 gramos y riqueza del 78'7 por ciento esto es 243 gramos de sustancia pura, sin que pueda tenerse la certeza de quien era su propietario.

OCTAVO.- No puede afirmarse que Matías y Francisca conocieran el contenido de los botes de cerveza.

NOVENO.- El valor de la cocaína no es inferior a 200.000 Euros.

III FUNDAMENTOS DE DERECHO

=====

PRIMERO.- Luis Carlos era el importador de la cocaína. Es la única manera de explicar que:

Fuera el que hizo el encargo de las botellas de cerveza.

Las botellas vinieran a nombre de Luis Carlos.

- Las llamadas que se hicieron al teléfono de Francisca en nombre de Fermín y Virginia procedían del teléfono móvil que se ocupa a Luis Carlos. Desde ellas se indica quien recogerá los productos entre los que viene la cocaína.

- Luis Carlos acompaña a Valentín hasta las inmediaciones del piso de Francisca el día y la hora en que se iba a entregar la cocaína. El hecho de no recoger las botellas en persona es típico de los eslabones superiores del narcotráfico que normalmente mandan a otro en el momento de mayor riesgo.
- Buscara un pretexto falso para que otro recogiera el encargo por él, cual era un inexistente desplazamiento a los EE.UU.

Por tanto no se le atribuye esta condición exclusivamente por la palabra de otros computados (Valentín y Francisca) sino porque los datos de hecho corroboran esas palabras.

SEGUNDO.- Valentín podría estar al tanto del plan de Luis Carlos desde el principio, esto es donde antes de encargar la importación; y podría no estarlo. A ambos les unía un lejano parentesco por afinidad. Pero no puede afirmarse que cooperase a la importación. Lo que no es creíble es que no supiera lo que iba a recoger. No tiene sentido actuar en nombre de otro y presentarse bajo un nombre falso si no es porque se está haciendo algo absolutamente anormal. Él mismo reconoce inicialmente ante la policía (folio 3) que hizo lo que hizo a cambio de una propina, que no hay por qué cobrar por un mínimo favor a un familiar cual es recoger el encargo por éste y menos cuando no se vive en la miseria sino que se tiene ya dinero y un buen automóvil. Todo el plan de Luis Carlos para recoger la droga lo conocía Valentín: Sabía que había llegado Luis Carlos en un automóvil, marca Hiundai, hasta Torrejón de Ardoz, que había estacionado allí dicho automóvil y se había subido al de Valentín, marca BMW, y que en este último habían llegado al domicilio de Francisca, todo lo cual es absolutamente extraño por las molestias y complicaciones totalmente innecesarias que comporta. Lo sabía, porque así lo contó a los agentes de policía (folio 4), los cuales han declarado en juicio como localizaron el vehículo de Luis Carlos gracias a las indicaciones de Valentín, sabía que había mentido sobre su desplazamiento a Houston, y que, en vez de presentarse en la casa, para lo que bastaba decir que ya había regresado o que

había cancelado el viaje, la enviaba a él con nombre falso. Está claro, conforme a las reglas de experiencia, que sabía que iba a recoger la droga y se prestaba a ello.

TERCERO.- No consta de quien sea la droga que apareció en el automóvil de Valentín. Puede ser suya, puede ser de Luis Carlos, puede ser de ambos y puede que, siendo de uno, lo conociese el otro o no. Los dos usaron el automóvil de Valentín y si bien sobre éste pesa por ese dato de ser suyo el vehículo un "plus" de sospecha, también es cierto que, de los dos, está probado que es Luis Carlos el que trafica con droga mientras que de Valentín sólo está probada una conducta auxiliar. Por eso el Tribunal no atribuye, en la duda, la posesión de esta droga a ninguno de los dos acusados.

CUARTO.- No se puede declarar probado que Matías y Francisca sabían que transportaban o cooperaban a transportar cocaína. Es cierto que la explicación de que no sabían lo que traían, esto es el error que elimina el elemento intelectual del dolo, y con él, la conducta delictiva es el más viejo y usado argumento de quienes son sorprendidos con droga en su poder. Pero en este caso se dan algunas circunstancias que llevan al Tribunal al menos a la duda.

