



Roj: **STS 3959/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3959**

Id Cendoj: **28079120012017100741**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2017**

Nº de Recurso: **10448/2017**

Nº de Resolución: **724/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3959/2017,**  
**AATS 12099/2017,**  
**ATS 1094/2018**

## SENTENCIA

En Madrid, a 8 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, de fecha 21 de junio de 2017, que condenó a **Cipriano y a Fabio** por delito contra la salud pública, siendo también parte el Ministerio Fiscal; y como parte recurrida **Fabio** representado por la procuradora Dña. Elena Muñoz González y defendido por el letrado D. Miguel Ferrer Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de Sueca, instruyó Procedimiento Abreviado 56/16 contra **Cipriano y a Fabio**, por delito contra la salud pública, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, que con fecha 21 de junio de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: Se declara probado que sobre las veinte horas y cuarenta minutos del día 3 de septiembre del año 2015, Cipriano, mayor de edad, quien había sido condenado, por Sentencia firme en fecha 17-5-2007, como autor de un delito contra la salud pública, en su modalidad de posesión de sustancias que causan grave daño a la salud y notoria importancia, a una pena de nueve años y un día de prisión (posteriormente reducida a seis años y un día de prisión), y Fabio, mayor de edad, fueron sorprendidos por miembros de la Policía Nacional que estaban realizando labores de vigilancia y seguimiento del primero, llegando en un vehículo marca Seat, modelo León, con matrícula ....YDX, propiedad del Sr. Cipriano, hasta la puerta de un garaje que utilizaba éste, sito en el número NUM000 de la CALLE000, de la localidad de Sueca, en donde estacionaron el vehículo introduciéndose ambos en el garaje.

Pasados unos quince minutos, los agentes policiales entraron en el garaje, al abrir la puerta el Sr. Fabio; encontrando, dentro del mismo, al Sr. Cipriano manipulando en el interior del maletero abierto de un vehículo, marca Ford, modelo Fiesta, con matrícula ....TKP, cuyo titular era la mercantil Esten Trader, S.L.; cerrando el Sr. Cipriano de golpe el maletero, al advertir la entrada en el garaje de los funcionarios policiales.

En dicho maletero, los policías actuantes encontraron 30 paquetes rectangulares, que contenían cocaína, con un peso total neto de 29.970 gramos, y una pureza media del 84 %. En ese mismo vehículo, Ford Fiesta con matrícula ....TKP, titularidad de la mercantil Esten Trader, S.L., se halló una bolsita, que contenía cocaína, con un peso neto de 2'95 gramos, y una riqueza del 50 %.



En cacheo practicado al Sr. Fabio , quien todavía se hallaba dentro del referido garaje, se le encontró en la cintura, entre el pantalón y la camiseta que portaba, un paquete rectangular, que contenía cocaína, con un peso neto de 1.002 gramos, y una pureza media de 83'4 % (más o menos 0'5 %), que acababa de recibir del Sr. Cipriano , para su distribución a terceros.

En otro de los vehículos que había en el garaje, marca Audi, modelo A3, con matrícula ....-JFW , propiedad del Sr. Cipriano , los agentes policiales hallaron, en el maletero del mismo, un envoltorio plastificado, que contenía cocaína, con un peso neto de 304 gramos, y una riqueza del 8 %; así como dos básculas de precisión, y diversas bolsas de plástico recortadas.

También se intervinieron al Sr. Cipriano dos terminales de telefonía móvil, marca Blackberry, modelos 9320 y 9220, ambos protegidos por contraseña, que utilizaba el mismo para ponerse en contacto con las personas que le suministraban la cocaína; y al Sr. Fabio un teléfono móvil, marca LG, modelo D-802, no protegido por contraseña, en que no consta que tenga relación con estos hechos.

Asimismo, en el vehículo marca Seat León, con matrícula ....-YDX , titularidad de Jaime , que se encontraba estacionado fuera, en la calle, a la puerta del garaje, posteriormente se hallaron, en un doble fondo o habitáculo situado detrás del radio-cassette, un paquete que contenía cocaína, con un peso neto de 544 gramos, y una riqueza del 50 %, y la cantidad de 178.700 euros en efectivo, que procedía de la actividad de distribución de cocaína llevada a cabo por el Sr. Cipriano .

En el segundo semestre del año 2015, en el mercado ilícito la cocaína con una pureza del 84 % tendría un precio de 42.803'64 euros por kilo; y de 59'42 euros por gramo; con una pureza del 50 %, el de 72'47 por gramo; y con una pureza del 8 %, el de 11'59 euros por gramo".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Cipriano , como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante, de la responsabilidad criminal analógica a la de confesión, y de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de reincidencia, a las penas de seis años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tal tiempo, y multa de 1.370.000 euros; así como al pago de la mitad de las costas del presente procedimiento.

Que debemos condenar y condenamos a Fabio , como responsable en concepto de autor de una tentativa de delito contra la salud pública ya definida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de tres años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tal tiempo, y multa de 23.000 euros, con treinta días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago; así como al pago de la mitad de las costas del presente procedimiento.

