

Roj: **STS 8233/2002 - ECLI:ES:TS:2002:8233**Id Cendoj: **28079120012002102431**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/12/2002**Nº de Recurso: **366/2002**Nº de Resolución: **2104/2002**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **ENRIQUE ABAD FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil dos.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por la representación de los procesados Juan Manuel y Rosendo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que les condenó, por delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando representados los recurrentes Juan Manuel y Rosendo por el Procurador Sr. González Sánchez.

## ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 8 de los de Palma de Mallorca, instruyó Sumario con el número 4 de 2000 contra los procesados Juan Manuel y Rosendo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital (Sección Segunda) que, con fecha diecinueve de Marzo de dos mil dos, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

< usuaria desde hacía algunos años de la Oficina de Correos sita en la CALLE000 número NUM000 de Ca'n Pastilla (Palma de Mallorca), y por esa razón ya conocida por el Auxiliar de Clasificación y Reparto de dicha Oficina Cornelio, unas semanas antes de su detención acudió a la misma para retirar un envío procedente de Perú, haciendo asimismo entrega al funcionario citado de una nota manuscrita por ella en la que hacía constar, junto al nombre de una persona desconocida ( Gregorio ), dos números de teléfono de contacto a los que solicitó que se llamase para avisar de futuros envíos, que desde entonces deberían guardarse en la Oficina para ser recogidos personalmente. Esa misma ocasión fue aprovechada por la acusada para presentar como su marido al también acusado Juan Manuel al funcionario antes mencionado -que éste tenía visto sólo desde fechas más recientes (principios de año)-, y confirmar que, en lo sucesivo, también él podría acudir a retirar la correspondencia a su nombre.

El día 6 de abril de 2000, siguiendo las instrucciones mencionadas, el funcionario Cornelio efectuó una llamada al número de teléfono móvil indicado en la nota manuscrita, avisando a quien respondió a la misma de la llegada de un paquete. Sobre las 13 horas del día siguiente, 7 de abril, y previa llamada de Rosendo para confirmar dicha llegada, se presentó en la Oficina del acusado Juan Manuel, quien, tras firmar el correspondiente recibo de entrega y retirar el paquete, fue inmediatamente detenido por efectivos de la Guardia Civil, procediéndose con posterioridad a la detención de la otra acusada.

Dicho paquete postal, objeto de una entrega vigilada autorizada el día 4 de abril de 2000 por el Juzgado de Instrucción número diecisiete de Madrid, procedía de Lima (Perú), constando como remitente el desconocido Carlos, AVENIDA000 NUM001, y como destinatario el nombre de la antes indicada como también desconocida Gregorio, con el domicilio de los acusados, en la CALLE001 de Can Pastilla. Ocultos entre dos fardos de madera y cuero repujado, dicho paquete contenía 1955,840 gramos de cocaína con un 76 %





de pureza y 0,710 gramos de la misma sustancia con un 83 % de pureza, según análisis convenientemente practicado, valorados en 18.587.225 pesetas.

Se declara asimismo probado que, con anterioridad a los hechos descritos, el día 10 de febrero de 2000, los acusados pretendieron cambiar en caja en cheques emitidos en dólares, sin que quedase mayor constancia documental, la cantidad de tres millones cuatrocientas cuarenta mil pesetas en efectivo, cuya procedencia, que los acusados afirman entregada por un desconocido de apellido Wu que se desplazó a tal efecto expresamente desde Madrid, no ha quedado acreditada. Para posibilitar la operación dicha cantidad tuvo que ser ingresada en la Libreta de Ahorros del Banco de Crédito Balear que la acusada tenía abierta en la sucursal de DIRECCION000 Pastilla, retirándolas acto seguido mediante cuatro cheques de ochocientas cincuenta mil ciento sesenta pesetas (cinco mil dólares) cada uno, que fueron enviados días después a Sana Cruz, en Bolivia. >>

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

< como autores responsables de un delito contra la salud pública previsto y castigado en los artículos 368 y 369.3º del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos, a la pena de nueve años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a la multa de ciento once mil setecientos once euros y al pago por mitad de las costas procesales.

Se decreta el comiso de la cocaína, dándosele el destino legal.

Para el cumplimiento de las penas que se imponen declaramos de abono todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por los hechos objeto de la presente causa siempre que no les hubiera sido computado o les fuera computable en otra.

