

## Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz

C/Cuesta de las Calesas s/n

Tlf.: 956902219/956902225/662978505/662978506. Fax: 956011703

NIG: 1101541P20153002532

Nº Procedimiento: Procedimiento Abreviado 6/2017

Asunto: 300155/2017

Negociado: 4

Proc. Origen: Diligencias Previas 2208/2015

Juzgado Origen: JUZGADO MIXTO Nº3 DE CHICLANA DE LA FRONTERA

Contra: ANDRES [REDACTED] y FRANCISCO JOSE [REDACTED]

Procurador: ISABEL CRUZ LAZARO LAGO y ROCIO GARCIA CHAVES

Abogado: NURIA GUTIERREZ DE MADARIAGA y ANTONIA ALBA ORTEGA

Ac. Pública : MINISTREIO FISCAL

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ SECCIÓN TERCERA

### SENTENCIA

**Nº 115/2017.**

Presidente Ilmo. Sr.

D MANUEL GROSSO DE LA HERRAN

Magistrados Ilmos. Sres.

D. MIGUEL ANGEL RUIZ LAZAGA

Dª. ESTER MARTINEZ SAIZ

**Proc. Abrev. 6/17**

Juzgado instructor: Juzgado Mixto núm. 1 de Chiclana de la Frontera .

En Cádiz a 16 de Marzo de 2017.

Visto en juicio oral por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial el Procedimiento Abreviado nº 39/16 procedente del Juzgado Mixto número 3 de Chiclana de la Frontera ( Diligencias Previas nº 2208/15 convertidas en Procedimiento Abreviado nº 56/16 del citado órgano ) . El procedimiento se siguió contra :

**ANDRES** [REDACTED] , DNI 75 [REDACTED] , nacido el [REDACTED]  
en [REDACTED] , hijo de [REDACTED] y [REDACTED] ; con domicilio en Calle [REDACTED]  
[REDACTED] ; sin antecedentes penales y en prisión por estos  
hechos ; representado por la procuradora Sr. LAZARO LAGO y defendido por la letrada Sra.  
[REDACTED] .

**FRANCISCO JOSE** [REDACTED], DNI [REDACTED], nacido el [REDACTED] en [REDACTED], hijo de [REDACTED], con domicilio en [REDACTED]; sin antecedentes penales y en libertad por estos hechos; representado por la procuradora Sr. GARCIA CHAVES y **defendido por la letrada Sra. ALBA ORTEGA**.

Intervino el Ministerio Fiscal representado por el Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARTA MOLINA ARIAS.

Fue designado ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. MIGUEL ANGEL RUIZ LAZAGA quien, tras la correspondiente deliberación y votación, ha redactado esta sentencia que expresa el parecer del Tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**UNICO.-** Que las presentes actuaciones se iniciaron en base a las Diligencias n<sup>o</sup> 89/2015 del Equipo de Policía Judicial de Barbate, por un presunto delito contra salud pública en su modalidad de tráfico de drogas, concretamente por un presunto alijo acaecido entre la Cala del quinto y la Cala Camacho en Conil de la Frontera.

Por el Juzgado de Mixto n<sup>o</sup> 3 de Chiclana de la Frontera se dicta resolución, fechada el 3/12/15, por la que se acuerda la incoación de diligencias previas, n<sup>o</sup> 2208/15. Que son declaradas secretas por Auto de la misma fecha. Tras la práctica de diligencias de instrucción se dicta resolución de 5/7/16 por la que se acuerda la continuación y conversión de las diligencias previas en procedimiento abreviado (n<sup>o</sup> 57/16) y el traslado al Ministerio Público para calificación, lo que se hace por escrito de 7/7/16.

Se dirige la acusación contra los siguientes imputados y por los siguientes delitos: Andrés [REDACTED] y Francisco José [REDACTED], como autores materiales y directos de un delito contra la salud pública de sustancia que no causa un grave daños a la salud, con notoria importancia y empelo de embarcación, previsto y penado en los art. 368, 369.1.5<sup>o</sup> y 370.3<sup>o</sup> del CP en su redacción vigente a las fecha de los hechos. Sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Solicitando la imposición, a cada uno de ellos, de las siguientes penas: 6 años de prisión, accesorias legales y 6.000.000 euros de multa, con responsabilidad personal subsidiaria de seis meses en caso de impago. Se solicita igualmente el comiso de los efectos intervenidos. Más el pago de las costas.

La defensa de Andrés [REDACTED], que manifiesta su disconformidad con las correlativas del Ministerio Fiscal, solicita llegar a una conformidad con el acusador público. Por su parte, la defensa de Francisco José Aparicio Cárdenas pide la libre absolución.

