

## AP Madrid, Sección 6ª, S de 17 de Diciembre de 2015

Ponente: Abad Crespo, Julián - Nº de Sentencia: 880/2015 - Nº de Recurso: 112/2015.

Ref. CJ 219348/2015

ECLI: ES:APM:2015:17912

ATENUANTES. Dilación indebida del proceso. -- Atenuantes por analogía. Supuestos. Confesión de la infracción. Arrepentimiento espontáneo. DELITO. Error. Error de tipo. TRÁFICO DE DROGAS. Actividades comprendidas en el delito. Transporte. -- Consumación del delito. -- Subtipos agravados. Cantidad de notoria importancia.

Normas

CP 1995 art. 14; art. 21.4; art. 21.6; art. 21.7; art. 368; art. 369.1.5

### Sección nº 06 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 6 - 28035

Teléfono: 914934576,914934734/4577

Fax: 914934575

37051530

251658240

N.I.G.: 28.079.00.1-2015/0001998

### Procedimiento Abreviado 112/2015 I

**Delito:** Contra la salud pública

**O. Judicial Origen:** Juzgado de Instrucción nº 04 de Madrid

**Procedimiento Origen:** Diligencias Previas Proc. Abreviado 96/2010

### SENTENCIA Nº 880/2015

### AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

### SECCIÓN SEXTA

Ilmos. Sres.

Magistrados

**D. JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ PRIETO GONZÁLEZ**

**D. JULIÁN ABAD CRESPO (Ponente)**

**Dª. MARÍA DE LA ALMUDENA ÁLVAREZ TEJERO**

En nombre del Rey

En Madrid, a 17 de diciembre de 2015.

Vista en juicio oral y público, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial de Madrid, la presente causa, seguida en este Tribunal por los trámites del Procedimiento Abreviado como Rollo de Sala nº 112/2015, por un delito contra la salud pública, procedente del Procedimiento Abreviado nº 96/2010 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid, contra la acusada doña Martina , con Documento Nacional de Identidad NUM000 , natural de Chíncha (Perú), nacida el día NUM001 -1953, hija de Mario y Vanesa , sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, representada por la Procuradora doña María del Mar Martínez Bueno y defendida por el Abogado don Miguel Díaz Velasco, contra el

acusado don Santos , con NIE NUM002 , natural de Cajamarca (Perú), nacido el día NUM003 -1971, hijo de Luis Angel y Camino , sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador don Javier Fraile Mena y defendido por el Abogado don Juan Ignacio Sanz Cabrejas, y contra el acusado don Amadeo , con NIE NUM004 , natural de La Libertad (Perú), nacido el día NUM005 -1977, hijo de Clemente y Gregoria , sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador don Víctor Enrique Mardomingo Herrero y defendido por el Abogado don Iván Gil Rodríguez, con la intervención del MINISTERIO FISCAL en la representación que por ley le corresponde, quedando el juicio concluso para sentencia el día 14 de diciembre de 2015, siendo Ponente el Magistrado de la Sección Ilustrísimo Señor don JULIÁN ABAD CRESPO, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito contra la salud pública de los arts. 368 y 369.1.5ª del Código Penal , del que consideró autores penalmente responsables a los acusados, concurriendo en Martina y Santos la atenuante analógica del art. 21.7ª del Código Penal en relación con la circunstancia 4ª del mismo precepto, de confesión, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en relación con Amadeo , interesando se impusiera a Martina y Santos la pena de seis años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 200.000 euros, y a Amadeo la pena de siete años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 200.000 euros, costas en la proporción legal, comiso de la sustancia incautada, a la que se dará destino legal, en caso de que las penas impuestas no excedieran de los límites del art. 53.3 del Código Penal el impago de la multa llevará aparejado una responsabilidad personal subsidiaria por tiempo de un año.

**SEGUNDO.-** La defensa de la acusada doña Martina concluyó en el sentido de no considerar delito los hechos realizados por la acusada, si bien alegó la concurrencia de la atenuante analógica de colaboración con la justicia del art. 21.4 del Código Penal en relación con la circunstancia 7ª del mismo precepto, la atenuante de disminuir el daño y sus efectos del art. 21.5 del Código Penal y la atenuante de dilación indebida del art. 21.6 del Código Penal .