Notifíquese a las partes personadas que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días .>>

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación de los procesados Juan Manuel y Rosendo , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del procesado Juan Manuel , formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de Ley y de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la Constitución.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley y de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a un procedimiento con las debidas garantías del artículo 24.2 de la Constitución, en relación al principio "in dubio pro reo", que debió aplicarse toda vez las dudas que la propia sentencia manifiesta.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 368 y 369.3º del Código Penal.

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 28 del Código Penal (autoría) e indebida no aplicación del artículo 29 del Código Penal (complicidad).

MOTIVO QUINTO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 15 del Código Penal (autoría en grado de consumación) e indebida no aplicación del artículo 16 (tentativa).

MOTIVO SEXTO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 5 del Código Penal e indebida no aplicación del artículo 14 (error) en relación con el artículo 368, en relación a este mismo artículo en relación a la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, y en relación al artículo 369.3º del Código Penal (cantidad de notoria importancia).

Y, la representación de la procesada Rosendo , formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la no suspensión del juicio ante la incomparecencia de los testigos Rogelio , Carlos , Gregorio y Luis Francisco , habiéndose formulado protesta y aportado lista de preguntas.





MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley y de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.1º y 2º de la Constitución Española.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de Ley y de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia contenido en el artículo 24.2 de la Constitución.

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de Ley y de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a un procedimiento con las debidas garantías del artículo 24.2 de la Constitución, en relación al principio "in dubio pro reo".

MOTIVO QUINTO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 368 y 369.3º del Código Penal.

MOTIVO SEXTO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 28 del Código Penal (autoría) e indebida no aplicación del artículo 29 del Código Penal (complicidad).

MOTIVO SEPTIMO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 15 del Código Penal (autoría en grado de consumación) e indebida no aplicación del artículo 16 (tentativa).

MOTIVO OCTAVO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 5 del Código Penal e indebida no aplicación del artículo 14 (error) en relación con el artículo 368, en relación a este mismo artículo en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, y en relación al artículo 369.3º del Código Penal (cantidad de notoria importancia).

5.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos, oponiéndose a la admisión de todos los motivos interpuestos en ambos recursos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 5 de Diciembre de 2002.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### RECURSO DE Rosendo

PRIMERO.- 1.- El Motivo Primero se formula por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850.1º de la Ley Procesal Penal, por no haberse suspendido el juicio oral ante la incomparecencia de los testigos Carlos , remitente del paquete conteniendo la droga, Gregorio , destinataria del indicado paquete, Rogelio , amigo de la procesada ahora recurrente, y Luis Francisco , persona a la que Rosendo envió unos cheques por un elevado importe en operación descrita en el párrafo último de los hechos probados.

En el Motivo Segundo, por la vía del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia infracción de los derechos a valerse de todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, reconocidos en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución.

Alega el recurrente en el Primer Motivo que solicitó en conclusiones provisionales una serie de declaraciones testificales que fueron admitidas por la Audiencia, si bien señalando que los testigos con domicilio fuera de España debían ser traídos por la parte proponente -Auto de 25 de enero de 2002-. Que en el recurso de súplica interpuesto contra este Auto se solicitó que, ante la imposibilidad de hacer comparecer a tales testigos, la Sala actuara de la forma establecida en el artículo 424 de la Ley Procesal, desestimando el Tribunal de instancia el recurso por no estar acreditada la necesidad de la práctica de dichas pruebas. Y posteriormente, ante la incomparecencia de los testigos, no suspendió el juicio oral, formulando la parte protesta y aportando lista de preguntas.

En el Motivo Segundo se aduce que la actitud de la Sala declarando la prueba pertinente primero, e innecesaria después, privó a la parte de ejercer una defensa plena.

Dado el contenido de los dos primeros Motivos del recurso, serán examinados conjuntamente.

2.- Para que pueda prosperar un recurso amparado en el artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, además de ciertos requisitos formales, deben cumplirse las siguientes condiciones de fondo: 1. Pertinencia de la prueba, esto es, que sea adecuada al fin que se persigue. 2. Necesidad de la misma, capaz de poder influir





en el sentido del fallo. 3. Posibilidad, en cuanto pueda llevarse a efecto sin lesionar el derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas.