Tras la recepción de las actuaciones en la Secretaría de esta Sección Tercera el pasado 14/2/17, se dictó Auto de 16/2/17 por el que se decidía sobre la pertinencia o no de la prueba propuesta, señalándose por diligencia de ordenación la fecha del juicio oral para el 14/3/17.

Llegado el día y hora programado , se celebraron las pruebas que propuestas y admitidas no resultaron renunciadas , con el resultado que se observa en el soporte audiovisual de las sesiones incorporado al expediente electrónico.

El Ministerio Público elevó a *definitivas* su escrito inicial .

La defensa de Andrés [REDACTED] solicita la apreciación de la concurrencia de la atenuante de drogadicción , así como el carácter de complicidad de las acción típica llevada a cabo por el mismo , para quien solicita la imposición de una pena de tres años de prisión .

La defensa de Francisco José [REDACTED] eleva a definitivas su petición absolutoria , aunque añade , con carácter subsidiario , para el caso de condena sea apreciada la atenuante analógica de colaboración .

Tras los informes y el derecho a la última palabra , por el Sr. Presidente del Tribunal se declaró la conclusión del acto del plenario y el visto para sentencia.

Después de la preceptiva deliberación y votación , quedaron los autos en poder del magistrado ponente para la redacción de esta resolución en la que se expresa el parecer del Tribunal .

## **HECHOS PROBADOS**

Probado y así se declara que sobre las 0:15 h. del pasado día 1/12/2015 , Andrés [REDACTED] , mayor de edad y sin antecedentes penales , fue sorprendido por agente de la Guardia Civil , debidamente comisionados por la Central Operativa de Servicios de la Comandancia de la Guardia Civil de Cádiz , auxiliada por el sistema de vigilancia SIVE , que venían siguiendo el rastro de una lancha neumática sospechosa que terminó varando en la Cala del quinto de Conil de la Frontera , cuando en el citado punto de la costa , junto con otras personas no identificadas , estaban trasvasando varios sacos de lo que , debidamente analizado , resultó ser hachís . Bultos que estaban siendo introducidos en un remolque matrícula [REDACTED] , propiedad de la empresa “ [REDACTED] S.L.” tirado por un tractor , marca John Derre , matrícula [REDACTED] , propiedad del también acusado Francisco José [REDACTED] , mayor de edad y sin antecedentes penales . No quedando suficientemente acreditado que este tuviera noticia de tales ellos y hubiere consentido que los mismos se llevaran a cabo con el tractor de su propiedad .

La sustancia incautada resultó ser hachís , un total de 2.066.638 gramos , con un THC de 13,4% y un valor en mercado ilícito de unos 3.282.360 €.

La embarcación empleada es tipo neumática , color gris , de unos 8 metros de eslora , con un motor de 60 CV y otro auxiliar de 25 CV , marca Enduro , sin número de identificación .

Andrés [REDACTED] se encuentra en situación de privación de libertad por estos hechos desde el pasado día 1/12/2015 .

**DERECHO**

**PRIMERO.-** Que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito consumado contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño a la salud , tipificado en el Art.368 del CP , concurriendo la agravación de la notoria importancia del nº 5 del Art. 369 CP y la circunstancia de la extrema gravedad por empleo de buque del Art. 370.3 CP , de la que es responsable , en concepto de autor material y directo ( Art. 26 y 27 CP ), Andrés [REDACTED] .

Así en los citados preceptos se castiga , entre otras , la conducta del tráfico de drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas , siendo la conducta enjuiciada de tráfico , como lo es el introducir por la costa procedente del norte de África , zona de cultivo , una cantidad de hachís embalada en fardos que arrojó un peso neto de 2.066.638 gramos , con un THC del 13,4% . Como así resulta del informe pericial realizado por la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación de Gobierno de Cádiz , obrante a los folios 72 y ss , que no ha sido impugnada por ninguna de las partes , motivo por el que no fue necesaria su ratificación en el plenario por los peritos que lo realizaron.

