

AP Madrid, Sección 5ª, S de 30 de Abril de 2004

Ponente: Beltrán Núñez, Arturo - Nº de Sentencia: 46/2004 - Nº de Recurso: 6/2004.

Ref. CJ 102119/2004

TRÁFICO DE DROGAS. Ingestión de bolas conteniendo cocaína. Destino al tráfico ilegal. Inexistencia de desistimiento. El hecho de expulsar voluntariamente las bolas por miedo a las represalias no significa que pusiera fin a su actuación delictiva. Improcedencia en delitos de consumación anticipada.

Normas

CP 1995 [art. 368](#)

En Madrid, a treinta de abril de dos mil cuatro

ROLLO P.A. nº 6/2004

Diligencias Previas nº 6956/03

Procedente del Juzgado de Instrucción nº 10 de Madrid.

SENTENCIA Nº 46/2004

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN QUINTA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Arturo Beltrán Núñez

Magistrados:

Dª Paz Redondo Gil

D. Pascual Fabiá Mir

Vista en juicio oral y público ante la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial la Causa P.A. 6/04, procedente del Juzgado de Instrucción nº 10 de Madrid, seguida por supuesto delito contra la salud pública, contra Javier , con N.I.E nº NUM000 , nacido el 24.10.1982, hijo de José y de Ana, natural de República Dominicana, con domicilio en Madrid CALLE000 NUM001 , y Pedro Miguel , con permiso de residencia nº NUM002 , nacido el 18.8.1977, hijo de Angela, natural de República Dominicana, con domicilio en Madrid CALLE001 NUM003 , el primero de ellos en prisión provisional por esta causa. Habiendo sido partes el Ministerio Fiscal y dichos acusados, representados por los Procuradores D. José Gonzálo Santander Illera y D. Ignacio Orozco García y defendidos por los Letrados D. Fernando Lara Moreno y D. Miguel Díaz Velasco.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Arturo Beltrán Núñez.

I ANTECEDENTES DE HECHO

=====

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito contra la salud pública, del artículo 368 del Código Penal y solicitó para ellos las penas de 6 años de prisión, accesorias, multa de 21.438 Euros e imposición de las costas del juicio.

SEGUNDO.- La defensa de Pedro Miguel negó la participación de su defendido en los hechos y solicitó su absolución.

TERCERO.- La defensa de Javier entendió que su patrocinado había desistido de la acción y en consecuencia solicitó su libre absolución. Alternativamente, atendiendo a su relevante colaboración con las Autoridades, la imposición de una pena mínima, y, en última instancia, la imposición de una pena justa que no debería ser la de seis años de prisión.

II HECHOS PROBADOS

=====

Probablemente por cuenta de otras personas, el acusado Javier , mayor de edad y sin antecedentes penales, ingirió en Madrid el 15.8.03 al menos 35 cuerpos esféricos que contenían cocaína, con un peso total de 115,54 grs y riqueza entre el 51,7 y el 52 %, y valor de venta en el mercado no inferior a 7.000 Euros, sin que conste dónde tenían proyectado él u otros que fuera transportada la droga. Sin embargo, luego de ingerirlas, bien porque se encontraba molesto, bien porque había observado una bola deteriorada y sintió temor, pidió a Luis Pedro , también acusado en la presente causa y en situación de rebeldía, que le condujera al Hospital Clínico donde expulsó los cuerpos esféricos antes descritos. No consta que los mismos le fueran facilitados por el también acusado Pedro Miguel .

III FUNDAMENTOS DE DERECHO

=====

PRIMERO.- A) La ingesta de la droga la reconoce el acusado Javier y su expulsión resulta de sus propias declaraciones, del atestado (folios 1,6,11 y 41), de las manifestaciones en juicio de los cuatro policías nacionales intervinientes y del análisis de la sustancia incorporado a los folios 61 al 65 de las actuaciones.

B) No puede afirmarse que el acusado desistiera de su acción. En primer lugar porque las versiones que da de los hechos son distintas cada vez:

A la policía manifiesta que eliminó unas cuantas bolas -unas 10- en el domicilio de Luis Pedro (folio 11), lo que también relata en el acto del juicio (véase el acta), pero niega ante el Juez Instructor (folios 29 y 30 del sumario).

Nunca antes del juicio ha dicho que esa manera de actuar era la forma de poner fin a su actuación delictiva. En efecto, ante el Tribunal ha relatado que tenía miedo de dar marcha atrás por las represalias que podía sufrir y que por eso se fingió enfermo y se hizo acompañar al hospital. Pero ante el Juez de Instrucción (folio 29

vto.) lo que dijo fue que sintió miedo al ver que una de las bolas estaba deformada (hay que pensar que lo estaba antes de ingerirla ya que ante el Juez, como se ha dicho, afirmó no haber expulsado bola alguna antes de llegar al hospital). Sobre este punto la doctora Marisol , que le atendió en Urgencias, ha ratificado que había un recipiente deteriorado y que el peligro era grave.

