

# EDJ 2006/80843

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 18-5-2006, nº 547/2006, rec. 768/2005  
Pte: Giménez García, Joaquín

## Resumen

*Se estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia dictada en causa seguida por delito contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que establece que el acusado es autor y no cómplice del expresado delito, ya que sabía que su amigo era portador de la droga que se le ocupó, y que ésta estaba destinada al tráfico, inferencia que se extrae de la no acreditación de consumo y de la cantidad de droga ocupada.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.28 , art.368

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4
SEGUNDA SENTENCIA .....	5

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

##### DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

Sustancias que causan grave daño a la salud

Cocaína

Actividades

Tenencia preordenada al tráfico

Apreciación

Partícipes

Autor

Supuestos diversos

Cooperador

Cómplice

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Acusado

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.28, art.368 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.849.1, art.901 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 julio 2005 (J2005/152988)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 19 enero 2005 (J2005/4963)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Partícipes - Cómplice STS Sala 2ª de 23 noviembre 2004 (J2004/238778)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Partícipes - Cómplice STS Sala 2ª de 24 julio 2002 (J2002/29091)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 mayo 2001 (J2001/9073)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Partícipes - Cómplice STS Sala 2ª de 9 julio 1997 (J1997/4837)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Partícipes - Cómplice STS Sala 2ª de 14 junio 1995 (J1995/4817)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Partícipes - Cómplice STS Sala 2ª de 5 julio 1993 (J1993/6709)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Partícipes - Cómplice STS Sala 2ª de 30 mayo 1991 (J1991/5692)  
Citada por SAP Madrid de 30 abril 2010 (J2010/117087)  
Citada sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Partícipes - Cómplice por SAP Sevilla de 9 febrero 2011 (J2011/106938)

En la Villa de Madrid, a dieciocho de mayo de dos mil seis.

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA; siendo parte recurrida Jon, representado por el Procurador Sr. Rodríguez García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado núm. 8882/03, seguido por delito contra la salud pública, contra Jon, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, que con fecha 4 de febrero de 2004, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Sobre las diez horas quince minutos del día diecinueve de diciembre de dos mil tres, Jon, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue detenido por agentes de policía en la estación sur de autobuses de Madrid, cuando se encontraba en compañía de otra persona, siéndole intervenida una balanza de precisión que llevaba oculta en el interior de los calzoncillos, y a la persona que le acompañaba, igualmente escondido en sus genitales, un envoltorio con veintiuna cápsulas que contenían 192'429 grs. de cocaína con una pureza del 71'2%". (sic)

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

"Fallamos: Condenamos a Jon, como responsable en concepto de cómplice de un delito contra la salud pública, ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, MULTA de DIECISIETE MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE EUROS CON TRES CÉNTIMOS con quince días de arresto sustitutorio en caso de impago y al pago de las costas procesales.- Deberá serle de abono el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa salvo que le hubiera sido computada en otra.- Se decreta el comiso de la droga, efectos y dinero intervenidos debiéndose proceder a la destrucción de los primeros y a la adjudicación al Estado del dinero incautado". (sic)

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 su recurso de casación en base a un único motivo: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849-1º de la LECriminal EDL 1882/1 por aplicación indebida del art. 29 del C.P EDL 1995/16398 . y falta de aplicación del art.28 del C.P EDL 1995/16398 .

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 11 de mayo de 2006.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de 4 de febrero de 2004 condenó a Jon como cómplice de un delito de tráfico de drogas en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de dos años de prisión y multa de 17.179 euros con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Contra esta sentencia se ha formalizado recurso de casación por el Ministerio Fiscal que lo desarrolla a través de un motivo único en el que por la vía del error iuris, denuncia la indebida inaplicación del art. 28 del Código Penal EDL 1995/16398 .

En síntesis, frente a la tesis de la sentencia de estimar que la colaboración prestada por el recurrente lo es a título de cómplice, el Ministerio Fiscal estima que se está en presencia de un autor, más exactamente de una coautoría junto con la otra persona que le acompañaba y que era la que llevaba la droga --192'4 gramos de cocaína con una pureza del 71'2%--. Al recurrente se le ocupó, oculta entre sus genitales una balanza de precisión.

