

Id Cendoj: 28079120002002102291  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
 Sede: Madrid  
 Sección: 0  
 Nº de Recurso: 176 / 2001  
 Nº de Resolución: 643/2002  
 Procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN  
 Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Contra la Salud Pública.-Presunción de Inocencia.-Cantidad de Notoria Importancia.-Autoría en grado de Tentativa.-Eximente incompleta de estado de necesidad (Precariedad económica).-Estimatoria.-

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Abril de dos mil dos.

En el recurso de Casación por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por Carlos Manuel e Jesús Manuel , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera), con fecha diez de Octubre de dos mil, en causa seguida contra los mismos 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 Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente los acusados Carlos Manuel e Jesús Manuel representados por la Procuradora Sra. Sampere Meneses.

**I. ANTECEDENTES**

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 7 de los de Barcelona, instruyó Sumario con el número 4/99 contra Carlos Manuel e Jesús Manuel , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma ciudad (Sección Tercera , rollo 9994/99) que, con fecha diez de Octubre de dos mil, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" Resulta probado y así se declara que en la mañana del día 28 de septiembre de 1999 los procesados Jesús Manuel y Carlos Manuel , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales acudieron a las inmediaciones de la estación de ferrocarril de Sant Andreu de la ciudad de Barcelona a bordo del vehículo Opel Kadett matrícula G-....-OG conducido por el procesado Carlos Manuel . Una vez en el lugar estacionaron el vehículo frente a la entrada lateral de la estación, e Jesús Manuel se apeó del vehículo y se alejó del mismo, regresando transcurridos unos minutos portando una bolsa de plástico. Cuando se encontraba a unos metros del vehículo hizo una señal al conductor, el procesado Carlos Manuel , el puso el marcha el vehículo, marchándose ambos del lugar. De forma inmediata funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que se encontraban efectuando labores de vigilancia en la estación observaron la operación y procedieron a interceptar el vehículo, hallando en su interior la referida bolsa de plástico que contenía en un bloque compacto de polvo blanco prensado que resultó ser 1.041 gramos brutos, 998.437 gramos de cocaína, con una riqueza base del 60.2 %, cuyo destino era la distribución a terceras personas. Dicha sustancia tiene en el mercado ilícito un valor de 10.000.000 pesetas". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"FALLAMOS.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los procesados Jesús Manuel y a Carlos Manuel como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública precedentemente definido, sin la concurrencia circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena a cada uno de ellos de NUEVE AÑOS DE PRISION y MULTA DE 10.000.000 PESETAS, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales por mitad. Se declara el comiso de la sustancia estupefaciente intervenida

dándose a la misma el destino legal. Para el cumplimiento de la pena se abonará a los condenados el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa". (sic)

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por la representación de Carlos Manuel e Jesús Manuel , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por la representación de los recurrentes Carlos Manuel e Jesús Manuel se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse vulnerado el artículo 16 del Código Penal.

3.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse vulnerado el artículo 28 del Código Penal.

4.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse vulnerado el artículo 21.1 del Código Penal, en relación con el artículo 20.5 del mismo texto legal.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal, impugnó los cuatro motivos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día diez de Abril de dos mil dos.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso alegan los recurrentes la vulneración de la presunción de inocencia, que entienden cometida básicamente al no haber aceptado el Tribunal su versión exculpatoria centrada en el desconocimiento del contenido de la bolsa que tenían en su poder, y que resultó ser cocaína.

La alegación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia obliga al Tribunal de casación a comprobar que ha existido prueba de cargo, que ha sido válidamente obtenida e incorporada al juicio oral en las debidas condiciones y que su contenido es suficientemente incriminatorio como para que sea posible considerar acreditada la realidad de unos hechos con sus circunstancias relevantes jurídico-penalmente, y la participación o intervención del acusado en los mismos. También debe el Tribunal verificar que la valoración realizada en la instancia no se aparta de las reglas de la lógica, de las enseñanzas de la experiencia y de los conocimientos científicos generalmente aceptados, cuando sean utilizados en el razonamiento, y no es, por lo tanto, irracional, caprichosa o arbitraria.