**TERCERO.-** La defensa del acusado don Santos concluyó definitivamente interesando la absolución de su defendido. Subsidiariamente, calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública de los arts. 368 y 369 del Código Penal en grado de tentativa, concurriendo la atenuante de colaboración con la Justicia y la atenuante de dilaciones indebidas, interesando se impusiera al acusado la pena de prisión de un año y seis meses y multa del tanto del valor de la sustancia.

**CUARTO.-** La defensa del acusado don Amadeo concluyó definitivamente solicitando pena alternativa, cometiéndose los hechos en grado de tentativa, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada y la atenuante de colaboración con la Administración de Justicia.

## II. HECHOS PROBADOS

En el año 2010, una persona llamada Marí Trini , a la que no afecta el presente enjuiciamiento, se concertó con otra u otras personas, a las que tampoco afecta el presente procedimiento, para hacerles llegar cocaína desde Perú a Barcelona, con la intención de destinar dicha sustancia a su distribución para su consumo ilícito mediante la venta de la misma a terceras personas.

En cumplimiento de tal concierto, ocultaron 1.986'4 gramos de cocaína, con una riqueza en cocaína pura del 77'7 por ciento, en unos paquetes que simulaban ser de unos pasteles típicos de Perú, y a través de familiares de la acusada Martina , pidieron a ésta que, aprovechando un viaje que iba a hacer desde Perú a Barcelona, trajera en su equipaje los indicados pasteles. Aceptando Martina hacerlo así, pero creyendo que lo que transportaba realmente eran pasteles.

Sobre las 14.55 horas del día 18 de enero de 2010, la acusada Martina llegó en avión al aeropuerto de Madrid-Barajas, en escala para Barcelona, llevando en sus maletas los indicados paquetes conteniendo la cocaína. Siendo detectada por la Guardia Civil de servicio en el aeropuerto la presencia de dicha sustancia en el equipaje de Martina , por lo que fue detenida, ocupando la Guardia Civil la cocaína que ésta transportaba.

Al no llegar Martina a Barcelona en las fechas previstas, Marí Trini se enteró a través de la familia de Martina de que ésta se había quedado en Madrid, aunque desconociendo la tal Marí Trini que la acusada había sido detenida con intervención policial de la droga, y se puso en contacto con el acusado Santos para que éste recogiera de Martina los

paquetes con la droga.

Por informaciones aportadas a la Guardia Civil por la abogada que asumía en la fase procesal de instrucción la defensa de la acusada Martina , informaciones que dicha abogada había recibido de una hija de dicha acusada, la Guardia Civil conoció el número de teléfono móvil al que Martina debía llamar para entregar los paquetes. Proponiendo la Guardia Civil a Martina que llamara a dicho número y acordara una cita con el que recibiera la llamada para hacer una entrega simulada de la droga. Haciéndolo así Martina , siendo el acusado Santos quien contestó a la llamada. Y tras diversas comunicaciones telefónicas entre ambos acusados, acordaron una cita el día 22 de febrero de 2010, sobre las 10.25 horas, en el Centro Comercial Plenilunio, en la ciudad de Madrid, acudiendo a la cita Santos , siendo detenido cuando recogía los paquetes que le entregaba Martina .

Una vez detenido, el acusado Santos se ofreció también a colaborar con la Guardia Civil para la averiguación de los hechos. A tales efectos, y bajo el control de la Guardia Civil, Santos llamó telefónicamente a Marí Trini y le dijo que ya había recogido los pasteles. Marí Trini procedió a contactar con el también acusado Amadeo , no constando si directamente con él o a través de su esposa, pidiéndole que recogiera los paquetes que tenía el acusado Santos . Aceptando Amadeo el encargo, pero no constando que fuera consciente de que el contenido de los paquetes fuera cocaína.

Y el día 23 de febrero de 2010, el acusado Amadeo se puso en contacto telefónico con Santos , citándose para el mismo día en el intercambiador de autobuses sito en la Avenida de América de esta ciudad de Madrid, sobre las 19.30 horas para que Santos le entregara el paquete a Amadeo . Acudiendo a la cita Amadeo , siendo detenido por la Guardia Civil cuando recibía los paquetes de Santos .

Los tres acusados carecían de antecedentes penales en las fechas antes indicadas.