En el caso que ahora examinamos debemos distinguir:

a). Las declaraciones de Rogelio , a quien se pretendía preguntar sobre personas que hubieran podido influir en que Rosendo aceptara hacerse cargo del paquete, y de Luis Francisco , presunto destinatario de unos cheques ajenos a los hechos que ahora se enjuician, no resultan indispensables de forma que su falta origine indefensión. Ello en términos absolutos dadas las preguntas propuestas, pero aún más en términos relativos si se tiene en cuenta que se facilita un posible domicilio en la lejana localidad de Santa Cruz de Bolivia.

b). La declaración de Carlos , remitente del paquete desde Lima, sí hubiera sido de indudable interés. Pero resulta ilusorio pensar que aunque el nombre y domicilio que aparecía en el indicado paquete fueran reales, una vez interceptado éste policialmente no solo continuara en el mismo, sino que accediera a contestar a la pregunta propuesta, si en el mes de abril de 2000 envió desde Lima un paquete conteniendo droga.

c). Respecto a la declaración de Gregorio destinataria del paquete, las gestiones para su localización han resultado infructuosas. Ver en este sentido el oficio obrante al folio 67 del Rollo en el que la Brigada de Extranjería de Palma de Mallorca dice que a " Valentín "; cuya filiación es la que más se acerca a la solicitada, tiene un permiso de trabajo válido hasta el 15 de marzo de 2000; el de la Unidad de la Policía Judicial de dicha Ciudad de 4 de marzo de 2002, participando que Valentín es desconocida en los domicilios que figuran en la causa; y las declaraciones de los acusados diciendo que la indicada persona se trasladó a Japón, sin una mayor concreción (ver folio 6 vto del Acta).

Es de notar que ya en Auto de 12 de febrero de 2002, al Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca se refería a la conveniencia de evitar innecesarias dilaciones en la tramitación de una causa con procesados en situación de prisión provisional.

Razones que explican la correcta decisión de la Sala a quo de no suspender el juicio oral ante la incomparecencia de unos testigos que no habían sido citados ni comparecían voluntariamente, cuya localización no era posible al menos en un plazo razonable, y que en algún caso no podían aportar datos de relevante interés.

Por ello entendiendo que no se ha producido el defecto in procedendo denunciado, ni vulnerados los derechos fundamentales invocados, los Motivos Primero y Segundo del recurso deben ser desestimados.

SEGUNDO.- El Motivo Tercero se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución.

En el desarrollo del Motivo se acepta que la acusada Rosendo esperaba el paquete y sabía que iba a ser enviado. Pero se niega: 1. Que tuviera conocimiento del contenido real de dicho paquete. 2. Que tuviese intención de colaborar en el tráfico de estupefacientes.

No se discute por tanto elementos objetivos del delito, sino subjetivos -tener conocimiento e intención- que constituyen verdaderos juicios de inferencia, a los que el Tribunal de instancia llega deduciéndolos en una operación lógica de los hechos que han quedado acreditados.

En este caso el aceptado conocimiento que Rosendo tenía del envío de un paquete desde Perú lo deduce la Sala a quo, según consta en el párrafo tercero del Fundamento Jurídico Segundo de su sentencia, de "la incuestionable actitud de espera" mostrada por ambos procesados, acreditada por las manifestaciones de don Cornelio , que trabajaba en la Oficina de Correos, (folios 29 y 70 del sumario y 21 vto. del Acta), a quién la acusada entregó una nota por ella escrita en la que figuraba el nombre de la destinataria del paquete - Gregorio - y dos números de teléfono de contacto a los que solicitó se les llamase caso de producirse el envío (párrafo primero del relato de Hechos Probados).

Pues bien, respecto a la primera de las cuestiones planteadas en este Motivo, argumenta la Sala a quo en el párrafo final del citado Fundamento Jurídico que "de las simples reglas de la experiencia se infiere que es mas que remota la probabilidad de que un paquete de semejante valor -la cocaína en él contenida ha sido valorada en 18.587.225 pesetas- se envíe a un nombre desconocido que coincida, además, con el previamente facilitado por los acusados, sin que exista explicación verosímil alguna sobre semejante coincidencia".

Argumentación razonable y lógica de la que deriva que los acusados conocían que el paquete que recibían contenía droga, o al menos aceptaban la muy probable realidad de que efectivamente la contuviera -dolo eventual-.