El Tribunal de instancia considera acreditada la posesión de la bolsa conteniendo la cocaína por parte de ambos recurrentes, sobre la base de su propia aceptación de este hecho y de la declaración de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía que declararon en el acto del plenario. En cuanto al conocimiento del contenido de la bolsa, se trata de un elemento interno, no susceptible de prueba directa, pero que puede ser tenido por existente a través de una inferencia lógica basada en datos objetivos acreditados. Así, respecto del recurrente Jesús Manuel , se desprende de su conducta, acudiendo al lugar, estación de ferrocarril, con la única finalidad de hacerse cargo de ella, y de su actitud nerviosa no justificada por ninguna otra razón. Y respecto del otro recurrente Carlos Manuel , además de la misma actitud nerviosa, su conducta intentando esconder la bolsa al ser abordado cuando ya estaba en el vehículo, por uno de los agentes, es demostrativa asimismo del conocimiento de lo que en ella se ocultaba.

En lo que se refiere al destino al tráfico, la cantidad de droga que los recurrentes tenían en su poder ya autorizaría esa conclusión, que se refuerza si se tiene en cuenta la ausencia de cualquier mención a su condición de consumidores.

Finalmente es preciso realizar algunas consideraciones acerca de una cuestión no planteada directamente por los recurrentes pero que, en atención a la voluntad impugnativa, puede incluirse en la

alegación de la vulneración de la presunción de inocencia por falta de prueba acerca de determinados aspectos del hecho en relación con la acreditación de que la cantidad ocupada supera los límites establecidos por esta Sala para la aplicación de la agravación por notoria importancia de la cantidad de droga, y que resulta de obligada atención en cuanto supone la aplicación del nuevo criterio respecto a la determinación del concepto de cantidades de notoria importancia a los efectos de la agravación prevista en el artículo 369.3º del Código Penal, lo que se traduce en importantes consecuencias respecto de la pena. El Pleno de esta Sala en su reunión del 19 de octubre de 2001, acordó que debe considerarse como cantidad de notoria importancia a los efectos de la aplicación del subtipo agravado prevenido en el artículo 369.3º del Código Penal de 1995, la equivalente a quinientas dosis del consumo diario estimado de un adicto medio. En lo que se refiere a la cocaína este consumo diario lo cifra en 1,5 gramos el Instituto Nacional de Toxicología, en su informe de 18 de octubre de 2001, emitido a solicitud de esta Sala, y que se toma como pauta de referencia para garantizar la uniformidad en la aplicación del subtipo, lo que representa un total de 750 gramos para las quinientas dosis.

Asimismo, según se expresa en la STS nº 2027/2001, de 6 de noviembre, la individualización de la pena deberá atender, entre los demás datos que resulten relevantes, a la cantidad de droga objeto del delito, de manera que cuando supere las cantidades que daban lugar, con anterioridad al acuerdo citado del Pleno, a la aplicación del subtipo agravado, la pena no deberá ser inferior a los cinco años de prisión, salvo que otras circunstancias aconsejen lo contrario.

La aplicación de este nuevo criterio conduce a la estimación parcial del motivo, pues resultando acreditado que los recurrentes tenían en su poder 998,437 gramos de cocaína con una riqueza de 60,20%, la cantidad de sustancia pura no supera los 750 gramos establecidos en el acuerdo de la Sala General antes citado, si bien, alcanzando los 600 gramos, la pena a imponer no deberá ser inferior a cinco años de prisión, por lo cual, en la sentencia que se dicte a continuación de ésta, se adecuará convenientemente la pena.

El motivo se estima parcialmente.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegan los recurrentes la infracción del artículo 16 del Código Penal y sostienen que el delito se encuentra en grado de tentativa, pues no solo no conocían el contenido del paquete sino que sólo lo tuvieron en su poder unos cinco minutos, con lo que no existió el necesario grado de disponibilidad.

No pueden ser atendidas las alegaciones referidas al desconocimiento del contenido del paquete donde se encontraba la droga, que ya obtuvieron respuesta en el Fundamento de Derecho anterior.