Recordar que el hachís , drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas incluida las Listas I, II y IV de la Convención Única de Naciones Unidas sobre estupefacientes , firmada en Nueva York el 30 de marzo de 1961 (ratificada por España el 3 de febrero -B.O.E. de 23 de abril de 1966), enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972 (B.O.E. de 15 de febrero de 1977), que entró en vigor el 8 de agosto de 1975 y fue ratificado por España el 4 de enero de 1977, y al Convenio sobre Psicotrópicos, firmado en Viena el 21 de febrero de 1971 (Instrumento de Adhesión de 2 de febrero de 1973 -B.O.E. de 9 y 10 de septiembre de 1976). A las listas I, II y IV de la Convención y a la aneja al Convenio de 1971 reenvía la doctrina jurisprudencial ( SS.T.S. de 5 de mayo , 1 de junio y 15 de noviembre de 1984, y 10 de mayo de 1985), en virtud de lo establecido en el artículo 96.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 1.5 del Código Civil. A tenor de esta normativa internacional, tiene el concepto de estupefaciente tanto la planta de Caníbal sativa (mientras no se haya extraído la sustancia activa), como las preparaciones a base de sumidas florales y hojas de la planta femenina disecada (marihuana o grifa ) o de su resina (hachís) (cfr. SS.T.S. de 5 de mayo y 9 de julio de 1984 , entre otras muchas ).

Concurriendo la agravación de la extrema gravedad del nº 3 del art. 370 CP . Así queda plenamente acreditado , amén de pacífico por no discutido , que el alijo de droga se lleva a cabo en la embarcación intervenida que aparece identificada en el atestado mediante sus características : embarcación neumática de color gris de unos 8 metros de eslora , con motor de 60 CV y otro auxiliar de 25 CV , marca Enduro sin número de identificación . Que aparece fotografiada al folio 8 de las actuaciones y que entrad dentro de la categoría de embarcación tal y como viene admitiendo la jurisprudencia .

Así por Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25/11/08 , se dijo que : *“A los efectos del art. 370.3 del CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de 'buque'. La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirrígidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad”*.

Pero como nos recuerda la reciente STS de 21/10/13 : *“Sin embargo, con motivo de la modificación del precepto por LO 5/2010, de 22 de junio EDL2010/101204 , se introdujo junto al término de "buque" el de "embarcación". En la exposición de motivos de la reforma legislativa se justifica y explica el añadido argumentando que "se precisa más adecuadamente la agravante de buque, en la que venían detectándose algunos problemas de interpretación, añadiéndose el término 'embarcación' a fin de permitir la inclusión de otros tipos de embarcaciones habitualmente utilizadas en estos delitos, como, por ejemplo, las semirrígidas".*

En esta misma línea se ha pronunciado la Sentencia 690/2013, de 24 de septiembre EDJ2013/187290 , al incluir dentro del concepto legal a los efectos de interpretar el subtipo agravado una lancha semirrígida de siete metros de eslora y con un motor de 40 CV de potencia. Esto es , una embarcación que tiene prácticamente muy similares características que la intervenida en la presente causa .

En relación con la agravación dada por la notoria importancia recordar que el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2.001 acordó , respecto al hachís , que la agravante de notoria importancia habrá de aplicarse a partir de los dos kilos y medio de esta sustancia , cantidad que en este caso excede en demasía , aunque sin llegar a la extrema gravedad que , también se recuerda , por Acuerdo Plenario de la misma Sala de 25 de noviembre de 2.008, se adoptó que : *"La aplicación de la agravación del art. 370.3 del C.P., referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia"*. Lo que significa que la "extrema gravedad" por razón de la cantidad de hachís se ha de apreciar a partir de los 2.500 kg. , cantidad no se alcanzada en el caso que tenemos planteado (2.066.638 gr. ) , aunque está próxima a la misma , lo que se deberá tener en cuenta a la hora de la dosificación de la pena como luego se verá.

Finalmente , por lo que al grado de ejecución se refiere , no cabe duda de que la acción típica descrita es consumada , así la STS de 5/6/12 nos recuerda que : *“ Desde el momento en que la droga ha entrado en el circuito de transporte puede considerarse "a disposición" del destinatario final (entre otras, sentencias de 30 de mayo, 9 de junio de 1994 ó 1279/1997, de 22 de octubre EDJ1997/7889 ). Todos los que tienen comprometida su colaboración en esa circulación o transporte de la droga se convierten en autores de un delito consumado. El delito estará consumado para*

*todos, aunque alguno o algunos de los concertados no hayan accedido a la sustancia por virtud de la intervención policial. El art. 368 no contempla como único verbo típico la posesión de drogas para promover su consumo ilegal por terceros. Son también actividades que colman las exigencias típicas las de "promover", "favorecer" o "facilitar" de cualquier modo ese consumo ilegal. De esa forma quien se concerta con terceros para recibir o transportar droga y se compromete a brindar su colaboración, desde el momento en que esos otros "compañeros" de operación acceden a la sustancia con tales fines se puede afirmar que está participando en una actividad de promoción del consumo ilegal de drogas tóxicas".*

En la misma línea doctrinal destacar las SSTS 960/2009, de 16 de octubre, 315/2009, de 25 de marzo, 53/2008, de 30 de enero o 683/2010, de 20 de julio o 7 de febrero de 2013 .