Siendo de destacar que tratándose de un paquete que contenía dos cuadros de madera y cuero repujado, y ocultaba 1955,840 gramos de cocaína, por su tamaño y lejana procedencia -Lima- igualmente aceptaban la muy lógica probabilidad de que dicha droga lo fuera en cantidad relevante y de notoria importancia, y estuviera destinada al tráfico, en el que consiguientemente intervenían (inciso final del párrafo segundo del Fundamento Jurídico Segundo).

En consecuencia, el conocimiento del contenido del paquete por Rosendo y su intención de participar en el tráfico de drogas cumpliendo el encargo recibido, se deduce de hechos acreditados e incluso reconocidas no de una forma arbitraria, sino a través de un razonamiento acorde con la lógica.

Por ello los juicios de inferencia combatidos en el recurso deben ser mantenidos en esta vía de la casación, con la consiguiente desestimación de su Motivo Tercero.

TERCERO.- En el Motivo Cuarto, también por el cauce del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías - artículo 24.2 de la Constitución Española-, en relación al principio in dubio pro reo.

Alega el recurrente que en el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia de instancia, destinado al análisis de la subsumibilidad de la conducta de los acusados en el tipo agravado previsto en el número 3 del artículo 369 del Código Penal, el Tribunal emplea repetidamente los términos "suponer" y "suposición", lo que demuestra que "no hay certeza del conocimiento del contenido del paquete, ni del tipo de sustancia, ni de la cantidad, por lo que procedería la libre absolución, o subsidiariamente la absolución del delito en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, o al menos la absolución por el tipo agravado de notoria importancia".

Sin embargo de la lectura completa del citado Fundamento Jurídico Tercero resulta que la Sala a quo se plantea como suposiciones una serie de posibilidades, tales como que los procesados tenían plena conciencia de las características del contenido del paquete o que tal conocimiento deriva de los movimientos bancarios que realizaron en fechas inmediatamente anteriores al envío del paquete.

Suposiciones que deshecha precisamente por eso, por ser meras suposiciones.

Pero en el párrafo siete y último de dicho Fundamento afirma terminantemente que "lo anterior conlleva únicamente la exclusión del conocimiento y voluntad en términos de dolo directo sobre la notoria importancia requerida en el artículo 369.3º del Código Penal, pero no excluye, asimismo, el dolo eventual. En efecto, aun admitiendo que la función encomendada a los acusados fuese la de mera recogida del ilícito envío para ponerlo a buen recaudo, subsiste a las claras la alta probabilidad, asumida o no por aquéllos, de que el contenido del mismo superase en cantidad determinados límites legales, abarcando pues el conocimiento de los acusados esa eventualidad. El solo conocimiento claro de que lo esperado, según continua referencia, era un paquete, y no un continente de menores dimensiones y capacidad, permite, aun contando con el empaquetado de los otros efectos entre los que la droga habría de venir camuflada, sustentar la afirmación de aquella alta probabilidad, afirmación que se ve confirmada por el hecho de que el paquete efectivamente retirado, sin mayores reparos, sumaba un peso bruto total de 4 kilos 205 gramos".

Por tanto la Sección Segunda de la Audiencia de Palma de Mallorca no tiene duda algún de que los procesados actuaban al menos con dolo eventual en la recogida de una importante cantidad de cocaína -1.487 gramos de cocaína pura-, que por su naturaleza y cantidad estaba destinada al tráfico. Sin que ni siquiera aluda a cualquier otra posibilidad que explique de forma verosímil otra motivación de la conducta de los procesados y haga no razonable la tesis de la Sala a quo.

Por ello y por lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior respecto a la existencia de al menos dolo eventual respecto al conocimiento de la naturaleza de la sustancia que se recibía, el Motivo Cuarto, en el que se postula la aplicación del principio in dubio pro reo, debe ser también desestimado.

CUARTO.- El Motivo Quinto, con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia la indebida aplicación de los artículos 368 y 369.3 del Código Penal.

Se alega que los hechos que en la sentencia que se impugna se consideran probados se limitan a relatar que Rosendo se interesó por la llegada de un paquete, que finalmente recogió su marido, y que abierto resultó contener sustancia estupefaciente. Hechos que no constituyen delito alguno en cuanto no afirman que Rosendo conociera el contenido del paquete ni tuviera intención de colaborar en el tráfico de drogas.

Ciertamente en los Hechos Probados la Audiencia se limita a recoger hechos, sustancialmente los indicados por el recurrente, dejando para los fundamentos jurídicos la descripción de los elementos subjetivos del delito, cuya falta denuncia el recurrente.