En su argumentación el Ministerio Fiscal alega que desde el respeto a los hechos probados, se está en un caso de autoría directa entre el recurrente y la otra persona no juzgada ya se parta de la realidad de un concierto previo entre ambos para la adquisición, transporte y difusión de la droga en el lugar de destino, ya se estime que el recurrente desarrollaba una actividad de cooperación que en modo alguno, puede calificarse como periférica o accesoria --como estima el Tribunal sentenciador--, sino que era esencial, partiendo del hecho acreditado y así declarado por la sentencia, que el recurrente había hecho el viaje desde Almería a Madrid, y se volvían a Almería junto con la otra persona, ambos estaban juntos cuando infundieron sospechas a la policía en la Estación Sur de Madrid y que era esa otra persona quien sufragaba todos los gastos de locomoción y estancia del recurrente con motivo del viaje a Madrid.

SEGUNDO.- Desde la obviedad que supone el recordatorio de que por grave que sea el delito de tráfico de drogas --que lo es--, esa gravedad no puede constituirse en argumento para efectuar una interpretación que, de hecho, suponga una derogación de las reglas generales de la participación delictiva, --en tal sentido STS 1371/2004 de 23 de noviembre EDJ 2004/238778 --, hay que convenir que, en general, en relación al delito de tráfico de drogas en la media que se integra por una pluralidad de actos en coparticipación por lo general, la imputación a título de coautor viene a ser la más frecuente.

No obstante esta Sala en numerosas sentencias ha calificado de complicidad, la acción de aquél que no favoreciendo el tráfico, favorece al favorecedor del tráfico y así, la STS de 30 de mayo de 1991 EDJ 1991/5692 , calificó como tal la conducta de quien acompañaba en el coche al procesado; STS de 7 de marzo de 1991 a la esposa que acompaña a su marido a Bangkok desde donde éste traía la droga a España; STS de 5 de julio de 1993 EDJ 1993/6709 acompañar a los acusados principales a algunas entrevistas; STS de 14 de junio de 1995 EDJ 1995/4817 conducir el coche donde se trasladó la droga; STS de 9 de julio de 1997 EDJ 1997/4837 mero acompañamiento a los compradores con indicación de cual era el domicilio de los vendedores; STS 1430/2002 de 24 de julio EDJ 2002/29091 llevar la droga en la mochila una persona que circula como paquete en la moto conducida por el propietario de aquélla o la de aquélla persona que simplemente acompaña a aquélla otra que efectúa el transporte, STS 1371/04 de 23 de noviembre EDJ 2004/238778 . Ciertamente se trata de casos puntuales y concretos.

Ciertamente la construcción de la complicidad supone una colaboración que responde a la doble condición de efectiva y no necesaria o imprescindible, descansando esta coparticipación -- coparticipación accesoria-- en el conocimiento por parte del cómplice del injusto que realiza el autor, ya que como acción intencional que es, el cómplice debe saber que está colaborando en la realización del delito que efectúa el autor --sólo así puede ser su ayuda eficaz, eficacia que desaparecería si el cómplice ignora lo que se propone el autor--, pero al mismo tiempo no es necesaria, es decir, es prescindible y accesoria. En definitiva el dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible, pero desde una actividad prescindible.

Es en relación a este punto que tanto la dogmática como la práctica jurisprudencial han ido elaborando diversos criterios o teorías que, todas ellas con la mira puesta en la coautoría por cooperación necesaria a que se refiere el art. 28 del Código Penal EDL 1995/16398 .

En tal sentido y sin ánimo exhaustivo, se habla de las teorías de la naturaleza objetivo-material, de los bienes escasos, o de la del dominio del hecho.

Para la primera, el acento está en la naturaleza nuclear del aporte del copartícipe que lo sitúa en la esencia del acto delictivo, de suerte que lo relevante sería la entidad objetiva y transcendencia del aporte del copartícipe en orden a determinar si era o no esencial.

Para la segunda, lo relevante es la naturaleza del aporte del copartícipe que proporciona algo difícil de conseguir, que por ello es "escaso" en el mercado de bienes y servicios, y ello con independencia de que el autor principal hubiera podido llevar a cabo el plan delictivo por otros medios.