**SEGUNDO.-** Que ya en sede de la valoración de la prueba y para una mayor claridad expositiva trataremos de manera individualizada la responsabilidad de cada uno de los dos acusados .

En relación con Andrés [REDACTED] su participación en los hechos descritos como probados no ofrece duda al haber sido detenido *in fraganti* con la droga incautada , cuando acababa de tomar tierra la embarcación con los bultos y estos estaban siendo trasvasados de la misma al remolque que se encontraba a escasos metros . Operación que por lógica debe ser realizada con rapidez y que se estaba llevando a cabo cuando dos parejas de agentes de la Guardia Civil acuden al lugar debidamente alertados por la Central Operativa de Servicios de la Guardia Civil que venían siguiendo la embarcación a través del sistema de vigilancia SIVE. Tres de estos agentes comparecen en el acto del plenario , [REDACTED] , [REDACTED] y [REDACTED] , quienes bajo juramento o promesa de decir verdad y sujetos a contradicción coinciden en describir la escena que encuentran cuando hacen acto de presencia en la cala y encienden las luces para avisar de su presencia , un grupo numeroso de personas alijando la droga que empiezan a correr en todas direcciones . Los funcionarios salen corriendo tras estos logrando dar alcance únicamente al acusado a no muchos metros del lugar sin llegar a perderle de vista . Este , que en la fase policial y de investigación judicial hizo uso de su derecho a guardar silencio , en el acto del plenario no niega la evidencia de su detención en el lugar del alijo , aunque trata de desmarcarse de la operación de tráfico de drogas al sostener que esa misma noche había sido llevado "engañado" hasta allí por dos personas , sobre cuya identidad no se aporta dato alguno , para llevar a cabo una recepción de tabaco , siendo su función la de contar los bultos , a lo que accede dado su estado , sostiene , de afectación por el consumo de drogas duras y alcohol . Es decir , se nos presenta , con esta rocambolesca versión de su intervención en el alijo , como un mero "contador de fardos drogado y bebido", roll sin duda extravagante del que hasta la fecha , como órgano sentenciador de esta tipo de conductas , no habíamos llegado a tener noticia y que en nada se compadece con el modo de actuar de una organización que está tratando de introducir en territorio peninsular una partida de droga valorada en el mercado ilícito en unos 3.282.360€ ,

según tablas editadas por la Oficina Central Nacional de Estupefacientes correspondiente al primer semestre del año 2015 . Lo que nos lleva a no otorgar la menor credibilidad a la versión dada .

Por su defensa letrada se pretende sea tildada su participación en el delito enjuiciado con el grado de cómplice , precisamente por esa función que se auto-atribuye de “contador de bultos” que ni tan siquiera exigiría la imposición de manos sobre la droga . Pretensión abocada al fracaso.

La operación de alijamiento con “goma”, por definición , implica al transportista ( patrón ) que conduce la embarcación con la droga hasta el punto de alijo en la costas , a quien suele acompañar un representante de la organización que también hace funciones de porteador y que se encuentran en tierra con los porteadores , suelen ser varios para realizar con mayor rapidez la operación de desembarco de la carga , así como el transportista en tierra , encargado de llevarla a lugar seguro ( conocido en el argot como “guardería” ) , que en este caso , por el tipo de vehículo empleado ( tractor con remolque) hace pensar no se encontraba muy alejado de la cala en cuestión . Suele existir un segundo filtro , más alejado del punto de alijo , conformado por vigilantes u observadores encargados de detectar la presencia policial y alertar de la misma . Desde luego , lo que resulta novedoso para este Tribunal , es la figura del contador de bultos en la playa , cuya existencia no puede depender tan solo de que el acusado así sostenga . Su presencia , en la más favorable de las interpretaciones , debe ser atribuida al porteo , a lo que contribuiría la juventud y cualidades físicas que exhibe en sala el acusado . La cuestión por tanto sería : ¿ puede ser tildada esta figura del porteador de complicidad ? . La respuesta es no.