El delito de tráfico de drogas es un delito de pura actividad que se consuma con la ejecución de la acción típica, sin necesidad de resultado alguno añadido, y, en lo que aquí interesa, alcanza la perfección con la mera tenencia de la droga con finalidad de traficar con ella. Así se ha rechazado por la jurisprudencia la posibilidad de la tentativa en los casos en que el autor, poseyendo la droga, no ha llegado sin embargo a lograr los fines perseguidos con esa tenencia, pues, como se ha dicho, la posesión con la indicada finalidad de tráfico da lugar a la consumación. También se ha afirmado que la tenencia tiene lugar cuando se alcanza una posesión mediata o inmediata, perfeccionándose el delito cuando se consigue una disponibilidad de la droga, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, aun sin alcanzar la detentación material, siendo de destacar que "no es exigible que se trate de una posesión directa, física e inmediata, siendo suficiente una posesión mediata que posibilite, aunque sea de modo indirecto y a través de otros, su venta y subsiguientes ganancias" (STS nº 1407/2001, de 16 de julio). Solo en casos excepcionales se ha admitido la posibilidad de la tentativa. La jurisprudencia la ha aceptado, partiendo de que ya el hecho de acudir al lugar donde debe recogerse la droga constituye un comienzo de la ejecución del delito (STS de 27 de febrero de 1995) que no se consuma si dicha entrega se frustra, cuando el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor (STS nº 379/2000, de 13 de marzo), lo que ha llevado a admitir la existencia de tentativa en los casos en que la intervención policial se produce momentos antes o durante la entrega o cuando la posesión con libre disponibilidad no se ha producido por tratarse de supuestos de entrega controlada efectuada ante la vigilancia de los agentes de la autoridad, que permiten la adquisición material sin intervenir, con la finalidad de descubrir otros posibles partícipes (STS nº 65/2001, de 29 de enero; STS nº 440/2000, de 20 de marzo), siempre que no se trate de supuestos en los que ha existido un previo acuerdo entre quien remite la droga y quien ha de recibirla, pues entonces se ha entendido que existe posesión mediata por parte de este último.

La vía casacional elegida exige el absoluto respeto a los hechos probados. En ellos se describe cómo

ambos acusados se trasladan a bordo de un vehículo, conducido por uno de ellos, hasta la estación de ferrocarril de Sant Andreu, en Barcelona, y mientras uno de ellos permanece en el vehículo el otro se ausenta y, transcurridos unos minutos, regresa con una bolsa de plástico, hace una señal al conductor, que lo recoge, abandonando ambos el lugar. De forma inmediata se interceptó el vehículo por la Policía. Esta secuencia fáctica, unida a las consideraciones que sobre el conocimiento de la existencia de la droga se hicieron en el Fundamento de Derecho anterior, revela que existió un acuerdo previo entre ambos recurrentes para la recepción de la droga y que el acusado que se alejó del vehículo para recogerla en otro lugar, tuvo la disponibilidad de aquella, unida a su posesión material, desde el momento en que llega a su poder, lo que no es presenciado por la Policía, hasta que regresó al vehículo y fue detenido, y que existió asimismo durante ese periodo temporal una posesión mediata por parte del acusado que permaneció en el interior del vehículo a la espera de que el anterior regresara con la droga en su poder, lo que permite afirmar que el delito se ha consumado.

El motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, que debe entenderse interpuesto solamente por Carlos Manuel, a causa de la evidente falta de legitimación del otro recurrente, también por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley Procesal, se alega que la conducta de Carlos Manuel debe incardinarse en la complicidad, y se insiste en el desconocimiento del contenido del paquete donde se encontraba la droga, afirmando que su única intervención consistió en trasladar al otro acusado, su padre, sin conocimiento real del propósito del viaje y sin implicación alguna en las actividades anteriores y posteriores al mismo. Desde el punto de vista de la calificación de su conducta afirma que se limitó a una conducta claramente subalterna y auxiliar, por lo que debe considerarse cómplice y no autor.

Están fuera de lugar las alegaciones referidas al desconocimiento de la existencia de la droga, que han recibido ya oportuna respuesta en el Fundamento de Derecho Primero. En cuanto a la otra cuestión planteada, reiterada jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la dificultad de apreciar la existencia de complicidad en este delito, cuando el legislador ha utilizado un concepto extensivo de autor, incorporando a la autoría prácticamente todos los comportamientos que consisten en una aportación causal a la conducta del autor principal, viniendo a integrarse en la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, por lo que la complicidad queda en principio excluida salvo en los excepcionales casos de colaboración mínima, como son los de favorecimiento al favorecedor del tráfico (STS nº 1078/2001, de 8 de junio).