La droga incautada tenía un valor en el mercado ilícito de la misma de 67.549'12 euros en su venta al por mayor.

### III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se alega por la defensa del acusado Amadeo una serie de nulidades de actuaciones a las que debe darse contestación previa. Si bien, y como se expresa en los siguientes apartados de esta sentencia, este Tribunal no considera acreditada la comisión por el indicado acusado del delito enjuiciado, dando lugar a su absolución, lo que supone que la contestación a las indicadas cuestiones de nulidad carecerá de relevancia práctica.

**SEGUNDO.-** La primera nulidad que se alega por la indicada defensa se concreta en la vulneración del derecho de defensa por no haberse entendido la instrucción de la causa con el abogado designado por el acusado.

La indicada cuestión de nulidad ya fue planteada por la indicada defensa en el presente rollo, a la que se dio contestación por auto de 4 de mayo de 2015, constando a los folios 229 y siguientes del rollo de sala, resolución cuya motivación se da aquí por reproducida para desestimar también ahora la cuestión de nulidad. Si bien, y a modo de síntesis, cabe reiterar que la nulidad de los actos judiciales derivada del art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial no se deriva únicamente de la infracción de las normas procesales, sino que se exige para tal nulidad que de tal infracción normativa se derive, como consecuencia de la misma, la posible indefensión de la parte promotora de la nulidad; sin que en el presente caso se haya concretado por la defensa del acusado qué indefensión concreta se le ha podido causar, en el sentido de señalar los actos procesales que el abogado designado hubiera realizado de haberse entendido con él las actuaciones y que hubieren sido de interés para la defensa de los intereses del acusado; conducta en la que la defensa del acusado se reitera en el acto del juicio oral, donde tampoco señala tales actos concretos que hubiera realizado.

Pero es más, y para garantizar al máximo el derecho de defensa del acusado, evitando toda posible indefensión del mismo, en el indicado auto se concedió a su defensa plazo para que pudiera presentar escrito ampliando o rectificando las alegaciones vertidas en el escrito de defensa presentado por la otra defensa y proponiendo las pruebas que considerara pertinentes para la defensa. Como así se ha hecho finalmente. Por lo que, en definitiva, ninguna indefensión en el enjuiciamiento ha sufrido el acusado Amadeo .

**TERCERO.-** Se alega por la defensa del acusado Amadeo la nulidad del auto de 18 de febrero de 2010, dictado por el Juzgado de Instrucción, en el que se autorizó la entrega controlada del paquete de pastelillos simulado a la persona que resultara receptora del mismo; fundando la indicada defensa la nulidad de dicho auto en que el mismo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa del acusado por no establecerse una persona concreta como receptora, lo que constituye un motivo de nulidad; y se añade por la defensa que se trata de un delito simulado ya que el

paquete estaba ya intervenido. Debiéndose rechazar la pretendida nulidad por las razones que se expresan seguidamente.

No existe norma alguna que exija que el auto judicial autorizando la entrega controlada de drogas exprese la concreta persona que pudiera recibirlas. Incluso en el art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto dedicado precisamente a la regulación de la autorización de la circulación o entrega vigilada de tales sustancias, exige que el auto que lo autorice determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de la autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. No exigiéndose en dicho precepto, como es de ver, que en el auto judicial se exprese la identidad de la persona receptora de la sustancia. Lo cual, por otra parte, es lógico, pues en muchos casos la técnica de la circulación o entrega vigilada de la droga está destinada precisamente a descubrir la identidad de las posibles personas destinatarias de tal sustancia.

Y la alegación referida a que se trata de un delito simulado ya que el paquete estaba intervenido por la Guardia Civil, no puede compartirse por este Tribunal. El delito existió realmente, no siendo un delito simulado. El auto se dictó para investigar las personas que pudieran haber acordado y participado en la comisión de un delito, cuya ejecución se inició antes de que la Guardia Civil tuviera conocimiento de su existencia.

**CUARTO.-** Finalmente, la defensa del acusado Amadeo alega la nulidad del auto de 15 de febrero de 2010, por el que se autoriza que la acusada Martina llamara por teléfono al acusado Santos desde la prisión, fundando la indicada defensa la nulidad de dicho auto en que un interno no puede tener móvil, con lo que se incumple la legalidad. Se trata de un fundamento tan absurdo, al que poco se puede argumentar para descartar la nulidad, salvo eso, que es absurdo, sin apoyo legal ninguno.