Ya nos plateábamos la cuestión en la Sentencia de 26/11/12007 de la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial , Rollo nº 173/2007 , Ponente el Sr. Gracia Sanz , donde se dice así : *“Es de recordar y por todas la STS de 18 de mayo de dos mil seis 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--. La coautoría requiere de la concurrencia de un elemento subjetivo representado por la concordancia de voluntades o acuerdo previo entre los que actúan para la comisión del hecho, que puede ser incluso tácito, como indica la STS de 7 de noviembre de dos mil uno, lo que ocurre usualmente en los casos en que transcurre un breve lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica, (e incluso simultáneo) y, además un perfecto conocimiento por el coautor del propósito delictivo en que participa y, a su vez, otro elemento objetivo, representado por la contribución de una actividad por parte de cada uno de los concertados, de tal suerte que haya de reputarse relevante y necesaria para la perpetración del delito emprendido (por todas las SSTS de 24 de marzo de 1986, 28 de julio de 1991y 29 de febrero de 2001). Siendo así todos serán coautores cualquiera que fuese el cometido o función asignado a cada uno de ellos siempre que el convenio se desarrolle dentro de los fines concertados (STS de febrero y 18 de septiembre de 2001). Esta relevancia o necesidad se ha ponderado siguiendo diferentes pautas,*

*todas ellas compatibles y no excluyentes (SSTS de 4 de abril de 1997, 10 de junio de 1992 y 18 de septiembre de 1995, entre otras) :*

*A.- « dominio funcional del hecho » cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso*

*B.- « escasez del medio o prestación aportados » cuando se contribuye con algo escaso, difícil de obtener de otro modo.*

*C.-« la equivalencia de condiciones » cuando se aporta una conducta sin la que el delito no se hubiera podido cometer.*

*Ahora bien, dados los términos en que está concebido el tipo del artículo 368 del C.P. son difícilmente admisibles las formas imperfectas de participación, pues el legislador ha optado por un concepto extensivo de autor que excluye en principio las formas accesorias de participación y sólo en supuestos excepcionales y residuales cabrá apreciar la complicidad. Es por ello que la Jurisprudencia del TS ha hecho un esfuerzo por perfilar la figura del cómplice en este delito, lo que se complica aún más por tratarse de un delito de riesgo, y pudiendo apuntarse al hilo de la evolución jurisprudencial del alto tribunal algunas notas definitorias del cómplice, a saber : se ha de tratar de una colaboración mínima, normalmente ocasional, esporádica y de poca duración (STS de 21 de octubre de 2005) y, desde luego, accesorio y secundario, porque son conductas que no favorecen o facilitan directamente el tráfico, la posesión de la sustancia con ese fin o su elaboración o cultivo, pues si se tratara de un favorecimiento directo de tales conductas, se trataría ya de autoría pues la elaboración, cultivo, tráfico y posesión con ese fin constituyen los verbos nucleares del tipo a los que se refieren el resto de verbos nucleares « favorecimiento », « promoción » y « facilitación » y por tanto ese favorecimiento directo es ya autoría (STS 22/2006 de 23 de enero y 20 de abril de 2007). Así es como llega a acuñarse el término que suele emplearse para el cómplice como favorecedor del favorecedor del tráfico, lo que conecta con la idea de que el cómplice colabora en hechos que le son ajenos mientras que el autor ejecuta hechos propios (SSTS de 16 de junio de 1995, 23 de diciembre y 24 de marzo de 1993 y 4 de abril de 1997).*

*La STS de 20 de abril de 2007 contiene una enumeración de los supuestos concretos que la Jurisprudencia ha venido incluyendo, a lo largo de los años, en la figura del cómplice : a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores. b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía. c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas. d) recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación. e) facilitación del domicilio de venta y precio de la droga. f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga. acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos. encargarse de los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma, etc. Y la sentencia añade también el que auxilia a una persona que se ha comprometido a transportar la droga de otro a un determinado lugar .*



La STS 1234/05 de 21 de octubre ubica también en la figura del cómplice el transporte de la droga desde el domicilio del traficante a otro con fines de ocultación, la recepción y transmisión de llamadas del transportista, el acompañante de otro implicado en el tráfico con la sola finalidad de proveer de apariencia de licitud al viaje que tenía por objeto el transporte de la sustancia de tráfico prohibida.

La STS de 30 de Mayo de 1991, calificó como tal también la conducta de quien acompañaba en el coche al procesado; STS de 5 de Julio de 1993 acompañar a los acusados principales a algunas entrevistas ; STS de 14 de Junio de 1995 conducir el coche donde se trasladó la droga; STS 1430/2002 de 24 de Julio llevar la droga en la mochila una persona que circula como paquete en la moto conducida por el propietario de aquella o la de aquella persona que simplemente acompaña a aquella otra que efectúa el transporte, STS 1371/04 de 23 de Noviembre. En otros casos se ha llegado a considerar complicidad no sólo los actos de ocultación de la sustancia sino los destinados a hacer desaparecer la sustancia para lograr la impunidad –STS de 6 de septiembre de 2002-