Y que debemos acordar ya acordamos el comiso y destrucción de la sustancia, recortes de plástico y balanzas intervenidas; y el comiso del dinero incautado , y de los teléfonos móviles, marca Blackberry, modelos 9320 y 9220, ocupados al condenado, Sr. Cipriano .

Asimismo procederá el comiso del dinero intervenido, que el propio Cipriano reconoció, en su declaración de fase de instrucción y en el acto del juicio, que provenía de esta actividad ilícita. Y también de los dos terminales de telefonía móvil marca Blackberry incautados, usados para la comisión delictiva, como se deduce de su encriptación o protección por contraseña (véase informe policial de folios 352 y 353, Tomo I); reconociendo este acusado "Que el día de los hechos sobre las cuatro de la tarde le facilitan 50 kilos de cocaína, a través de las Blackberrys que se le incautan queda con la persona de a furgoneta..."(folio 310, Tomo I).

Y también, por último, deberá acordarse el comiso de los vehículos utilizados para el transporte o guarda de la droga: Seat León, con matrícula ....-YDX , Ford Fiesta con matrícula ....-TKP , y Audi A3 con matrícula ....-JFW .

En cuanto al automóvil Ford Fiesta, en donde se guardaba el grueso de la droga, diremos que el mismo consta inscrito a nombre de una mercantil al parecer dedicada a la compra-venta de coches (folios 18 y 43); aduciendo en el acto del juicio respecto a este vehículo el Sr. Cipriano (quien también manifestó en fase de instrucción "que se dedica a la venta de coches, que es su trabajo habitual" -folio 310, Tomo I-, y en dicho acto de juicio "que antes se dedicaba a la compraventa de coches") que "el Ford Fiesta se lo dejaron esa semana".

Procede, pues, también el comiso de este vehículo, previa comprobación en ejecución de Sentencia de su propiedad por el Sr. Cipriano , y a salvo de tercera ejercitada en su caso por la titular registral.

Deberán ser impuestas a los enjuiciados las costas que el procedimiento origine, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal , y 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Con fecha 1 de junio de 2017, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, un Auto con la siguiente PARTE DISPOSITIVA: Que debemos corregir y corregimos el error material de transcripción apreciable en el



párrafo primero del Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia de esta Sala, recaída en el presente rollo; aclarando que dicho párrafo primero del Fundamento de Derecho Segundo pasa a quedar redactado, y así debe entenderse a todos los efectos, del siguiente modo:

"SEGUNDO.- También son constitutivos los hechos declarados probados de una tentativa de delito contra la salud pública, en su modalidad de posesión para el tráfico de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, prevista y penada en los artículos 368, supuesto primero del párrafo primero, y 369.1.5ª, en relación con los artículos 16.1 y 62, todos ellos del Código Penal, de la que es responsable el acusado, Fabio, en concepto de autor".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación 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.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el **Ministerio Fiscal** formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

**ÚNICO.-** Al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por infracción de los arts. 368 párrafo primero, en relación con el 369.1.5ª y 16 del Código en relación con los arts. 62 y 61 del C.P.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 9 de octubre de 2017 se señala el presente recurso para fallo para el día 31 de octubre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** La sentencia impugnada es condenatoria respecto de los dos acusados, uno por delito consumado contra la salud pública, en tanto que el segundo, es condenado en la modalidad de ejecución imperfecta. Esta imperfección del delito contra la salud pública es objeto de la impugnación del Ministerio fiscal quien, por error de derecho del art. 849.1 de la ley de enjuiciamiento criminal, denuncia la errónea consideración de ejecución imperfecta del delito contra la salud pública.

El motivo es formalizado por error de derecho y parte del respecto al relato fáctico. Este, en el particular que interesa a la resolución del motivo de impugnación, declara, en síntesis, que el otro acusado, quien era objeto de seguimientos y vigilancia, fue visto entrar en un garaje junto al recurrente, y a los quince minutos, aprovechando que Fabio salía del mismo entró la policía y le detuvo portando, entre la camisa y el pantalón, una bolsa con 1002 gramos de cocaína con un 83 por ciento de pureza. Seguidamente localizaron al otro acusado que tenía en el interior del vehículo 30 paquetes rectangulares con casi 30 kilos de la misma sustancia y similar porcentaje de pureza.