A/.- En efecto está demostrado que Francisca había montado por su cuenta, y como complemento de su salario, un servicio de transporte entre Perú y España para traer y llevar a mercancías al margen del correo y otros servicios públicos. Para ello se apuntaban en un cuaderno en cada viaje los pedidos y los destinatarios y remitentes, cuaderno que fue intervenido y donde consta que la mayor parte de lo transportado eran mercancías inocuas -ropa, alimentos, bebidas, adornos, etc.- para distintos destinatarios (folios 19 al 38) figurando el tal cuaderno a nombre de Francisca. como servicio de paquetería (folio 19). Es totalmente infrecuente que alguien ponga su nombre y las iniciales de sus dos apellidos en un escrito que se lleve en el mismo paquete que la droga..

B/.- Es absolutamente excepcional que los detenidos recuerden donde se puede indagar la iniciativa del transporte de la droga. Tanto Matías como Francisca desde

el primer momento explicaron cual podía ser el origen del transporte de la droga. El primero remitió a la segunda, pese a vivir en su casa y al lejano parentesco entre ambos. La segunda remitió al llamado Fermín para el que trabajaba Luis Carlos, facilitó el número de teléfono desde el que recibía las llamadas y cooperó a la detención de Valentín y Luis Carlos. Lo normal siempre es el silencio o la declaración de no saber quien es el destinatario ni como localizarlo. Exactamente lo contrario de lo ocurrido esta vez.

C/.- También es absolutamente excepcional que los guardias civiles que declararon en juicio como testigos, con gran experiencia en la lucha contra el tráfico de drogas, manifestaran su personal convicción de que ni Matías ni Francisca estaban al tanto del transporte de droga.

QUINTO.- En consecuencia respecto de estos dos acusados, Matías y Francisca, y por existir una duda razonable de su participación en los hechos, se acordará la absolución, con declaración de oficio de la mitad de las costas del juicio.

SEXTO.- Los hechos que se declaran probados constituyen un delito contra la salud pública por tráfico de drogas del [artículo 368 inciso](#) inicial y [369-3º](#) del Código Penal en su redacción anterior a la [L.O. 15/03](#). En efecto es evidente que la cantidad transportada es de notoria importancia y también lo es que la cocaína está considerada por la ciencia médica y por una jurisprudencia sin fisuras como una droga gravemente nociva. El delito debe considerarse consumado respecto de Luis Carlos, por cuanto que participó en el encargo de la droga a Perú, es decir, esos actos son anteriores al comienzo de la acción típica. Por su parte, Valentín no participa en esa acción típica, y a los efectos de este código inicia una nueva cuando, ya la droga en España, acude a recogerla, sin poder conseguirlo por razones ajenas a su voluntad. Por ello su conducta se califica de tentativa del citado delito.

SÉPTIMO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

OCTAVO.- La droga ocupada cae en comiso y se acordará su destrucción ([Art. 127 del Código Penal](#)).

NOVENO.- Las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, según el [artículo 123 del Código Penal](#).

Vistos los arts. citados y demás de general aplicación al caso, administrando justicia en nombre del Rey,

FALLO:

Este Tribunal acuerda:

1º/ ABSOLVER a Matías y Francisca del delito contra la salud pública por el que venían condenados y declarar de oficio la mitad de las costas del juicio.

2º/ CONDENAR a Luis Carlos como autor del calificado delito contra la salud pública a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio durante la condena y MULTA DE 250.000 EUROS, imponiendo el pago de una cuarta parte de las costas del juicio.

3º/ CONDENAR a Valentín como autor de un delito contra la salud pública en el grado de ejecución apreciado a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y MULTA DE 150.000 EUROS e imponerle el pago de la cuarta parte de las costas del juicio.

4º/ ACORDAR el comiso de la droga ocupada.

Para el cumplimiento de la pena se abona a los condenados todo el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa.

Así, por esta nuestra Sentencia, contra la que cabe interponer Recurso de Casación, en este Tribunal, para ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en el término

de 5 días y de la que se llevará Certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Referencia Cendoj: 28079370052005100036