Para la tercera, lo esencial es que la ejecución del hecho delictivo haya dependido de la voluntad del copartícipe, que por ello, tiene la posibilidad de impedir el hecho delictivo con sólo retirar su actividad.

Evidentemente estas teorías, ni resuelven con claridad y precisión todos los casos posibles, ni son esencialmente incompatibles entre sí, al ofrecer aspectos de coincidencia tangencial, por lo que en definitiva, hay que estar, una vez más, al caso concreto --todo enjuiciamiento es una actividad individualizada y valorativa, alejada de todo silogismo jurídico generalizante--, por ello también carece de interés, a los efectos del enjuiciamiento efectuar el inventario de las sentencias de esta Sala que han seguido uno de los criterios expresados.

Como apunta algún sector doctrinal, la solución para resolver los problemas de la cooperación necesaria o accesoria, hubiera debido ir por la vía de la supresión de la cooperación necesaria en beneficio del concepto de coejecución delictiva, lo que hubiera permitido hablar de la cooperación sin adjetivos. No ha sido, obviamente, esa la decisión del legislador del Cpenal EDL 1995/16398 1995 que ha mantenido esta confusa diferenciación de coparticipación accesoria y necesaria.

TERCERO.- Desde las reflexiones que preceden, dando respuesta a la denuncia del Ministerio Fiscal, ya adelantamos su éxito.

La sentencia en el f.jdco. primero, vía indiciaria, objetiva como juicio de certeza el conocimiento del recurrente en la actividad delictiva que desarrollaba su compañero, a la sazón no enjuiciado, y asimismo el consentimiento del recurrente en presentar su aporte a aquel fin delictivo. Es decir, objetiva el dolo del cómplice en el sentido antes expuesto.

Tal dolo en su doble condición intelectual y volitiva la extrae de los hechos indiciarios explicitados en dicho fundamento jurídico, a saber:

-Los dos estaban juntos en la Estación Sur de Autobuses cuando por su actitud indujeron sospechas a la policía.

-Los dos portaban la droga --el no juzgado--, y la balanza de precisión, el recurrente, oculta en los genitales.

-Ambos habían efectuado el viaje Almería-Madrid, y volvían a Almería.

-El amigo no juzgado sufragaba todos los gastos de transporte y hospedaje del recurrente.

-El recurrente no quiso declarar en la Comisaría, lo que no resulta acorde con la ausencia de conocimiento de lo que llevaba su amigo.

En este control casacional hay que declarar que los datos relativos al viaje conjunto de ambos y a la financiación por la persona no juzgada, son hechos que debieron haberse llevado al relato de hechos probados dada su condición inculpativa. En efecto, los hechos probados, como juicio de certeza alcanzado por el Tribunal tras la valoración crítica de la prueba de cargo y de descargo, se deben integrar por todos los hechos de naturaleza inculpativa, incluidos los hechos subjetivos, pues la condición de tal, no les priva de su condición de hechos, sólo que su probanza es diferente por su diferente naturaleza.

De ese modo se evita el tener que integrar el "factum" con hechos desplazados indebidamente en la fundamentación, consecuentemente las nociones de dolo, culpa o negligencia, error, mala fe, acto o fraude, conocimiento de la insolvencia, etc. etc., todos estos hechos psíquicos que la norma jurídico-penal considera relevante y nuclear del tipo penal, no son juicios de valor como decía la antigua jurisprudencia de esta Sala --que había de eliminar de los hechos probados--, sino que son hechos, que deben aparecer en el "factum" y que su sola diferencia es que las técnicas probatorias que rigen para los hechos físicos, no sirven para estos hechos subjetivos, que sólo pueden acreditarse, salvo improbable confesión de los protagonistas, por prueba indiciaria, como tantas veces ha dicho esta Sala. Ad exemplum SSTs 875/2001 EDJ 2001/9073 , 33/2005 EDJ 2005/4963 , 1060/2005 EDJ 2005/152988 .