Así en el párrafo segundo del Fundamento Jurídico Segundo, tras reseñar la prueba de cargo practicada en el juicio oral que le ha permitido considerar acreditado el elemento central de la tipicidad de la conducta, la Sala concluye afirmando que queda acreditada la vinculación de los acusados con el paquete objeto de la entrega vigilada, "y su consiguiente intervención en el tráfico".

Ya se ha indicado que en el citado Fundamento Jurídico Segundo y también en el Tercero, se razona sobre el conocimiento que los acusados tenían de la naturaleza de la sustancia que recibían -1.487,02 gramos de cocaína pura con un valor de 18.587.225 pesetas- así como de su cantidad y destino al tráfico.

De la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia de Palma de Mallorca examinada en su conjunto, hechos probados recogidos en la narración fáctica y juicios de inferencia razonados en los fundamentos jurídicos, resulta que los acusados intervinieron en una operación de introducción en España de una importante cantidad de cocaína procedente de Perú, recogiendo el paquete desde ese país enviado.

Conducta que indudablemente integra la descrita en los artículos 368 y 369.3 del Código Penal que, en consecuencia, han sido debidamente aplicados, lo que implica la desestimación del Motivo Quinto del recurso.

SEXTO.- El Motivo Sexto, en base al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega indebida aplicación del artículo 29 del Código Penal.

Aduce el recurrente que los hechos relatados en la sentencia describen una muy periférica intervención de Rosendo en el delito de tráfico de drogas por el que se la condena, por lo que debía haber sido considerada cómplice y no autora del mencionado delito. Destacando que no fue ella sino su marido quien entregó el paquete conteniendo la sustancia estupefaciente.

Sin embargo en el párrafo inicial de la narración fáctica se afirma que Rosendo, que unas semanas antes de su detención acudió a la oficina de Correos sita en la CALLE000 de DIRECCION000 Pastilla, Palma de Mallorca, para retirar un envío procedente de Perú, aprovechó la ocasión para hacer entrega al encargado de la Oficina "de una nota manuscrita por ella en la que hacía constar, junto al nombre una persona desconocida ( Gregorio ), dos números de teléfono de contacto a los que solicitó que se llamase para avisar de futuros envíos, que desde entonces deberían guardarse en la Oficina para ser recogidos personalmente. Esa misma ocasión fue aprovechada por la acusada para presentar como su marido al también acusado Juan Manuel al funcionario antes mencionado -que éste tenía visto sólo desde fechas más recientes (principio de año)-, y confirmar que, en lo sucesivo, también él podría acudir a retirar la correspondencia a su nombre".

Lo que demuestra su participación directa en la recogida del paquete que contenía la cocaína intervenida. Acto esencial en el proceso de introducción en España de una importante cantidad de esa sustancia, que como tal debe ser considerado constitutivo de autoría - artículo 28 del Código Penal- y no de complicidad (ver sentencia 1649/2002, de 1 de octubre); por lo que el Motivo Sexto del recurso debe ser desestimado.

SEXTO.- En el Motivo Séptimo, también en base al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la inaplicación del artículo 16 del Código Penal.

Se alega que al tratarse de una entrega controlada, los acusados en ningún momento tuvieron la posesión mediata o inmediata ni la disponibilidad real de la sustancia contenida en el paquete recogido, por lo que el delito no llegó a consumarse, quedando en grado de tentativa

Sobre este extremo decíamos en la sentencia 835/2001, de 12 de mayo, que la regla general en el delito de tráfico de drogas es la de su consumación, ya que se trata de un delito de mera actividad y de riesgo abstracto.

Y que concretamente en los casos de envío de la sustancia de un lugar a otro, se considera que desde uno de los partícipes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, el delito queda consumado.

Ello siempre que exista un pacto o convenio previo entre los que envían la droga y los que han de recibirla (ver sentencia 1435/2000, de 29 de septiembre).

Pero que excepcionalmente, cuando no existe este previo acuerdo de voluntades y los acusados son, por ejemplo, meros transportistas contratados por los organizadores de la operación para esa misión concreta, si fueran detenidos antes de tener en momento alguno la disponibilidad de la droga, el delito queda en grado de frustración, hoy tentativa acabada (ver sentencia 405/1997, de 26 de marzo).