De todo ello se puede concluir que en los supuestos en los que se ha calificado de complicidad determinadas conductas relacionadas con el porte de la droga se trata de supuestos en los cuales el cómplice no tiene normalmente la disponibilidad de la droga sino que la tiene el autor, aportando sólo una cobertura auxiliar y no necesaria al transporte (acompañamiento para dar apariencia de normalidad, lo que está más relacionado con la ocultación que con el transporte mismo) o se limita a la mera conducción de vehículo -medio no escaso- siempre acompañado del verdadero portador o, teniendo la disponibilidad, ese transporte ocasional sólo se preordena a ocultar la sustancia ya poseída por persona ajena, no cuando el transporte se destina a la posesión ajena. Fuera de estos supuestos, el traslado preordenado a la entrega, recepción o posesión, no se califica de participación de segundo grado. Así la STS de 23 de enero de 2006 entendió como autoría el acto de descarga desde la embarcación u orilla del mar hasta el camión donde iba a ser transportada y en igual sentido las SSTS 2166/02 de 17 de febrero de 2003 y 910/2004 de 14 de julio de 2004 y la STS 1009/2006 de 18 de octubre que inciden en la idea de la tenencia del control del objeto transportado, con independencia de que sean uno o varios portadores. Así la STS de 6 de junio de 2005 califica de cómplice el que tiene conocimiento de que proporciona un medio hábil y útil para el traslado de la droga , sin asumir el pilotaje del vehículo que había prestado para la operación, como inicialmente estaba previsto. Incluso si nos remitimos a la STS de 10 de octubre de 1997 que en el recurso se menciona, en ella se aprecia la complicidad a quien se limitó a prestar auxilio y colaboración al mantenerla en el interior del frigorífico –custodia- pero sin tener la disponibilidad de la droga ni capacidad para decidir su traslado o entrega a terceras personas y colaboró con actos simultáneos a su carga en el automóvil pero para llevarla a lugar más seguro. El resto de sentencias que se mencionan como ejemplos de complicidad se relacionan más con actos de ocultación o son supuestos en que el auxiliar no llega a tener la disponibilidad de la sustancia –acondicionamiento del vehículo-.

*En el caso de autos entendemos que el acusado es autor y no cómplice. Los hechos probados dicen que se encontraba transportando un fardo de hachís de 30 kilos de peso y lo hacía junto a otra persona, cada uno por un asa del fardo. Ello tuvo lugar durante 50 metros y sólo cuando advierten de la presencia de la Guardia Civil se dan a la fuga. No consta qué iba a hacerse con dicha sustancia, si ocultarla en salvaguarda de la posesión ajena o llevarla a otro lugar para su ulterior traslado ni en los hechos probados se dice tampoco nada sobre quien era el poseedor de la droga o a quien se le había encargado el transporte. No obstante, esa ausencia de datos no es óbice a apreciar la autoría. La prueba de los elementos determinantes de la accesoriadad del auxilio aportado con su conducta corresponde a la defensa del acusado. De otro modo se producirían indeseados efectos desde la óptica del reproche punitivo y la política criminal si se admitiera la mera invocación defensiva de una participación secundaria, no probada objetivamente, en quien es sorprendido en poder de la sustancia tóxica. Cifrándonos a la objetividad de los hechos probados obtenemos que el acusado está transportando la droga pues la lleva junto con otro, uno por cada asa y por razón del peso del embalaje -ambos comparten el control sobre la tenencia-. Incluso, aún en el hipotético supuesto de considerar su conducta de mero auxilio ocasional al verdadero porteador, tampoco podría considerarse una aportación escasa”.*

*En la misma línea citar la STS de 29/6/15 , nº 495/15 , ponente Sra. Ferrer García , que dice así : “Y ya en el ámbito concreto del delito contra la salud pública de tráfico de drogas, se subraya en las sentencias de esta Sala la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal , dada la amplitud con la que se describe el tipo penal. Se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del "favorecimiento del favorecedor", con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 ( STS núm. 93/2005 de 31 de enero ; 115/010 de 18 de febrero; 473/2010 de 27 de abril ; 1115/2011 de 17 de noviembre ; 207/2012 de 12 de marzo y 401/2014 de 8 de mayo ).*

*Y así, se afirma que respecto de la complicidad en sentido estricto esta Sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", ha optado por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, como ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar ( STS 1276/2009 de 21 de diciembre )”.*

*Doctrina jurisprudencial de la que se sigue haciendo eco esta Sala , como no podía ser de otro modo , como es exponente la Sentencia de 18/9/16 , dictada en el seno del*

Procedimiento Abreviado nº 34/16 , del que fue ponente el que en este caso también lo es . Lo que nos lleva a rechazar la pretensión de la parte .

