

Roj: STS 972/2013

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 445/2012

Nº de Resolución: 183/2013

Fecha de Resolución: 12/03/2013

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

- Doctrina de la Sala sobre los supuestos de envío de la droga por correo, y su control antes de la recogida. - Tentativas y autoría. Doctrina sobre la tentativa inidónea: Consolidación del criterio adoptado por el Pleno de 25 de abril de 2012. - Consumación para quien se ha concertado con el remitente, y ha proporcionado una dirección para el envío. - Tentativa para quien interviene "a posteriori" solamente en el intento de recoger la droga ya controlado policialmente.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Marzo de dos mil trece.

En los recursos de casación que ante Nos pende, interpuestos por INFRACCION DE LEY y por INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL por **Florencio y Gabino**, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del primero de los indicados, Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por los Procuradores D. Domingo José Collado Molinero y D^a M^a Jesús García Letrado.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción Nº 6 de Martorell, instruyó Procedimiento Abreviado con el Nº 35/2011, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 22 de noviembre de 2011, dictó Sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"Primero.- Como resultado de un análisis de riesgo efectuado el día 18 de mayo de 2009 por componentes de la Unidad de Riesgo del Aeropuerto de Madrid-Barajas, se detectó en el almacén del recinto aduanero del Centro de Carga Aérea de dicho aeropuerto la existencia de un paquete con número NUM000, con un

peso bruto de 1.589 gramos procedente de Argentina y en el que figuraba como remitente Palmira , c/ DIRECCION000 nº NUM001 DIRECCION001 , Buenos Aires (Argentina) y como destinatario Tamara , c/ DIRECCION002 Nº NUM002 , NUM003 - NUM003 , CP 08760, de la localidad de Martorell (Barcelona), que al ser examinado por rayos X presentó una densidad que pudiera corresponder a sustancias estupefacientes, llevando ello a que se procediese a la apertura del mismo encontrándose doble fondo en las tapas de un set de vino, realizándose un punzamiento en las mismas y desprendiéndose un polvo blanco que al aplicarle el reactivo Narcotest dio resultado positivo a la cocaína, determinando ello que se solicitase autorización judicial para la entrega vigilada del referido envío al amparo del art. 263 bis de la L.E.Criminal, siendo autorizada la misma mediante auto de 19 de mayo de 2009 dictado por el Juzgado de Instrucción Nº 47 de Madrid en funciones de guardia.

Segundo.- El día 29 de mayo de 2009, una vez llegó el paquete hasta el lugar donde debía materializarse su entrega, reestableció un dispositivo de vigilancia en torno al domicilio de quien figuraba como destinataria, participando en el mismo los Guardias Civiles con TIP Nº NUM004 , NUM005 y NUM006 , procediendo el segundo de ellos, caracterizado de empleado de correos, a llamar sobre las 10'00 horas al domicilio donde debía hacerse la entrega, c/ DIRECCION002 Nº NUM002 , NUM003 - NUM003 de Martorell, con el fin de realizarla, no hallando a nadie en la vivienda, procediendo a realizar un segundo intento con idéntico resultado sobre las 12'00 horas, motivo por el cual llamó al timbre del NUM003 - NUM007 de dicho inmueble, abriéndole la puerta su moradora que informó al agente de que en el NUM003 - NUM003 no vivía ya nadie dado que desde hacía unos seis meses el matrimonio de color que vivía con dos hijos se había trasladado hasta la localidad de Martorell, resultando ser el componente masculino de dicho matrimonio el acusado Florencio , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien también utiliza los nombres de Casimiro y Conrado , siendo dejado por el Guardia Civil caracterizado de empleado de correos un recibo de aviso para que se recogiese el envío en la oficina de correos de Martorell, sita en la Plaza de la Villa.