**QUINTO.-** Las pruebas practicadas en el juicio oral, apreciadas en conciencia por este Tribunal, han acreditado los hechos que se declaran probados en el anterior apartado de esta sentencia. Mereciendo que se destaquen las consideraciones que siguen.

El transporte de la sustancia desde Perú a Madrid, si bien con destino último en Barcelona, ha sido acreditado directamente por el interrogatorio en juicio oral de la acusada Martina. Reconociendo la propia acusada haber sido la que trajo tal sustancia en su equipaje, si bien no admitió que fuera consciente de que transportaba droga, pues afirmó que creyó que se trataba de unos pasteles. Igualmente constituyó prueba del indicado transporte el testimonio en el acto del juicio oral del Guardia Civil NUM006. Incluso se trata de un hecho no discutido por ninguna de las defensas.

Por otro lado, el informe de la Agencia Española del Medicamento, obrante al folio 591, acredita la sustancia que se ocultaba en los paquetes que simulaban ser de pasteles, tratándose de cocaína, con las concretas circunstancias de peso y riqueza en cocaína pura que se describen en el apartado de hechos probados de esta sentencia.

En cuanto al destino que se pretendía dar a la cocaína, el mismo queda acreditado indiciariamente por la cantidad de droga, que excede de la que se viene entendiendo jurisprudencialmente como destinada al autoconsumo, que en relación con la cocaína se cifra en quince gramos; valorándose también que no aparece practicada en la causa ninguna prueba en relación con que el destino de la cocaína fuera otro distinto al de la distribución entre terceras personas para su consumo ilícito.

Y, finalmente, en relación con el valor de la droga, queda acreditado por el informe al efecto obrante al folio 611 del procedimiento abreviado.

**SEXTO.-** Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra la salud pública de los arts. 368 y 369.1.5ª del Código Penal; delito que se comete por los que ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promueven, favorecen o facilitan el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las poseen con aquellos fines, si se trata de sustancias o productos que causan grave daño a la salud, y siendo de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas anteriormente expresadas; procediendo la subsunción de los hechos probados en el tipo delictivo descrito pues tales hechos suponen que se llevó a cabo el transporte de cocaína, con lo que se realizó un claro acto de favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de tal sustancia, que es una sustancia estupefaciente que causa graves daños a la salud, según reiterada Jurisprudencia, concurriendo en el caso la circunstancia de notoria importancia antes expresada pues, conforme al Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19.10.2001, acuerdo no jurisdiccional pero aplicado con reiteración en las sentencias de dicho Tribunal, la notoria importancia de cocaína se da a partir de los 750 gramos de cocaína base o pura.

**SÉPTIMO.-** Del indicado delito no procede declarar responsabilidad penal ninguna a cargo de la acusada Martina.

Como no hay duda, en los indicados artículos se tipifica un delito doloso, lo que implica que el autor de dicho delito debe actuar con la conciencia y voluntad de transportar la droga. No concurriendo, por tanto, el indicado dolo cuando el transportista ignore que lo que transportaba era droga.

Desde otro punto de vista, de conformidad con el art. 14 del Código Penal, el error del autor del delito sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal.

Pues bien, las pruebas practicadas han acreditado que la acusada Martina no era consciente de que en los paquetes de pasteles se ocultaba la cocaína.