En definitiva , de lo expuesto y razonado resulta que Andrés [REDACTED] es autor del delito que se le imputa , al que se refirió en su *derecho a la última palabra* como “*es la primera vez que lo hago y estoy muy arrepentido*” , por lo que se hace merecedor del reproche social y , por ende , de la sanción penal.

**TERCERO.-** Que en relación con el acusado Francisco José [REDACTED] la imputación que contra el mismo se formula por el Ministerio Fiscal se basa en su titularidad , no discutida además de acreditada documentalmente , del tractor marca John Deree , matrícula [REDACTED] , con remolque , intervenidos por los agentes de la Guardia Civil en la cala del alijo , a escasos metros de la neumática , donde se estaba trasvasando los bultos de droga para sacarlos así del lugar y trasladarlos a otro seguro. El acusado , que no se ha probado estuviera en la playa al tiempo de presentarse los miembros de la Guardia Civil , niega en el plenario toda relación con el alijo , después de haber hecho uso de su derecho a no declarar en la fase de investigación ante el instructor judicial . Lógicamente las manifestaciones que hiciera en la fase policial no pueden ser volcadas en el caudal probatorio con la finalidad de declarar su responsabilidad penal , como se pide , por lo que deben ser ignoradas por esta Sala.

La versión que se sostiene en el acto del juicio oral es que el tractor y remolque no se lo prestó a nadie , sino que fue sustraído del lugar donde lo había dejado estacionado la misma tarde de los hechos , sobre las 18 o 19 h. aproximadamente , en el Pago del Humo . Lugar que estaría a una distancia de entre 12 o 15 km de la cala donde es intervenido , según cálculo del agente [REDACTED] , al ser preguntado por ello en el plenario. Carente de medidas de seguridad ( vallado , rejas , candado , etc. ) , pese al valor que el propio acusado le da : unos 100.000€ . Versión que no resulta verosímil si tenemos presente que en un alijo de las características que nos convoca , por su cuantía económica , no se deja al páiro de la improvisación que supone no tener previsto con la antelación suficiente el medio más adecuado y seguro posible para sacar la droga del lugar de la costa por donde se introduce . Ahora bien , la experiencia demuestra que los medios empleados para ello se preparan tratando de hacer desaparecer toda relación de titularidad que pueda ser utilizada por el investigador para llegar a los responsables de la conducta ilícita , por ello se acude a vehículos robados que luego son reformados , o vehículos ya dados de baja o bajo titularidades interpuestas o ficticias creadas poco tiempo antes de la operación. Es realmente infrecuente que se utilicen vehículos de titularidad propia que , además , por su valor son puestos en riesgo para ser utilizados en tareas cuyos réditos se nos antojan sensiblemente inferiores al beneficio que se pudiera llegar a conseguir . Este *modus operandi* ciertamente no es el habitual . Sin embargo sí que se correspondería con la lógica , desde la perspectiva de una organización encaminada a asegurar el resultado perseguido que , necesariamente pasaría por la discreción de los implicados y la reducción al mínimo de su número , así como de los que manejan la información

sensible , siempre segmentada , asegurar la disponibilidad del tractor y remolque necesarios mediante la ocultación del destino al que va a ser aplicado con el señuelo de una suculenta ventaja económica a cambio de “no hacer preguntas” , lo que nos podría hacer pensar en la posibilidad de una actividad irregular e incluso ilícita cuyos detalles se desconocen pero que es ofertada por persona de confianza . Pese a la documental aportada por la defensa letrada al inicio del plenario relativa a la situación económica del acusado , resulta revelador la manifestación realizada en el acto del juicio oral por el agente [REDACTED] , que al ser preguntado si el móvil del acusado recibió llamadas cuando este se encontraba en el Cuartel , manifestó que varias , poniendo en Francisco José [REDACTED] el siguiente comentario espontáneo “*me están llamando del banco porque me están matando las deudas*”. De hecho , en el estudio del teléfono móvil intervenido al acusado , realizado por el instructor con TIP [REDACTED] , obrante a los folios 115 y ss. ratificado en el acto del plenario , se recoge como sms recibido en el mismo el 1/12/15 a las 10:27 h. el siguiente : “*ante su falta de interés en dar solución a la deuda que tiene con nuestro cliente Banco Bilbao Vizcaya Argenta , presentamos demanda judicial. Telf. [REDACTED]*”.