Tercero.- Dicho acusado en connivencia con el también acusado Gabino , mayor de edad y sin antecedentes penales, se habían concertado con el remitente del descrito paquete postal para que les enviara sustancia estupefaciente cocaína para su ulterior distribución a terceros por los mismos o por otras personas, a cuyo fin el citado Gabino se presentó hacia el medio día del 30 de mayo de 2009 en la citada oficina de correos con el fin de retirar el paquete, presentando al efecto un papel manuscrito a nombre de la destinataria Tamara por el que autorizaba a Gaspar , junto con pasaporte de Ghana con el nombre de dicha persona, a recoger el paquete, documentos que le habían sido entregados por el coacusado Florencio , junto con el recibo de aviso para recoger aquél, documento éste que la vecina del inmueble dejó en el buzón del Sr Florencio comunicándoselo así al mismo, procediéndose a la detención del acusado Sr. Gabino una vez se disponía a abandonar las dependencias de correos con el paquete, siendo igualmente detenido el acusado Sr. Florencio sobre las 18'15 horas de ese mismo día una vez los Guardias Civiles vinieron en conocimiento de que a esa hora había quedado con el coacusado Sr. Gabino en la estación de RENFE de Martorell para que le hiciese entrega del paquete con el estupefaciente.

Tercero.- En el interior del descrito paquete se ocultaba sustancia estupefaciente cocaína en dos bolsas, conteniendo una de ellas 137'6 gramos netos de cocaína con una riqueza en base del 70'84% +- 2'58%, siendo la cantidad total de cocaína base de 97'472 gramos + - 3'549 gramos y la otra 160'9 gramos netos del

mismo producto con una riqueza en base del 70'60% + - 2'56%, siendo la cantidad total de cocaína base de 113'598 gramos + - 4'127 gramos, sustancias que pensaban ser destinadas a su ulterior distribución a terceros, ascendiendo su valor al menos 12.600 euros al ser de 59'63 euros el valor del gramo de cocaína con una riqueza en base del 46% conforme al precio medio de las drogas fijado por la Oficina Central Nacional de Estupefacientes.

Cuarto.- No ha quedado acreditado que el acusado Laureano , mayor de edad y sin antecedentes penales, se hubiese concertado con los dos acusados restantes para recibir la cocaína, y, por consiguiente, para distribuirla ulteriormente a terceros".

SEGUNDO.- La Sala de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: "Que debemos condenar y condenamos a los acusados Gabino y Florencio en concepto de autores responsables de un delito contra la salud pública, precedentemente definido, sin la concurrencia en su actuación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión y multa de veinte mil euros, así como al pago de dos terceras partes de las costas procesales.

Se decreta el decomiso y destino legal de la cocaína aprehendida a la que se dará el destino legalmente previsto.

Se abona a dichos acusados para el cumplimiento de la pena impuesta el tiempo de prisión preventiva, siempre que no le haya sido abonado en otra causa.

Debemos absolver y absolvemos al acusado Laureano del delito contra la salud pública por el que fue acusado, declarándose de oficio una tercera parte de las costas procesales".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron recursos de casación por INFRACCION DE LEY y por INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL por **Florencio y Gabino** , 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.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo la representación de Florencio , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española. SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., por vulneración del principio de falta de motivación reconocido por el art. 120.3 de la Constitución, al no motivar convenientemente la sentencia ni la tentativa ni la complicidad alegada en forma alternativa por la defensa en el Acto del Juicio Oral. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación errónea de la regla 6ª del art. 66 del Código Penal.

La representación de Gabino , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art.

5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del principio de presunción de inocencia por motivación insuficiente del resultado de la valoración de la actividad probatoria. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por inaplicación de los artículos 16 y 62 del Código Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, expresó su conformidad con la resolución de los mismos sin celebración de vista, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 26 de febrero pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 22 de noviembre de 2011, condenó a los recurrentes como autores de un delito contra la salud pública a las penas de cuatro años de prisión y 20.000 euros de multa. Frente a ella se alzan los presentes recursos fundados en tres motivos el recurso de Florencio , y en dos motivos el recurso de Gabino .