De otra parte, no se sabe muy bien a quién puede tener miedo el acusado, pero inmediatamente de ser atendido manifiesta a la policía el nombre de quien le ha acompañado al hospital, y su cuya casa, cuyas señas facilita, afirma haber tomado las drogas (folio 11), y al día siguiente facilita al Juez de Instrucción datos sobre esa persona y sobre el otro acusado Pedro Miguel , de quien no da el nombre pero sí su descripción, lugares donde puede ser encontrado y vehículo que usa, y afirma que fue quien le entregó la droga, operación en la que Luis Pedro fue intermediario.

C) No puede declararse probado que Pedro Miguel facilitara la droga a Javier . Es cierto que éste hace una descripción correcta de Pedro Miguel en cuanto a estatura, pelo, rasgos, lugares en que puede ser hallado, etc, pero describir a una persona y conocer alguna de sus costumbres está al alcance de cualquiera. En su declaración ante el Juez, Javier dio por hecho que la droga la facilitó Pedro Miguel , y en el acto del juicio ha ocurrido lo siguiente:

A preguntas del Fiscal ha negado que Pedro Miguel le suministrara la droga y ha afirmado que todo fue cosa de Luis Pedro (rebelde no enjuiciado).

A preguntas de su defensor ha rectificado y ha dicho que todo lo que declaró ante el Juez, incluída la participación de Pedro Miguel , era verdad.

A preguntas del Tribunal que le ha pedido que se olvide de lo declarado ante el Juez y diga si el otro acusado le dio la droga o no ha vuelto a decir que no (eso sí, mirando todo el rato a su abogado en muda consulta de lo que debía contestar).

Cedida de nuevo la palabra al letrado defensor por si quería hacer alguna otra pregunta después de interrogar el Tribunal, el acusado Javier ha repetido que era

verdad todo lo que había dicho y ha insinuado que fue Luis Pedro quien le dijo que Pedro Miguel era quien facilitaba la droga.

Es sabido el especial cuidado que hay que poner al valorar las declaraciones de un coimputado. En el presente caso, esas declaraciones no tienen apoyo en datos exteriores, son variables y pasan del "sí" al "no" en segundos y en lo que tienen de imputación a otro se enmarcan en una estrategia defensiva que pretende de esa imputación extraer la base fáctica de una circunstancia atenuante. Es posible que Pedro Miguel fuera quien facilitó la droga, pero con la única prueba de cargo de la imputación de Javier no es posible llegar a un juicio de certeza sobre ese extremo. En consecuencia, respecto de este acusado Pedro Miguel, se dictará sentencia absolutoria, con lógica declaración de oficio de la mitad de las costas del juicio.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 368 del Código Penal y en su inicial inciso relativo a las sustancias gravemente nocivas a la salud, como lo es la cocaína cuya capacidad de deterioro del sistema nervioso central y el aparato cardiocirculatorio se pone continuamente de relieve por los expertos. Por las razones ya expuestas en el primer fundamento de derecho, no cabe hablar de una suerte de desistimiento activo. No sólo por la dificultad de referirse al desistimiento en delitos de consumación anticipada, pues habría que intentar vencer esa dificultad cuando luego de la posesión de la droga, se abdica de la vocación inicial de su destino al tráfico, sino principalmente porque, como consta por sus propias declaraciones iniciales y las de Doña Marisol, el penado acudió al hospital porque uno de los recipientes de la droga estaba deteriorado y, sin ese hecho, externo a su voluntad, no hubiera acudido.

TERCERO.- Autor del delito es el acusado, que realizó la conducta típica (Artículo 28 del Código Penal).

CUARTO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. El Tribunal ya ha puesto de manifiesto que no puede apreciar una

ejecución incompleta desistida, y por las mismas razones y por lo dudoso de su colaboración al incluir a otros en la comisión del delito, no cabe hablar de ninguna clase de actuación postdelictual positiva. Otra cosa es que, deben tenerse en cuenta el resto de las circunstancias del hecho: la lejanía del peligro para la salud pública en el caso concreto, el riesgo real que corrió el acusado, las fácilmente imaginables condiciones de dificultad o penuria en que se asume un encargo de ingerir droga, la cantidad de la misma que no alcanza los 60 grs de sustancia pura, e incluso que, aunque técnicamente no pueda considerarse vocación de cooperar con la Justicia la actuación del penado, cabe que esa vocación, no traducida en resultado, haya existido, pues la misma duda de no ser ciertas sus manifestaciones contra otros que favorece al coimputado, no deja de ser una duda de que pueden ser ciertas que debe en lo favorable beneficiarle a él Por lo cual el Tribunal considera justo imponer la pena en su mínima extensión.

QUINTO.- La otra mitad de las costas del juicio ha de imponerse al condenado conforme al art. 123 del Código Penal.

SEXTO.- La droga debe ser decomisada conforme al art. 127 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 Pedro Miguel del delito contra la salud pública que venía acusado y declarar de oficio la mitad de las costas de juicio.

2º) CONDENAR a Javier; como autor del calificado delito contra la salud pública a las penas de TRES AÑOS DE PRISIÓN, accesorias e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, multa de 10.000 Euros, con un día de responsabilidad personal

subsidiaria por cada 400 Euros impagados e imponerle el pago de la otra mitad de las costas del juicio.

3º) Acordar el comiso y destrucción de la droga.

Para el cumplimiento de la pena se abona al condenado 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: 28079370052004100009