

Jurisdicción:Penal

Recurso de Casación núm. 158/2001-P.

TRAFICO DE DROGAS:

Delito de mera actividad; Delito consumado: envío por correo: se consuma si el acusado participa en la solicitud u operación de importación, o bien figura como destinatario de la misma; existencia: convenio previo para la remisión de un paquete con droga; Tentativa: admisible sólo si no se alcanza la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 22-12-2000, condenó a don Miguel Angel G. L., como autor de un delito de tráfico de drogas, en grado de tentativa, a la pena de seis años de prisión y multa de 20.000.000 de pesetas. Contra la anterior Resolución recurrió en casación el Ministerio Fiscal. El TS estima el recurso y dicta segunda Sentencia en la que le condena, como autor de un delito consumado de tráfico de drogas, a la pena de nueve años y un día de prisión, manteniendo los restantes pronunciamientos.

En la Villa de Madrid, a tres de diciembre de dos mil uno.

ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.-

El Juzgado de Instrucción número 1 de Zaragoza, instruyó Sumario con el número 2 de 1999, contra Miguel Angel G. L., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, cuya Sección Primera, con fecha veintidós de diciembre del año dos mil, dictó sentencia que contiene los siguientes:

Hechos probados: «Con fecha 7 de julio de 1999, en la Aduana de Viajeros del Aeropuerto de Barajas (Madrid) se detectó la presencia de un paquete procedente de Argentina, con número de envío... en el que figura como remitente Eduardo P. con residencia en calle Alen núm. ... de Viedma (Argentina 8.500) y como destinatario el procesado Miguel Angel G. L., mayor de edad y sin antecedentes penales, con destino en la calle doctor Cerrada núm. ...-... piso ..., escalera ... (Zaragoza), paquete remitido en régimen de etiqueta verde, con un peso bruto de 3 kilogramos.

Al parecer sospechoso dicho paquete al jefe de Servicio de la Aduana de Viajeros, se procedió a comprobar su interior mediante Rayos-X, observando que tenía cuatro latas y tras efectuar una punción en una de ellas se constató la existencia de un polvo blanco, que aplicando el narco-test dio positivo a la cocaína, solicitando la oportuna entrega controlada al Juzgado de Guardia de Madrid, a los efectos de detener a las personas implicadas en este delito de tráfico de estupefacientes.

El 7 de julio de 1999 por Auto del Juzgado de Instrucción número veintinueve de Madrid, se autorizó la entrega controlada del referido paquete.

Por funcionarios de la Guardia Civil destinados en el control de Aduanas del Aeropuerto de Barajas el día 8 se trasladó el paquete a Zaragoza, entregándolo para su custodia a funcionarios del mismo cuerpo con destino en esta ciudad, quienes ese mismo día sobre las 18.30 horas se presentaron en el domicilio reseñado en el envío, sin encontrar al destinatario, dejando aviso de entrega en el buzón del mismo, notificando en éste que al día siguiente el Servicio de correos se personaría en su domicilio para hacerle entrega de un paquete a partir de las 11.00 horas.

Sobre las 11.15 horas del día 9 de julio de 1999, un funcionario de la Guardia Civil encubierto, se presentó a efectuar la entrega de este paquete en el domicilio de destino indicado en el mismo, y al que ya había ido el día anterior, calle Doctor Cerrada de esta ciudad, abriendo el procesado y manifestando que estaba esperando un paquete, y tras exhibírselo por el funcionario a fin de comprobar si figuraba su nombre y dirección en el mismo y constatar su identificación mediante el DNI, le firmó el correspondiente recibo de entrega, siendo detenido a continuación.

El paquete recibido por el procesado fue abierto a presencia judicial resultando contener dos bolsas con la inscripción "AGI Molido" 50 gramos, y 4 latas con las etiquetas "Dulce de Batata con Vainilla" y "Dulce de Membrillo con Nuez" que una vez abiertas contenían una sustancia blanca que debidamente analizada resultó ser cocaína con una riqueza media de 84,80% y un peso de 1.397 gramos la contenida en dos de los envases de aluminio y 1,245 gramos la contenida en los envases del mismo metal, estimándose su valor en 12.000.000 de pesetas.