SEGUNDO .- En el primer motivo del recurso de Florencio el recurrente alega, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Considera que el Tribunal de instancia ha hecho una interpretación abierta de indicios inconcretos en cuanto al tiempo y a las personas, que son insuficientes para justificar un pronunciamiento condenatorio. Así, respecto de la declaración de la testigo Estrella ., la parte recurrente indica que, en sus manifestaciones, en fase sumarial, no precisó que dejara el aviso de Correos en el buzón del recurrente, sino que recibió varios y que, en ningún momento, afirmó que Florencio se interesara por el paquete. Además, estima que es totalmente lógico que quién había habitado en el domicilio, se preocupara ante el conocimiento de la recepción de un paquete remitido a ese lugar. En definitiva, estima que se ha otorgado valor incriminatorio a situaciones que propiciaban una interpretación dudosa, vulnerando el principio dubio pro reo.

Se vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia cuando se condena sin pruebas, o éstas son insuficientes, o no son susceptibles de valoración, por su ilicitud o su irregularidad en la obtención o en la práctica de la prueba. También cuando la motivación de la convicción que el Tribunal expresa en la sentencia es irracional o no se ajusta a las reglas de la experiencia o de la lógica. Consecuentemente, el ámbito sobre el que se ejerce el control revisor del derecho fundamental que se invoca se contrae a comprobar que ante el Tribunal de la instancia se practicó la precisa actividad probatoria; que ésta es susceptible de ser valorada, por su práctica en condiciones de regularidad y licitud previstas en la ley, concurriendo los requisitos de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción efectiva; que tiene el sentido preciso de cargo; que permite imputar a una persona, objetiva y subjetivamente, unos hechos por los que es acusado; y que la valoración de la prueba desarrollada por el Tribunal de instancia es racional y lógica (STS 1147/2011, de 3 de noviembre).

Los hechos incriminados a ambos recurrentes parten de la detección por la Unidad de Riesgo del Aeropuerto de Madrid - Barajas, el día 18 de mayo de 2009, de un paquete remitido desde Argentina a Tamara ., a una dirección de la localidad de Martorell, y en cuyo interior se detectó una sustancia que, extraída una muestra mediante un pinzamiento, resultó ser un polvo blanco que sometido a narcotest dio positivo a la cocaína.

Consecuentemente, se solicitó autorización del Juzgado de Instrucción número 47 de Madrid para la realización de la entrega vigilada, que se intentó por dos veces sin éxito, dejando aviso para su recogida en la Oficina de Correos correspondiente. Los agentes pudieron comprobar que, en el piso referido, residía el acusado Florencio y que, a la recogida de citado paquete postal acudió el coacusado Gabino , con un papel manuscrito a nombre de Tamara . y un pasaporte a nombre de Gaspar ., siendo detenido en el momento de la entrega. También fue igualmente detenido Florencio horas después, cuando los agentes tuvieron conocimiento de que había quedado con el acusado en la estación de Renfe de Martorell.

Ha quedado acreditado que, en el interior del paquete había dos bolsas, que contenían, la primera, 137,6 gramos de cocaína, con riqueza del 70,84 %, y la otra 160,9 gramos de la misma sustancia con riqueza del 70,60% .

El Tribunal de instancia ha estimado que ambas personas actuaron de común acuerdo. Respecto de Florencio , la Sala de instancia estimó que su participación en los hechos era evidente, desde el momento en que el propio Gabino le señaló como la persona que le designó para recoger el paquete y que, aunque en principio, pudiera pensarse que su declaración estaba guiada por un simple ánimo exculpatorio, las manifestaciones de la testigo Estrella . la refrendaba, indicando que se hizo cargo del aviso de correo que dejó la Policía y que lo metió en el buzón del acusado Florencio y se lo comentó a éste. Además, la testigo manifestó que el acusado Florencio le preguntó, algunos días antes, si había llegado un paquete que esperaba. Finalmente, la Sala señala que, tras recoger Gabino el paquete y cuando se encontraba ya detenido, recibió dos llamadas de Florencio , con quien había concertado una cita en la estación de Renfe de Martorell ese mismo día. Florencio pretendió justificar esa cita en la necesidad de que quería que Gabino le explicase que contenía el paquete. La Sala estima que era absurdo concertar una cita para conocer el contenido del paquete, cuando ni siquiera el propio Florencio era, teóricamente, el destinatario.