A tal conclusión ha llegado este Tribunal en virtud de la apreciación en conciencia del interrogatorio en el juicio oral de la propia acusada, pues la intermediación judicial en la práctica de dicha prueba produjo la total convicción de este Tribunal en la credibilidad de lo declarado por la acusada en relación con que recibió los paquetes de pasteles, creyendo que, efectivamente, se trataba de pasteles. Incluso resultan de la causa algunos detalles que corroborarían la versión exculpatoria de la acusada. Así, las fotografías del equipaje donde la acusada transportó la droga, que aparecen a los folios 16 y siguientes de las diligencias previas, acreditan que la cocaína venía oculta en paquetes cerrados de una marca comercial de pasteles. Circunstancia que aumenta la confianza en quien recibe el paquete de que lo que se contiene en el mismo es lo que se refleja en su envoltorio. Así también, los paquetes venían, si bien dentro de las maletas, sin ninguna argucia o manipulación de éstas para su ocultación en un posible reconocimiento visual del contenido de las maletas; lo que es compatible con que el dueño de las maletas no piensa que transporta algo ilegal que debe tratar de ocultar. También es un dato a tener en cuenta para apreciar la credibilidad de la versión exculpatoria de la acusada su predisposición desde el primer momento para colaborar en la investigación de los hechos y permitir la identificación de los posibles autores del delito. Implicándose incluso en tal colaboración familiares de la propia acusada. Otro dato a tener en cuenta a los mismos efectos es que la acusada no conociera a los demás partícipes en el delito, siendo muy sintomático al respecto que el acusado Santos, a quien la persona identificada como Marí Trini encargó recoger la droga de la acusada, mintiera a la hora de identificarse, simulando un nombre que no era el suyo. Finalmente, también es sintomática la reacción de la acusada cuando la Guardia Civil descubrió la presencia de la cocaína en su equipaje, pues el testimonio en el juicio oral del Guardia Civil NUM007 acreditó que la acusada Martina se mostró especialmente sorprendida por tal descubrimiento.

En definitiva, este Tribunal considera que las pruebas practicadas han acreditado que la acusada Martina desconocía que en los paquetes que le entregaron para su transporte a España se contenía cocaína. Por lo que tal desconocimiento excluye el dolo del delito por el que definitivamente le acusa el Ministerio Fiscal. Y al no concurrir el dolo del delito, no surge a cargo de la acusada responsabilidad penal alguna, no sólo por aplicación del citado art. 14 sino también por el art. 5 del Código Penal, conforme al cual, y tratándose de un delito doloso, no hay pena sin dolo. Lo que debe llevar a la absolución de la acusada Martina del indicado delito.

**OCTAVO.-** Las pruebas practicadas, incluyendo al propio interrogatorio del acusado Amadeo en el acto del juicio oral, acreditan que le encargaron ponerse en contacto con el acusado Santos para que éste le hiciera entrega de los paquetes que este último tenía, llamando Amadeo a Santos, y citándose ambos para la entrega del paquete, siendo detenido Amadeo cuando acudió a dicha cita.

Pero lo que niega el acusado Amadeo es que fuera sabedor de que el paquete contenía cocaína. Y este Tribunal no aprecia que se haya practicado prueba de cargo suficiente para acreditar que Amadeo fuera sabedor de la existencia de la droga. Debe señalarse al respecto que en las conversaciones telefónicas mantenidas entre los acusados Amadeo y Santos, escuchadas en el acto del juicio oral y transcritas a los folios 263 y siguientes de las diligencias previas, no se encuentran motivos o indicios para inferir que Amadeo era conocedor del verdadero contenido de los paquetes. Lo que se ha probado respecto de la intervención de Amadeo es perfectamente compatible con que acudiera para hacer un favor a instancias de su cónyuge, tal y como mantuvo el acusado en el juicio oral. Surgiendo dudas a este Tribunal acerca de si la intervención del acusado Amadeo en los hechos fue en la conciencia de que lo que había en el paquete era cocaína. Y la falta de pruebas suficientes sobre el requisito subjetivo del delito, esto es, del dolo, implica que la presunción de inocencia de la acusada no haya sido debidamente desvirtuada. Y con ello, en la presente sentencia debe absolverse al acusado Amadeo del delito por el que se le acusa.

**NOVENO.-** La conducta objetiva que en el apartado de hechos probados de esta sentencia se atribuye al acusado Santos ha sido acreditada por el interrogatorio del propio acusado en el acto del juicio oral. Constituyendo también prueba de tal conducta objetiva el interrogatorio en el acto del juicio oral de la acusada Martina.

En realidad, la defensa del acusado Santos no discute los hechos objetivos que se declaran probados en esta sentencia. Lo que se niega por el citado acusado y por su defensa es que el mismo fuera consciente de la existencia de la cocaína en los paquetes que fue a recoger de manos de la acusada Martina .