CUARTO.- Pues bien, integrando el "factum" con los elementos fácticos antes citados así como con los anímicos correspondientes a que el recurrente sabía que su amigo era portador de la droga que se le ocupó, y que ésta estaba destinada al tráfico, inferencia que se extrae de la no acreditación de consumo y de la cantidad de droga ocupada --192'4 gramos de cocaína al 71'2%-- no puede estimarse admisible en clave de coparticipación accesoria.

Se dice, textualmente en la sentencia:

"Ahora bien, las pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral nos impiden concluir estimando que la actividad desplegada por el acusado fuera de carácter principal y no meramente secundario o accesorio. Se ha afirmado por éste desde la primera declaración que desconocía que su amigo transportara la droga, afirmación que, conforme a lo expresado en el apartado anterior, estimamos que no se ajusta a la realidad. Ahora bien, es un hecho cierto que la persona que le acompañaba manifestó ante el instructor que el hoy acusado no había tenido participación en los hechos, llegando a señalar Jon en el acto del Juicio Oral que como su amigo le había pagado todo, se vio obligado a hacerle el favor de llevar la balanza, cabiendo por ello la posibilidad de que inicialmente desconociera el verdadero motivo del viaje a Madrid y fuera posteriormente cuando tomase conocimiento de lo que realmente les había traído hasta aquí, considerándose de este modo su actuación fácilmente reemplazable y desde luego prescindible, al limitarse a apoyar la actividad principal desplegada por la persona que le acompañaba".

Como se ha dicho, esta conclusión expuesta no es correcta desde la construcción de la coparticipación necesaria, ya sea desde la teoría de la naturaleza objetiva material, o de la teoría de los bienes escasos o la de dominio del hecho.

No se está en una colaboración periférica y prescindible, el hecho del viaje conjunto de ambos es más bien sugerente de un fin delictivo compartido con diversos cometidos --uno llevaba la droga y otro la balanza escondidas de la misma forma--, y en todo caso, si la financiación del viaje por parte de la persona no juzgada, sugiere un protagonismo más relevante en esta persona, no es menos cierto que la entidad del viaje --Almería-Madrid-Almería-- sitúa al recurrente en una colaboración relevante situada extramuros de la accesoria porque la presencia de la balanza es esencial para la adquisición o venta de la droga no resultando tampoco una actividad que cualquier persona esté dispuesta a efectuar y respecto a la posibilidad a que la otra persona pudiera haberla efectuado por sí misma, deja sin explicación el cumplido conocimiento de toda la operación por el recurrente quien, además, con su presencia venía a reforzar la común voluntad en un compartido y querido fin delictivo.

Insistimos en que, técnicamente más que una cooperación necesaria, había que estimar una coautoría en sentido estricto.

En definitiva, procede la admisión del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

QUINTO.- De conformidad con el art. 901 LECriminal EDL 1882/1 , procede la imposición de oficio de las costas del recurso.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, de fecha 4 de febrero de 2004, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVI, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Luis-Román Puerta Luis.

# SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de mayo de dos mil seis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid, Procedimiento Abreviado núm. 8882/03, seguida por delito contra la salud pública, contra Jon, nacido el día 01.10.80 en Santo Domingo, hijo de Carlos y de Orbelina, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, de la que estuvo los días 19 y 20 de diciembre de 2003, salvo ulterior comprobación; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, se hace constar lo siguiente:

## ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por los razonamientos contenidos en la sentencia casacional debemos estimar a Jon coautor del art. 28 del Código Penal EDL 1995/16398 del delito de tráfico de drogas en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud del art. 368 del Código Penal EDL 1995/16398, imponiéndole la pena de tres años de prisión --mínimo legal que no precisa la especial motivación--, manteniéndose la multa en la misma extensión en que fue impuesta en la instancia.

## PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Jon como autor de un delito contra la salud pública, de drogas que causan grave daño a la salud, a las penas de tres años de prisión, accesorias correspondientes consistente en inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo y multa de 17.179'03 euros --diecisiete mil ciento setenta y nueve con tres--, con quince días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa por insolvencia y al pago de las costas de la presente instancia.

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. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Luis-Román Puerta Luis.

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

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012006100558**