Los juicios valorativos del Tribunal de instancia se ajustan a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, sin incurrir en arbitrariedad.

En efecto, el paquete fue dirigido al domicilio que había ocupado el recurrente Florencio , a nombre de quien parece ser su compañera sentimental. Fue Florencio quien entregó al otro condenado el aviso de correos para recoger el paquete y una autorización firmada por la destinataria. Él se interesó por la recepción del paquete ante una vecina del inmueble, que ya había abandonado, y se ocupó de recoger el aviso de correos que dicha vecina había depositado en el Buzón. Y finalmente llamó en dos ocasiones al otro acusado, cuando ya había sido detenido para interesarse por el paquete que le había enviado a recoger. Las reglas de la lógica y la

más elemental experiencia indican que era la persona designada para recibir la droga desde el extranjero.

Por todo ello, procede la desestimación del presente motivo del recurso.

TERCERO .- Como segundo motivo, el recurrente alega, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de precepto constitucional por vulneración del deber de motivación.

Denuncia que el Tribunal de instancia no ha motivado, convenientemente, la falta de apreciación de una participación en grado de complicidad y en fase de tentativa, instadas, de forma alternativa, por la defensa del recurrente.

La exigencia de una adecuada fundamentación de la decisión judicial integra, como con reiteración ha proclamado esta Sala y el propio Tribunal Constitucional, de una parte, el cumplimiento del mandato contenido expresamente en el artículo 120.3º de la Constitución, y también, de otra, una manifestación más del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la misma Carta Magna, en tanto que manifestación esencial del Estado democrático de derecho.

Esa necesidad de motivación cumple diversas finalidades al erigirse, en primer lugar, en garantía para los justiciables mediante la que pueden comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad, permitiendo, a su vez y con la posibilidad de discusión de tales argumentos, acceder a la vía impugnativa de esa decisión, si de ella se discrepa, y, seguidamente, el control por parte de un Tribunal superior del acierto de los argumentos en que se apoya. (STS 634/2012, de 18 de julio).

La lectura del Fundamento Jurídico Quinto acredita que el Tribunal de instancia dio respuesta suficiente a la pretensión instada por la defensa del acusado Florencio, que, además, se formuló en el trámite de informe. Como quiera que sea, el Tribunal de instancia estimó que había quedado plenamente acreditado el concierto entre Florencio y el remitente, pues resulta absolutamente contrario a la razón que se remita un paquete con un alto contenido de droga en su interior, sin conocimiento de su receptor.

La respuesta se ajusta a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que ha estimado que, en los casos de envío de paquetes postales que contienen droga, la posibilidad de una participación en grado de complicidad o de una actuación en fase imperfecta, queda desechada, desde el momento que exista concierto entre el remitente y el receptor y la sustancia se encuentre ya remitida, aunque no llegue a tener el destinatario la posesión directa e inmediata de la droga (STS 867/2011, de 20 de junio).

Por todo ello, procede la desestimación del presente motivo del recurso.

CUARTO .- Como tercer motivo, el recurrente

alega, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley por aplicación errónea del artículo 66.1º.6º del Código Penal, al no estimar que el Tribunal de instancia no ha individualizado convenientemente la pena impuesta, que resulta, a su juicio, exacerbada.

Reiteradamente ha señalado esta Sala que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresada en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el Tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda (STS 403/2010, de 4 de mayo).

Como se desprende del Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia recurrida, el Tribunal de instancia acordó imponer la pena de cuatro años, es decir, dentro de la mitad inferior de la franja punitiva legalmente establecida, aunque no en su mínima extensión en atención a la cuantía de la droga intervenida. Consiguientemente, el Tribunal de instancia individualizó la pena a imponer, atendiendo a criterios plausibles, como lo es la significativa cantidad de droga intervenida, de lo que da cuenta el valor que alcanzaría en el mercado ilícito de cerca de 12.600 euros. La pena resulta proporcional a la gravedad de los hechos declarados probados.