Sin embargo, se han acreditado una serie de hechos de los que las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia obligan a inferir racionalmente que el acusado Santos sí era conocedor de su actual ilícito. Así, las conversaciones telefónicas que mantuvo con la persona identificada como Marí Trini , conversaciones de las que resulta que Marí Trini era la persona que organizaba y dirigía la actuación de los demás intervinientes en los hechos, ponen de manifiesto sin ningún género de duda la relación previa existente entre los mismos, que incluso cabe calificar de, al menos, amistad; el acusado Santos mantuvo varias conversaciones telefónicas con la acusada Martina hasta conseguir citarse con ella para que le hiciera entrega de los paquetes, mostrando una insistencia en dicha entrega que no resulta lógicamente compatible con la intención de recoger unos simples pasteles, de valor económico evidente irrelevante; mintió a la acusada Martina sobre su verdadero nombre, lo que supone la intención de que ésta no llegara a conocer su verdadera identidad, siendo tal conducta muy propia de quien sabe que está realizando una conducta ilícita y no quiere que se sepa por personas que le pudieran implicar; de tales conversaciones resulta el requerimiento de Marí Trini al acusado Santos para que le tenga continuamente informada de las gestiones realizadas con Martina para conseguir la entrega por ésta de los paquetes, lo que tampoco se compadece con el interés que pudiera despertar la recepción de unos pocos pasteles; en la conversación mantenida entre Marí Trini y Santos el día 6 de febrero de 2010, transcrita a los folios 125 y siguientes de las diligencias previas, Marí Trini relata a Santos que, en clara referencia a Martina , le ha metido en problemas, que (unas personas a las que no identifica) piensan que es una mentirosa y que se ha "tirado" el dinero, siendo evidente que tales manifestaciones poco tienen que ver con el transporte de unos pocos pasteles de escaso valor económico; y, finalmente, en la conversación telefónica mantenida entre Marí Trini y el acusado Santos el día 22 de febrero de 2010, transcrita a los folios 255 y siguientes de las diligencias previas, Marí Trini le manifiesta que le va a dar su comisión por todas las molestias, comisión que tampoco resulta coherente con un hecho que consistiera simplemente en recoger unos pocos pasteles de escaso valor económico.

Por todo ello, este Tribunal no alberga duda racional alguna acerca de que el acusado Santos aceptó el encargo que le realizó Marí Trini de recoger de manos de Martina la cocaína que ésta había traído desde Perú, y de entregarla posteriormente a terceras personas.

**DÉCIMO.-** Del delito antes definido es autor penalmente responsable el acusado Santos , al ejecutar directa y voluntariamente los hechos delictivos ( arts. 27 y 28 del Código Penal ). Si bien la participación del indicado acusado en el citado delito lo fue en grado de tentativa del art. 16.1 del Código Penal .

A tales efectos debe señalarse aquí la Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo reflejada en la sentencia 5 de octubre de 2004 de dicho Tribunal, en la que se expresa lo siguiente:

*" En los supuestos de envío de droga desde el extranjero la tentativa es admisible cuando se estime acreditado por la Sala sentenciadora que la intervención del acusado no tuvo lugar hasta después de que la droga se encontrase ya en nuestro país, habiéndose solicitado por un tercero la colaboración del acusado para que participase, de un modo accesorio y secundario, en los pasos previos a la recepción de la mercancía por sus originales destinatarios, pero: 1º) sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2º) sin ser el destinatario de la mercancía; 3º) sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas (Ver S.S.T.S. de 26 de marzo de 1997, 3 de marzo y 21 de junio de 1999 o 12 de mayo de 2001, núm. 835/2001).*

*Cuando, remitida la droga por correo o cualquier otro sistema de transporte, el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, una reiterada doctrina jurisprudencial considera que quien así actúa es autor de un delito consumado por tener la posesión mediata de la droga remitida y por constituir un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico ( Sentencias 2108/93 de 27 de septiembre , 2378/93 de 21 de octubre , 383/94 de 23 de febrero , 947/94 de 5 de mayo , 1226/94 de 9 de junio , 1567/94 de 12 de septiembre , 2228/94 de 23 de diciembre , 96/1995 de 1 de febrero , 315/96 de 20 de abril , 357/96 de 23 de abril , 931/98 de 8 de julio , 11 de noviembre de 1999 núm. 1594/1999, 13 de marzo de 2000 , núm. 379/2000, 19 de septiembre de 2000 , núm. 1393/2000, 15 de noviembre de 2000 , núm. 1737/2000, 20 de enero de 2001 , núm. 28/2001 y 29 de enero de 2001 , núm. 65/2001 , entre otras).*