Ese mismo día 9, funcionarios de la Guardia Civil, con destino en esta ciudad, provistos del consiguiente mandamiento de entrada y registro concedido por el Juzgado de Instrucción número tres de Zaragoza, procedieron al registro de los domicilios que figuran como del procesado, sitios en las calles Osa Menor núm. ..., piso ..., ... calle San Antonio María Claret núm. ..., ... izquierda y calle doctor Cerrada núm. ..., escalera ..., ...; encontrándose en el primero, restos de sustancia blanca al parecer cocaína, efectos relacionados con el consumo de drogas (rulas con resto de sustancia blanca en su interior, tres plantas de marihuana, jeringuilla con aguja hipodérmica), documentos bancarios a nombre del detenido, documentos relacionados con los contratos de alquiler de viviendas del detenido. En el segundo sitio en la calle San Antonio María Claret diversa documentación; y en el tercero, teléfono móvil "Alcaltel" del detenido».

SEGUNDO.-

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«**Fallo:** Condenamos al procesado Miguel Angel G. L., cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito contra la salud pública en grado de tentativa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

TERCERO.-

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO 1.-

En el Fundamento Tercero de la sentencia recurrida, la Audiencia de Zaragoza, con apoyo en las sentencias de esta Sala de 4 de noviembre de 1997 y de 31 de mayo de 2000, llegó a la conclusión de que el delito de tráfico de drogas imputado a Miguel Angel G. L. quedó en grado de tentativa, por no haber llegado el procesado mencionado a tener la droga a su disposición, puesto que el paquete que la contenía estuvo en régimen de entrega controlada, custodiado por la Guardia Civil desde su llegada a Madrid, procedente de Argentina, hasta que le fue exhibido y presentado en Zaragoza a dicho procesado, destinatario del paquete.

2.-El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, basado en un motivo único, formulado al amparo del art. 849.1º de la LECrim, en el que se alegaba la aplicación indebida del art. 16.1 y del 62 del CP, en relación con los arts. 368 y 369.3º del mismo Cuerpo Legal.

Estima el Ministerio Público que a tenor de los hechos declarados probados no se daban los presupuestos necesarios para la aplicación de los arts. 16.1 y 62 del CP.

Básicamente, tiene en cuenta el Ministerio Fiscal la doctrina de esta Sala, según la cual, quien se concierta con otros para recibir el ilegal producto ya tiene la disposición sobre la droga y el delito es consumado, por haber consumación cuando el acusado se pone de acuerdo con el remitente, con lo que adquiere la posesión remota desde que la droga sale de la disponibilidad de aquél. También se ha señalado por esta Sala que haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que falcita la comisión del delito, y a través de éste, el consumo de drogas tóxicas.

Y pone de relieve el Fiscal que, según se razona en el Fundamento Segundo de la sentencia recurrida, hubo un concierto previo entre el remitente de la cocaína y el procesado, en virtud del cual éste aceptaba hacerse cargo de los 2.642 gramos de la indicada sustancia, remitida desde Argentina, para darle el destino convenido con el remitente. Considera por ello, el Ministerio Público que desde que la cocaína salió de Argentina ha de atribuirse al procesado la posesión mediata, y el hecho de que fuese intervenida antes de llegar a su detentación material por aquél no supone óbice para entender la realización completa del acto de tráfico y consumado así el tipo de los arts. 368 y 369.3º del CP.

Pone de relieve también el Fiscal que las contadas sentencias que han admitido la posibilidad de apreciar la tentativa en este delito se refieren a supuestos concretos y distintos del contemplado en la sentencia

enjuiciada, en el que el acusado no intervino en la operación destinada a traer la droga desde el extranjero, ni fue tampoco destinatario de la mercancía.