Procede, también por todo ello, la desestimación del presente motivo y con el, de la totalidad del recurso interpuesto por este condenado.

RECURSO DE Gabino

QUINTO .- Como primer motivo, el recurrente alega, al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Denuncia la parte recurrente insuficiente motivación en la valoración de la actividad probatoria e irrazonabilidad de los razonamientos que conducen, desde la prueba, a los hechos declarados probados. En definitiva, estima que el Tribunal de instancia ha inferido que tenía conocimiento del contenido del paquete recogido, de forma ilógica e irracional. En particular, estima que hay vacío probatorio sobre qué sucedió en la Oficina de Correos, cuando compareció el acusado.

El Tribunal de instancia estimó que Gabino era consciente de la existencia de una sustancia prohibida en el interior del paquete que acudió a recoger a la Oficina Postal de la plaza de la Vila de Martorell. Fundamentalmente, el Tribunal de instancia atendió a dos razonamientos concretos:

- en primer lugar, la imposibilidad de otorgar credibilidad a su declaración exculpatoria. Gabino había manifestado que desconocía, completamente, el contenido en droga del paquete que fue a recoger; que él residía en Sant Feliù de Llobregat y que, el día previo a su detención, se encontró a Florencio ; y que éste le pidió como favor que retirara una caja de zapatos, que había recibido de la Oficina de Correos de Martorell, aunque ya le había llamado por teléfono antes para pedirle el favor. El Tribunal de instancia estimaba que era inasumible que una persona se desplazase desde otra población para recoger un paquete a nombre de un tercero que, justo vivía en la misma localidad donde se encontraba la Oficina donde había que recibir el paquete y, más aún, que se desplazase el día anterior;

- en segundo lugar, que los agentes actuantes describieron la forma en la que Gabino acudió a recoger el paquete. Gabino compareció con una carta manuscrita de la destinataria, Tamara ., autorizando a Gaspar para retirar el paquete. Gabino poseía, también, un pasaporte de la República de Ghana a nombre de esa persona. El Tribunal de instancia estimaba que era sumamente indicativo que alguien acudiese a recoger un paquete con una documentación y con un justificante que no se correspondía a la de la persona que, supuestamente, y, según sus propias palabras, le había encargado la retirada del paquete.

Los juicios del Tribunal de instancia se ajustan a las reglas de la lógica sin incurrir en arbitrariedad.

Por todo ello, procede la desestimación del presente motivo en lo que se refiere al conocimiento por el recurrente del contenido del paquete, sin perjuicio de su estimación parcial en relación con la alegación formulada en el siguiente motivo del recurso.

SEXTO .- Como segundo motivo, el recurrente alega, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley por inaplicación de los artículos 16y62 del Código Penal.

Considera que no existe prueba alguna que relacione a Gabino con el remitente del paquete con droga en su interior. Argumenta, también, que su presencia en los hechos fue posterior y secundaria, por lo que debería haber sido condenado como cómplice y alternativamente que debería haberse apreciado que los hechos se encontraban en fase de tentativa.

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.

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 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 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 (por todas, STS 867/2011, de 20 de junio), que es precisamente lo que justifica la condena del otro recurrente como autor de un delito consumado.

SÉPTIMO .- Sin embargo, es verdad que no puede considerarse acreditado, en el caso actual, que el recurrente estuviese concertado con el remitente de la mercancía, pues todos los datos concurrentes indican que su intervención se produjo a posteriori, y como consecuencia de que el verdadero destinatario, (Florencio), no pudo recoger el paquete directamente en el domicilio al que iba remitido. Fue este otro acusado el que hizo uso del recurrente como instrumento para la recogida del paquete, quien le entregó el aviso de correos que se encontraba en su poder, y quien le proporcionó un documento de autorización para la recogida del paquete firmado por su destinataria.