*Cuando el acusado llega a hacerse cargo de la droga, la doctrina jurisprudencial mayoritaria también considera el*

*delito como consumado dado que el acusado ha dispuesto de la posesión material de la droga, posesión directa e inmediata preordenada al tráfico que configura la acción típica prevenida en el art 369 del CP 95. (S.S.T.S. de 26 de marzo de 1997, 3 de marzo y 21 de junio de 1999, 19 de enero de 2001, núm. 43/2001, y 2 de mayo de 2001).*

*Concorre la tentativa cuando el autor, sin participación previa en el envío, ha intentado hacerse con la droga sin haber logrado su disponibilidad efectiva. En los supuestos en que el acusado ha sido detenido antes de llegar a hacerse cargo de la sustancia prohibida, la tentativa es clara (ver STS núm. 835/2001, de 12 de mayo, con cita de la STS 405/1997, de 26 de marzo). Y este criterio debe hacerse extensivo, como señala la STS núm. 319/2001, de 5 de marzo, a los supuestos de entrega controlada o vigilada, en que la detención se produce de modo inmediato a realizarse la entrega, pues en tal caso la tenencia es puramente fugaz y nominal, sin disponibilidad efectiva, ya que el control policial previo imposibilita que el receptor disponga de la más mínima posibilidad de llegar a hacerse cargo de la cocaína para entregarla a su destinatario. Doctrina que debe considerarse ya como consolidada.*

*Ha de insistirse que nos referimos en todo caso a supuestos en los que el acusado, ajeno al plan rector de la operación de transporte de la droga y, por tanto, sin la menor capacidad de incidir en él, tuvo una participación limitada a prestar su contribución como destinatario transitorio, que no final, de aquélla, dirigida realmente y en último término a otra persona que, mediante el pago de ese servicio o mediante otro tipo de contraprestación, eludía el riesgo inherente al momento de la recepción del envío.*

*Por el contrario, como señala la Sentencia de 20 de enero de 2001, núm. 28/2001, en los supuestos de envíos de droga a larga distancia, sea cual sea el medio utilizado, siempre que exista un pacto o convenio para llevar a cabo la operación, el tráfico existe como delito consumado desde el momento en que el remitente pone en marcha el mecanismo de transporte previamente convenido con el receptor, por entenderse que la droga quedó sujeta a la voluntad de los destinatarios en virtud del acuerdo. "*

Según lo que se ha considerado probado en la presente sentencia, el transporte de la cocaína desde Perú hasta su destino final en Barcelona iba a realizarlo Martina. La intervención en los hechos de Santos es requerida por Marí Trini cuando el transporte ha sido interrumpido en Madrid. Santos no es el destinatario final de la cocaína, sino un mero intermediario en la cadena de entregas, establecida con carácter subsidiario al plan inicial de transporte de dicha sustancia. Y Santos nunca llegó a tener la disponibilidad efectiva de la droga pues cuando él intervino en los hechos, la droga ya estaba controlada por la Guardia Civil. Por lo que la concreta conducta llevada a cabo por el acusado Santos se subsume absolutamente en el supuesto de tentativa del delito contra la salud pública admitido por el Tribunal Supremo.

**UNDÉCIMO.-** Concorre en el caso la atenuante analógica de colaboración con la Justicia del art. 21.7ª del Código Penal respecto del acusado Santos, pues mostró una voluntad decidida y clara de colaborar con la Guardia Civil a los efectos de conseguir la identificación de las personas que participaban en la comisión del delito, llegando incluso a ayudar materialmente a tal finalidad manteniendo conversaciones telefónicas controladas por la Guardia Civil con la persona identificada como Marí Trini y con el también acusado Amadeo, a quien finalmente Marí Trini encargó la recepción de los paquetes, y que fue detenido por la Guardia Civil por la eficaz colaboración de Santos en el lugar en que éste se había citado con aquél. Por lo que se aprecia la concurrencia de dicha atenuante, pero sin que se aprecie el carácter de muy cualificada, sobre todo por la poca eficacia que finalmente tuvo ya que en esta sentencia no se considera probado que la persona que finalmente fue identificada y detenida por la colaboración del Santos fuera realmente un partícipe penalmente responsable de los hechos.