En el caso que ahora se examina la Sala a quo admite en el párrafo séptimo del Fundamento Jurídico Tercero de su sentencia "que la función encomendada a los acusados fue la de mera recogida del ilícito envío", una vez que éste estaba ya en España. Y en la narración fáctica se afirma que el acusado Juan Manuel, tras firmar el recibo de entrega del paquete "fue inmediatamente detenido por efectivos de la Guardia Civil".



Resulta pues aplicable a la conducta de los acusados la regla excepcional antes expuesta referida a la no consumación para ellos del delito de tráfico de drogas por el que se les condena, ya que no consta que hayan participado en la operación de importación, ni figuran como destinatarios del paquete (ver sentencia 1000/1999, de 21 de junio).

Razones por las que el Motivo Séptimo del recurso debe ser estimado.

SEPTIMO.- El Motivo Octavo se formula por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 5 del Código Penal -no hay pena sin dolo o imprudencia-, e inaplicación del artículo 14 del mismo Código -error-. Ello en relación al inciso primero del artículo 368 -sustancias que causan grave daño a la salud- y al número 3 del artículo 369 -cantidad de notoria importancia-.

Alega el recurrente que la acusada "no tenía plena conciencia de la naturaleza del envío que se le dirigió", "a lo sumo pudo suponerlo, lo que nos lleva a la punición del delito solo en su tipo básico".

Ya hemos señalado como la Sala a quo infiere razonablemente que Rosendo conocía o al menos aceptaba que el paquete que tenía que recoger contenía sustancia de las que causan grave daño a la salud en importante cantidad en base a las circunstancias concurrentes, en especial a las siguientes:

- No es lógico que alguien envíe un paquete conteniendo mercancía cuyo valor supera los dieciocho millones y medio de pesetas, a un destinatario que coincide con el previamente facilitado en la oficina de Correos, sin que la encargada de recogerlo sea conocedora de la naturaleza de la operación (Fundamento Jurídico Segundo).

- El que se tratara de un paquete y no de un continente de menor dimensión (un sobre), y el que su peso superara los cuatro kilogramos, muestra que el contenido era importante.

De ello deriva que Rosendo al menos asumía que el paquete que llegaba de Perú contenía una importante cantidad de sustancia nociva para la salud, sin que ello fuera obstáculo para que continuara con su conducta, ya que aceptaba esa consecuencia.

Cumplíndose así las teorías de la probabilidad y del consentimiento que configuran el dolo eventual.

Por tanto el artículo 5 del Código Penal ha sido correctamente tenido en cuenta, y el artículo 14 -error vencible invocado por el recurrente- debidamente inaplicado, lo que conduce a la desestimación del Motivo Octavo del recurso.

RECURSO DE Juan Manuel .

OCTAVO.- El Motivo Primero de este recurso se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24.2 de la Constitución.

Alega el recurrente que Juan Manuel ha negado en todo momento que conociera el contenido del paquete, que se hubiese concertado con otras personas para recibir la droga y que supiera el destino que se iba a dar a esa sustancia. Añadiendo que el único indicio que existe contra Juan Manuel , que no habla el idioma español, es que acudió a la oficina de Correos a recoger un paquete atendiendo la solicitud de su esposa.

Conviene ante todo precisar que Juan Manuel no es una persona ajena a las actividades de su mujer Rosendo , que en un momento determinado, como acto aislado, acude a recoger un paquete a una oficina de Correos a instancia de su esposa, sino alguien que ha tenido conocimiento de lo que ocurría al mismo nivel que ésta.

Así lo acredita el que Juan Manuel manifestara en el Juzgado al día siguiente de los hechos, asistido de Letrado de oficio, que una amiga le llamó desde Japón para que fuera a recoger un paquete, que posteriormente le pediría otra persona apellidada Wu; y que esa misma mañana su mujer llamó a la oficina, y al decirle que ya había llegado el paquete, fue a por él (folio 8).

Y que en la indagatoria (folio 188) manifestara que como se había mudado, dejó en la oficina de Correos su nueva dirección y su teléfono.

Por último, que en la vista oral afirmara que Valentín , destinataria del paquete, les pidió a través de unos amigos que miraran cuando llegaba el paquete (folio 2 vto).

Por tanto su posición es similar a la de la también acusada Rosendo , reforzada por ser él quien recogió el paquete. Siéndole en consecuencia aplicable lo expuesto en el Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia sobre la lógica de los juicios de inferencia de la Sala a quo respecto al conocimiento de la naturaleza de la sustancia que contenía el paquete, la importancia de la cantidad enviada y su evidente destino al tráfico.