No hay elementos probatorios que permitan concluir que el recurrente también estaba concertado previamente con los remitentes del paquete, al menos con el grado de certeza que requiere una condena penal, y las reglas de experiencia indican que es relativamente habitual que para esta operación de recogida, muy arriesgada, se utilice a personas que no están insertas en el conjunto de la operación, se trata de personas que acceden "a posteriori" a la recogida de droga a cambio de algún tipo de contraprestación, cuando ya se ha enviado la droga, y ésta ha sido controlada, por lo que no existe en realidad ni posesión mediata de la droga, ni posibilidad de obtener su posesión efectiva. Procede, en consecuencia, desde la perspectiva de la presunción de inocencia, estimar parcialmente el recurso, suprimiendo del relato fáctico la referencia a la connivencia de este recurrente con los remitentes de la droga.

OCTAVO .- Desde la perspectiva de la infracción de ley, procede recordar la doctrina tradicional de esta Sala en esta materia específica, recientemente reiterada en la STS 899/2012, de 2 de Noviembre.

Como ha señalado tradicionalmente esta Sala (STS de 26 de marzo de 1997 y STS 899/2012, de 2 de Noviembre, entre otras), si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial advierte de las dificultades de apreciación de formas imperfectas de ejecución en este tipo delictivo, cabe admitir excepcionalmente **latentativa** cuando el acusado, como sucede en el caso actual, **no ha llegado en momento alguno a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata.**

No ha quedado constatado que la intervención de

este acusado (Gabino) se hubiese realizado antes de que la droga se encontrase ya en nuestro país, sometida al control policial, habiéndose solicitado por el remitente la colaboración del acusado para que participase en la recogida de la droga, pero sin que conste que éste accediese a ello antes de que la droga se encontrase en España, policialmente controlada.

Es decir la participación del recurrente se produce como paso previo a la posterior recepción de la mercancía por sus finales destinatarios, pero sin haber intervenido en la operación anterior destinada a traer la droga desde Argentina, pues no existe prueba específica de su participación en el concierto previo, por lo que debe sancionarse el hecho como **tentativa** , conforme a la reiterada doctrina de esta Sala.

NOVENO.- El acusado tuvo intención de realizar una acción que representaba una colaboración efectiva en el tráfico, e inició la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero su actuación resultó frustrada, dado que las autoridades habían retenido el envío, y le detuvieron en el momento de la recogida del paquete que contenía la droga, antes de que llegase a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga intervenida. (Ver S.T.S. de 26 de marzo de 1997 y 3 de marzo de 1999, y recientemente STS 899/2012, de 2 de noviembre).

Cuestión distinta es la que afecta al otro acusado, que era el destinatario de la operación de importación, pues en tal caso una reiterada doctrina jurisprudencial considera que quien así actúa es autor de un delito consumado por tener la posesión mediata de la droga remitida (STS 2108/93 de 27 de septiembre, 2378/93 de 21 de octubre, 383/94 de 23 de febrero, 947/94 de 5 de mayo, 1226/94 de 9 de junio, 1567/94 de 12 de septiembre, 2228/94 de 23 de diciembre, 96/1995 de 1 de febrero, 315/96 de 20 de abril, 357/96 de 23 de abril, 931/98 de 8 de julio, entre otras, onúm. 40/2009, de 28 de enero y núm. 545/2010, de 15 de junio, entre las más recientes).

DECIMO .- Como esta Sala ha recordado reiteradamente, el Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito y ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, **es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales.**

Esta posición doctrinal no ha sido compartida por esta Sala (ver STS 899/2012, de 2 de noviembre, entre las sentencias más recientes, cuya doctrina seguimos en el caso actual, y las sentencias que en ella se citan) porque el art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado").

Objetivamente quiere decir, en la interpretación consolidada de esta Sala, **que el plan o actuación del autor, "objetivamente"**

considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta (STS 899/2012, de 2 de noviembre, y las sentencias que en ella se citan).

Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Se trata de supuestos en los que **la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción incardinada en la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto** (STS 899/2012, de 2 de noviembre, y las sentencias que en ella se citan).

La concepción contraria equivaldría prácticamente a la despenalización de la tentativa, opción, expresamente rechazada por el Legislador de 1995, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error del autor sobre la idoneidad de su acción. En todos los supuestos de tentativa, vistos "a posteriori", concurre algún factor ajeno a la voluntad del actor que ha impedido el resultado, es decir que ha hecho inidónea la acción, aunque objetivamente y desde una perspectiva abstracta y general, la acción era apta para producir el resultado deseado.