3.-La representación de Miguel Angel G. L. impugnó el recurso del Ministerio Fiscal, por entender correcta la apreciación de la tentativa en el delito de tráfico de drogas por parte del Tribunal sentenciador, con arreglo a la jurisprudencia que admite la imperfección de la ejecución en los supuestos de notoria falta de disponibilidad. Considera el recurrido que de los hechos probados de la sentencia impugnada no cabe inferir que hubiese habido un acuerdo previo entre el procesado y la persona o personas que remitieron el paquete intervenido y pone de relieve que de los términos de la sentencia se deduce que hubo un dispositivo de entrega controlada de Madrid a Zaragoza, sin que en ningún momento el procesado hubiese llegado a tener la disposición o la disponibilidad sobre el paquete intervenido.

SEGUNDO.-

En relación a la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas, la jurisprudencia de esta Sala ha adoptado en tal materia un criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 344 del CP de 1973 y en el 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado.

Excepcionalmente, se ha admitido la imperfección en el supuesto de actos de tráfico verificados por el adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa civil de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte, es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida.

Según la sentencia 1594/1999 de 11-11 , en envíos de droga, el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detentación física del producto. En la sentencia 1567/1994 de 12-9, se pone de relieve que, al existir un pacto entre el remitente y el receptor es atribuible a éste la posesión mediata de la droga, sin que la interceptación del estupefaciente suponga óbice alguno para estimar que el destinatario del mismo ha realizado de forma completa el acto de tráfico y consecuentemente el tipo del art. 344 del CP de 1973. Según se afirma en la sentencia de 12-2-1997 , el haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración, que facilita la comisión del delito, y en la de 21-6-1997 se razona que el tráfico existe desde que una de las partes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, que el receptor había previamente convenido.

Puede considerarse que quedará en grado imperfecto el delito de tráfico de drogas, si la acción del sujeto no determina un desplazamiento territorial de la droga -mediante su transporte- o posesorio, -mediante la transmisión- pero quedará consumado el delito si la acción del acusado origina un traslado geográfico del estupefaciente, aunque no se consiguiera el desplazamiento posesorio pretendido, por haber sido interceptada la droga antes de su entrega al destinatario.

TERCERO.-

Partiendo de la doctrina precedentemente expuesta sobre la consumación del delito de tráfico de drogas en los supuestos de envío del estupefaciente por correo u otros medios de transporte, el recurso del Fiscal debe ser estimado, en cuanto que de los datos expuestos como probados que se destacan en el Fundamento segundo de la sentencia se infiere que hubo un convenio previo entre el remitente del paquete con cocaína y Miguel Angel G. L., según el cual éste recogería dicho paquete, remitido a su nombre y a sus señas en Zaragoza. Tal pacto, fue determinante de la acción de traslado de la droga desde Argentina a España, y tal acción de transporte integraba un acto de tráfico de los contemplados en el art. 368 del CP , que daba lugar a la consumación del delito tipificado en tal precepto, por lo que, fue indebidamente aplicado el art. 16.1º del CP e incorrectamente apreciado en la sentencia recurrida el

grado de tentativa en la ejecución del delito del art. 368 del CP, siendo rechazables las razones dadas en el Fundamento tercero de la sentencia impugnada para justificar la apreciación del grado imperfecto de ejecución del delito, consistentes básicamente en la cita de dos sentencias de esta Sala de 4-11-1997 y de 31-5-2000 . La primera de dichas sentencias sostuvo la aplicación de la frustración en un supuesto en que la droga remitida por paquete postal fue sometida a entrega controlada regulada en el art. 263 bis de la LECrim, y por tanto interceptada por la Guardia Civil. El criterio aplicado en esta sentencia se modificó por la doctrina posterior de esta Sala, de que se ha hecho mención. En la sentencia 979/2000 de 31-5 , no se cuestiona la aplicación del art. 16.1 del CP en un supuesto de interceptación por la Guardia Civil de la droga remitida por correo, al no haberse planteado el tema por el recurrente, sino que se censura la aplicación del art. 62 del CP.

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada el 22 de diciembre de 2000, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el sumario 2 de 1999, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 3 de la misma ciudad; y, en consecuencia, debemos casar y casamos la mencionada sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Que debemos condenar y condenamos a Miguel Angel G. L., como autor de un delito de tráfico de drogas consumado, relativo a sustancias que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.