En consecuencia, acreditados los elementos objetivos que integran el delito contra la salud pública por el que ha sido condenado el acusado, e inferidos razonablemente los subjetivos, con remisión a lo dicho en el indicado Fundamento Jurídico Primero, se desestima este Primer Motivo del recurso, por haber quedado desvirtuado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

NOVENO.- En el Motivo Segundo del recurso interpuesto en nombre del procesado Juan Manuel se denuncia la inaplicación del principio in dubio pro reo; en el Tercero la aplicación indebida de los artículos 368, inciso primero, y 369, número 3 del Código Penal; en el Cuarto y en el Quinto la inaplicación indebida de los artículos 29 y 16 del citado Código; y en el Sexto la inaplicación también indebida del artículo 14 -error- del referido Código.

La argumentación de estos Motivos es paralela a la de los Motivos 4º a 8º del recurso de la acusada Rosendo , cuyas alegaciones a veces desarrolla, como ocurre en el Motivo Quinto en orden a la no consumación del delito por el que se condena a los acusados.

Por ello, evitando innecesarias repeticiones, a lo razonado en los correspondientes Fundamentos de Derechos nos remitimos para concluir que:

- Los Motivos Segundo, Tercero, Cuarto y Sexto deben ser desestimados.
- El Motivo Quinto debe ser estimado.

## FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR, por estimación del Motivo Séptimo del recurso de Rosendo y el Motivo Quinto del recurso de Juan Manuel , A LOS RECURSOS DE CASACIÓN por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por la representación de los procesados Juan Manuel y Rosendo , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, con fecha diecinueve de Marzo de dos mil dos, en causa seguida a los mismos, por delito contra la salud pública, y en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y declaramos de oficio las costas causadas.

Notifíquese por medio de Fax la presente sentencia al Tribunal del que procede la causa a los efectos legalmente procedentes, vista la importante reducción de la pena privativa de libertad impuesta en la instancia.

Comuníquese ésta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Fdo: José Antonio Martín Pallín.- Fdo: Cándido Conde Pumpido Tourón.- Fdo: Juan Saavedra Ruiz.- Fdo: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Fdo: Enrique Abad Fernández.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil dos.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número ocho de los de Palma de Mallorca, con el número 4 de 2000, y seguida ante a la Audiencia Provincial de esa Capital, Sección Segunda, por delito contra la salud pública, contra los procesados Juan Manuel y Rosendo , y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha diecinueve de Marzo de dos mil dos, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, hace constar lo siguiente:

## ANTECEDENTES

1.- Se reproducen los de la sentencia de casación y los de la de instancia, incluida la declaración de Hechos Probados.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se reproducen los de la sentencia de casación y también los de la de instancia en cuanto no se opongan a aquellos.





SEGUNDO.- Conforme a lo razonado en el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia de casación, el delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, por el que han sido condenados Rosendo y Juan Manuel , constituye una tentativa acabada del artículo 16 del Código Penal.

A los autores de tentativa se les impone la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado ( artículo 62 del Código Penal).

En este caso, dada la relevancia de la actuación de los procesados y la cantidad de cocaína que contenía el paquete por ellos recibido -muy próxima al kilo y medio de sustancia pura-, la pena se rebaja en un solo grado -tentativa acabada-, quedando en prisión de cuatro años y seis meses a nueve años y multa de la mitad al tanto del valor de la droga.

Individualizándose dichas penas, dado lo dispuesto en la regla 1ª del artículo 66 y las ya expuestas circunstancias concurrentes, en seis años de prisión y multa de sesenta y un mil euros.

## FALLAMOS

Se condena a los procesados Rosendo y Juan Manuel , como autores de un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia en grado de tentativa, a las penas de seis años de prisión y multa de sesenta y un mil euros.

Penas que sustituyen a las impuestas en la sentencia de instancia.

Manteniéndose los restantes pronunciamientos de ésta respecto a penas accesorias, comiso de la cocaína intervenida, costas y otros.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Fdo: José Antonio Martín Pallín.- Fdo: Cándido Conde Pumpido Tourón.- Fdo: Juan Saavedra Ruiz.- Fdo: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Fdo: Enrique Abad Fernández.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