De los hechos probados y de los aspectos fácticos contenidos en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia se desprende que ambos acusados acudieron a la recepción de la droga, permaneciendo el recurrente, en evidente actitud de nerviosismo, a la espera en el vehículo y que ambos la transportaban en el mismo cuando son interceptados por la Policía. Y que ante la actuación policial, el recurrente trató de esconder la bolsa en la que se encontraba la droga bajo el asiento que ocupaba. De todo ello se desprende con claridad el acuerdo entre ambos para la recepción, el transporte y la tenencia de la droga, lo que impide que su conducta sea considerada como integrante de la mera complicidad, alcanzando el grado de autoría.

El motivo se desestima.

CUARTO.- En el último motivo de su recurso, ambos recurrentes, al amparo del artículo 849.1º de la Ley procesal, alegan la infracción por no aplicación de la eximente incompleta de estado de necesidad, a causa de su situación de precariedad económica, que entienden demostrada por la documentación que citan y que han aportado a la causa, demostrativa de la enfermedad de Jesús Manuel y de los escasos ingresos y la minusvalía de Carlos Manuel.

La doctrina de esta Sala ha sido en general contraria a admitir la exención de responsabilidad criminal o la atenuación de pena por el estado de necesidad de tipo económico en los delitos de tráfico de drogas, por entender que en todos los casos el mal causado es superior al que se trata de evitar, que se concretaría en las consecuencias derivadas de la precariedad económica del autor (STS nº 1664/2001, de 21 de setiembre; STS nº 278/2001, de 22 de febrero; STS nº 1662/2000, de 26 de octubre, y ATS nº 713/2001, de 6 de abril, entre otras). De ahí que, en general, se extreme la exigencia de la demostración de la inminencia del mal y, especialmente, de su inevitabilidad, debiendo acreditarse la imposibilidad de resolver la situación por otros medios menos lesivos.

Ni de la sentencia, ni tampoco de la documentación designada por los recurrentes, que acredita el infarto de miocardio sufrido por Jesús Manuel y la pérdida de dos dedos de la mano derecha por Carlos

Manuel , se desprende de existencia de una acuciante situación de necesidad que impulsara a los recurrentes a la comisión del delito como único remedio a su alcance, por lo que falta la base fáctica necesaria para apreciar la eximente incompleta que se postula.

El motivo se desestima.

### **III. FALLO**

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE, por acogimiento parcial de su primer motivo, en el particular referente a la no apreciación de la agravación por la notoria importancia de la droga poseída, el Recurso de Casación por infracción de Ley interpuesto por la representación de Carlos Manuel e Jesús Manuel contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, de fecha diez de Octubre de dos mil, por delito contra la salud pública, casando la sentencia de la Audiencia Provincial y procediendo a dictar segunda sentencia conforme a Derecho. Declarándose de oficio las costas causadas en este procedimiento.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos 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 Carlos Granados Pérez Cándido Conde-Pumpido Tourón Juan Saavedra Ruiz Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Gregorio García Ancos

### **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Abril de dos mil dos.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 7 de los de Barcelona, Sumario 4/99, por delito contra la salud pública, contra Carlos Manuel , mayor de edad, hijo de Eusebio y de Amanda , natural de Barcelona, con domicilio en Breda (Girona), sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa de 28-9-99 a 23-12-99 e Jesús Manuel , mayor de edad, hijo de Matías y de Filomena , natural de Escatrón (Zaragoza), con domicilio en Breda (Girona), sin antecedentes penales y en prisión provisional por esta causa de 28-9-99 a 17-11-99; se dictó Sentencia por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo de Sala 9994/99) que ha sido CASADA Y ANULADA por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca se procede a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

### **I. ANTECEDENTES**

Único.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación, no procede aplicar la agravación de notoria importancia de la cantidad de droga prevista en el artículo 369.3º del Código Penal.

En atención a la cantidad de droga ocupada en poder de los acusados, muy cercana al límite de 750 gramos de cocaína establecido por esta Sala para la aplicación de la referida agravación, se fija la pena en cinco años de prisión manteniendo la multa impuesta.

### **III. FALLO**

Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a los acusados Carlos Manuel e Jesús Manuel como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, manteniendo el resto de los pronunciamientos condenatorios contenidos en el fallo de la sentencia de instancia parcialmente rescindida.

Notifíquese esta Sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Pérez Cándido Conde-Pumpido Tourón Juan Saavedra Ruiz Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Gregorio García Ancos

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