El Ministerio público sostiene en su impugnación que lo declarado probado es la tenencia de una cantidad notoria de cocaína lo que debe ser subsumido, de acuerdo a la dicción del tipo y a la jurisprudencia de esta Sala como consumado, al tratarse de un delito de consumación anticipada, en cuanto sujeta a la voluntad de los destinatarios, siendo indiferente que no se haya llegado a distribuir de acuerdo a la intención del acusado Fabio, pues lo relevante es que este acusado se había puesto de acuerdo con el otro para recibir la droga que transportaba y que pensaba destinar al tráfico. El condenado en la sentencia informa en el sentido de considerar que la subsunción en la tentativa es correcta porque en el juicio quedó acreditado, y así se refiere en el relato fáctico, que los funcionarios de policía seguían al otro acusado, que no existía un acuerdo previo entre los dos y que la policía les vio llegar a los dos juntos y fue detenido sin llegar a disponer efectivamente de la sustancia tóxica que acababa de recibir. En definitiva, pretende trasladar al delito contra la salud pública, de consumación anticipada, la doctrina nacida en los delitos patrimoniales que configura la imperfección delictiva asociada a las posibilidades de obtención de un beneficio propio, dada la naturaleza patrimonial de los delitos contra el patrimonio.

En primer lugar una comprobación de la causa nos permite constatar que la imperfección del delito no fue objeto de debate en el enjuiciamiento. La tesis de la defensa era la de la absolucón, la del encubrimiento o de la complicidad, expuestas de forma alternativa y subsidiaria. La posibilidad de una ejecución imperfecta no fue planteada en el enjuiciamiento por ninguna de las partes del enjuiciamiento, se trata de una aplicación ex officio del tribunal.

La admisibilidad de formas imperfectas de ejecución del delito contra la salud pública siempre ha sido excepcional, pues la redacción de la tipicidad con el empleo de los verbos nucleares de la promoción, favorecimiento o facilitación permite abarcar todo tipo de conductas que de alguna manera supongan



favorecer el consumo ilegal de sustancias tóxicas o estupefacientes, es por ello que hemos calificado de excepcional la aplicación de formas imperfectas de este delito.

Concretamente, hemos declarado en cuanto al grado de ejecución de las SSTS 975/2016, de 23 de diciembre, 899/2012, de 2 de noviembre, 183/2013, de 13 de marzo, 335/2008, de 10 de junio; 598/2008, de 3 de octubre; 895/2008, de 16 de diciembre; 5/2009, de 8 de enero; 954/2009, de 30 de septiembre; 960/2009, de 16 de octubre; 1047/2009, de 4 de noviembre; 1155/2009, de 19 de noviembre; y 191/2010, de 9 de febrero, podemos extraer estas consideraciones generales, muchas veces reiteradas:

a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y, además, 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 previstos en el tipo penal.

b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al 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 de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse mediante la entrega.

c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consume 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 la detentación física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

d) El tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

En el caso el relato fáctico refiere que los dos acusados habían convenido la entrega y a tal efecto se dirigen a un garaje del que el recurrente, al cuarto de hora, sale portando la droga recién adquirida. Dispuso, por lo tanto, de posesión y potencialmente pudo disponer de ella, bien escondida o llevarla a otro lugar o saliendo del garaje por otra vía distinta. En todo caso, lo probado es que conocedor de la existencia de la sustancia la adquiere para su posterior distribución realizando la conducta de punición del tráfico de sustancias tóxicas o estupefacientes por su adquisición para su destino al consumo de terceras personas. La ejecución completa no requiere la efectiva transmisión a terceros sino el favorecimiento del consumo ilegal, conducta en la que se incluye el hecho declarado probado.

La de disponibilidad de la sustancia tóxica que requiere la consumación del delito contra la salud pública no es la que resulta de los delitos patrimoniales, pues la conducta no tiene esa naturaleza, sino la resultante de los verbos nucleares de la acción, promover, favorecer y facilitar y esa conducta se realiza a partir de la realización de un comportamiento dirigido a la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de sustancias tóxicas y en esa situación típica se incluye los datos de concierto para la adquisición, su efectiva realización y adquisición de la sustancia tóxica.

Consecuentemente, el motivo del Ministerio fiscal se estima procediendo a imponer la pena de seis años y un día de prisión y la de multa de 43.000 euros, ratificando las penas de pago de las costas procesales y accesorias legales, así como el comiso decretado.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



**Estimar** el recurso de Casación interpuesto por **el Ministerio Fiscal**, contra sentencia dictada el día 21 de junio de 2017 en causa seguida contra Cipriano y a Fabio , por delito contra la salud pública. Declarar de oficio el pago de las costas procesales causadas. Comuníquese esta resolución y la que se dicta a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 8 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Tercera, de la Audiencia Provincial de Valencia, que condenó por sentencia de fecha 21 de junio de 2017 a **Cipriano y a Fabio** , por delito contra la salud pública y que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

**SEGUNDO.-** Que por las razones expresadas en el único fundamento de derecho procede la estimación del recurso interpuesto por **el Ministerio Fiscal**.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**Estimar** el recurso interpuesto por **el Ministerio Fiscal** .

Condenamos a Cipriano y a Fabio , a las penas de **6 años y un día** de pena privativa de libertad y multa de 43.000 euros. Manteniendo el resto de los pronunciamientos del FALLO de la sentencia de instancia.

Declarando de oficio el pago de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Luciano Varela Castro Ana Maria Ferrer Garcia