**DUODÉCIMO.-** Concorre también en el caso la atenuante simple de dilaciones indebidas del art. 21.6ª del Código Penal; precepto en el que se tipifica como atenuante la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Así, se aprecia que en la fase de diligencias previas el Juzgado de Instrucción no realizó trámite alguno desde el 15 de febrero de 2011, fecha en la que tuvieron lugar diversas notificaciones a las partes, hasta el 19 de junio de 2012, en que se dictó una providencia. Suponiendo, por tanto, una paralización del procedimiento por tiempo de un año y cuatro meses. No constando de lo actuado nada que justifique tal paralización. Por lo que este Tribunal entiende que concurre causa suficiente para apreciar la indicada atenuante, pero como simple, ya que el tiempo de paralización no justifica que se aprecie la atenuante como muy cualificada.

**DECIMOTERCERO.-** En el párrafo primero del art. 368 del Código Penal se castigado el delito tipificado en dicho precepto con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.

La aplicación del art. 369 del Código Penal al caso que nos ocupa implica que se imponga la penas de prisión superior en grado a la antes señalada y que la multa lo sea del tanto al cuádruplo.

Al haberse cometido el delito por el acusado Santos en grado de tentativa, el art. 62 del Código Penal impone que se le imponga la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. Lo que en el presente caso supone que la penalidad deba rebajarse en dos grados habida cuenta de que la intervención del citado acusado tuvo lugar bajo el control de la Guardia Civil, entregándose un paquete simulado en el que ya no estaba la droga, por lo que en el caso concreto era nulo el riesgo para el bien jurídico protegido en los arts. 368 y 369 del Código Penal y el grado de ejecución fue muy escaso.

Conforme al art. 66 del Código Penal , cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes. Estimando este Tribunal procedente la rebaja de la pena en un grado pues la concurrencia de dos circunstancias atenuantes justifica por sí sola la rebaja en un grado, sin que en tales atenuantes se aprecien circunstancias excepcionales de atenuación de la responsabilidad penal que justifiquen la rebaja de la pena en dos grados. Por lo que, en definitiva, y teniendo en cuenta la gravedad del delito en relación con la cantidad de cocaína objeto del mismo, se impone al acusado Santos la pena de prisión de prisión de un año y seis meses menos un día y la pena de multa de 16.000 euros.

En relación con la pena de multa, y en aplicación del art. 53.2 del Código Penal , procede fijar la responsabilidad personal subsidiaria para el caso del impago de la multa, que se establece en 10 días.

Por otra parte, y en aplicación del art. 374.1 del Código Penal , en el que se establece que en los tipos de delitos como el que es objeto de condena en la presente sentencia, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto del delito, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias provenientes del mismo, procede el comiso de la droga objeto del delito.

Asimismo, y de conformidad con el art. 56 del Código Penal , la pena de prisión impuesta al acusado, que no excede en su extensión de diez años, lleva legalmente aparejada la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

**DECIMOCUARTO.-** En aplicación del art. 123 del Código Penal , en cuya virtud, las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, deben imponerse al acusado Santos la tercera parte de las costas del presente procedimiento, siendo el resto de oficio al absolverse a los otros dos acusados.

Por todo lo cual, y vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general aplicación,

#### IV. FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos al acusado Santos , como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública en grado de tentativa, ya antes definido, con la concurrencia de la atenuante analógica de colaboración con la Justicia y la atenuante de dilaciones indebidas, a una pena de prisión de un año y seis meses menos un día, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a una pena de multa de 16.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 10 días en caso de impago de la multa.

Que debemos absolver y absolvemos a Martina y a Amadeo del delito contra la salud pública por el que venían acusados en la presente causa.

Se decreta el comiso de la cocaína intervenida, que será destruida, si no se hubiera hecho ya.

Se impone el pago de la tercera parte de las costas al acusado Santos , declarándose de oficio el resto de las costas.

Abónese al acusado Santos para el cumplimiento de la pena de prisión que aquí se le impone el tiempo que haya estado privado provisionalmente de su libertad por esta causa.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que puede interponerse recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciado ante esta Audiencia dentro del plazo de cinco días, a contar desde el siguiente al de la última notificación, y de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.



Referencia Cendoj: 28079370062015100861