Esta doctrina sobre la punición de la tentativa inidónea, iniciada en sentencias como las de 21 de junio de 1999 y 5 de diciembre de 2000, núm. 1866/2000, entre otras, ha sido recientemente ratificada por el Pleno de esta Sala de 25 de abril de 2012, que ha acordado que "El art 16 no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados, valorados ex ante, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.

DÉCIMO PRIMERO.- En el caso actual el recurrente dio principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con el destinatario de un alijo de droga valorado en más de 12.600 euros, que se había enviado desde Argentina, para recogerla en Correos y hacérsela llegar posteriormente a sus destinatarios finales, con el fin de que éstos pudiesen distribuirla en nuestro país.

Con ello practicó parte de los actos que "objetivamente" deberían conducir al fin planeado, prestándose así a participar en una operación de tráfico de cocaína. Si no llegó a realizar la recogida y la entrega a los

destinatarios finales de la droga en nuestro país, fue por causas independientes de su voluntad, pues la droga ya había sido controlada por las autoridades policiales, pero ello no priva objetivamente de idoneidad al conjunto de la operación tal y como estaba inicialmente planeada. Por lo tanto el hecho debe ser sancionado como tentativa.

Procede, en consecuencia, estimar el motivo de recurso interpuesto por infracción de ley, en relación con lo anteriormente expresado al resolver el motivo sobre presunción de inocencia.

DÉCIMO SEGUNDO .- LaSTS de 20 de Julio del 2011ySTS 899/2012, de 2 de noviembre, resumen la doctrina en esta materia,**que ahora reiteramos para consolidarla**, diciendo que este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas, pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia, según se especifica en lasSTS 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; y191/2010, de 9 de febrero, y las que en ellas se citan, en los siguientes apartados:

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 elart. 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.

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 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 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 .

El caso actual, se encuentra precisamente en este supuesto, por lo que procede la aplicación de la tentativa.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso interpuesto por la representación del condenado Florencio , con imposición de costas, y la estimación parcial del recurso por presunción de inocencia e infracción de ley, del recurrente Gabino , declarando las costas de oficio para este recurrente.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por INFRACCION DE LEY y por INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL por **Florencio** , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida al mismo y a Gabino por delito contra la salud pública. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR , parcialmente,** al recurso de casación interpuesto por INFRACCION DE LEY y por INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL por **Gabino** , contra la sentencia anteriormente referenciada; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia, con declaración de las costas de oficio de su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Encabezamiento

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Marzo de dos mil trece.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado nº 6 de

Martorell, y seguido ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, por delito contra la salud pública contra Gabino , nacido en Ghana el NUM008 de 1980, hijo de William y Cristina, vecino de Sant Feliú de Llobregat, con NIE NUM009 , sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada; contra Florencio , nacido en Nigeria el NUM010 de 1972, hijo de Abekola y Nary , vecino de Martorell, con NIE NUM011 , sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada; y contra Laureano , nacido en Nigeria el NUM012 de 1973, vecino de Barcelona, con NIE NUM013 , sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 22 de noviembre de 2011, 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO .- Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia de instancia, incluidos los hechos declarados probados, con la expresa exclusión del concierto entre Gabino y el remitente de la droga.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se aceptan y dan por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia, en todo lo que no se encuentre en contradicción con nuestra sentencia casacional.

SEGUNDO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia casacional, el delito objeto de acusación debe ser sancionado en grado **de tentativa** , en lo que se refiere al recurrente Gabino , reduciendo la penalidad en un grado atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado, e imponiéndola en la cuantía media atendiendo a la importancia de la droga ocupada.

III. FALLO

Dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, debemos sancionar el hecho cometido por Gabino en grado **de tentativa** , reduciendo la pena privativa de libertad impuesta a DOS AÑOS DE PRISIÓN y la pena de multa a DIEZ MIL EUROS.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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