De otra parte , el estudio del teléfono móvil intervenido al acusado , podría arrojar alguna pista relevante si se llegara a conocer la identidad de las personas que hablaron con el acusado en los días y horas previas al alijo , así como inmediatamente después de la intervención del tractor/remolque por la Guardia Civil y la comunicación de tal extremo realizada la madrugada de autos por el TIP [REDACTED] , como así manifestó este en el acto del plenario. A tal efecto se señala como de interés las comunicaciones con quien aparece en la agenda del terminal como FRIJO . Nombre que se identificada “casi con total seguridad” , por el instructor policial , folio 125 , con el de [REDACTED] [REDACTED] (DNI [REDACTED]) , con domicilio en Conil y que ha sido objeto en otras operaciones policiales por delitos contra la salud pública. No obstante tal línea de investigación no es explorada , como se informa en el oficio remitido al instructor judicial de 20/4/16 , folio 148 ) , sin que dicho individuo sea ni tan siquiera oído en la fase de instrucción . En el peor de los escenarios para el acusado estaríamos instalados en el ámbito de la mera sospecha , ni tan siquiera en el del indicio incriminatorio. Todo lo cual , por obligada aplicación de la máxima *in dubio pro reo* , debe llevarnos al pronunciamiento absolutorio .

**CUARTO.-** Que en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal , se pretende por la defensa del acusado que es condenado en esta resolución que sea aprecia la atenuante de drogadicción . Pues se sostiene por el Sr. [REDACTED] que a la fecha de los hechos se encontraba bajo los efectos de una previa y conjunta ingesta de drogas duras y alcohol. Extremo que lógicamente debe ser probados por quien lo alega . No obstante , no se hace sino que las diligencias prueba desplegadas en el plenario apuntan a lo contrario .

Ninguno de los agente que la noche de autos interactuaron con el acusado , convenientemente preguntado por ello , corroboran que este presentará algún tipo de síntoma que hiciera pensar en un consumo de alcohol y/o drogas , es más , para

referirse al estado que el mismo presentaba se tilda de normal , corriente , en perfecto estado ( ██████████ ) ; o negando que lo encontrara drogado o bebido ( ██████████ ) . . Es más , en el parte de asistencia sanitaria expedido tras su detención , folios 36 y 37 , nada se recoge sobre dicho particular , siendo en el acto del plenario donde se pone de manifiesto por primera vez por la defensa letrada del Sr. ██████████ mediante su alegato huérfano de toda acreditación. Motivo por lo que no procede ser estimada la concurrencia de tal atenuante .

**QUINTO.-** Que en aplicación del Art. 374 del CP procede acordar el decomiso de la droga intervenida que se ordena sea destruida si ya no lo hubiere sido , también se acuerda de la embarcación empelada en el alijo , que se ordena sea entregada a la Mesa de Contratación al tratarse del enjuiciamiento de delito contra la salud pública , destino así reglamentado .

Respecto al teléfono móvil y tractor intervenidos deberán ser devueltos a su legítimo propietario , sin todavía no lo hubieran sido , con supresión de las limitaciones del poder de disposición que sobre los mismo se hubieren podido adoptar en la fase de investigación .

**SEXTO.-** Que en sede de determinación de la pena indicar que el delito contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño a la salud , art. 368 CP , tiene prevista una pena que va de 1 a 3 años de prisión y multa del tanto al duplo del valor de la droga objeto de delito. Imponiéndose la pena superior en grado y la multa del tanto al cuádruplo cuando concorra alguna de las circunstancias del art. 369 CP , en este caso concretamente concurre la 5ª : cuando fuere de notoria importancia la cantidad . Ahora bien , cuando concurre , como es el caso , la extrema gravedad por el empleo de embarcación como medio empleado para su transporte , Art. 370.3º CP , la pena que corresponde imponer es la superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 . Es decir , nos situamos en la horquilla punitiva que va de 3 años y 1 día a 6 años y 9 meses . Considerándose la pena proporcionada al caso , teniendo en cuenta la cuantía de la droga intervenida , 2.066,638 Kgr., próxima a la de 2500 kgr. De la extrema gravedad , así como la ausencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal , la de cinco años y un día de prisión y multa de 5.000.000€ , sin responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago , en aplicación de lo dispuesto en el art.53.3 CP.

Será de abono la prisión preventiva ya sufrida para el cumplimiento de la pena impuesta , que lo viene siendo desde el pasado 1/12/15 .

**SEPTIMO .-** Que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 123 y 124 CP , procede la imposición de las costas procesales al condenado. Y e pronunciamiento absolutorio respecto del absuelto.

**FALLO**

Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS a ANDRES** [REDACTED]  
[REDACTED] , como autor material y directo de un delito contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño para la salud , concurriendo la notoria importancia y la circunstancia agravante de empleo de embarcación , a las penas de : **5 AÑOS y 1 DIA DE PRISIÓN** , con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena **y multa de 5.000.000 de euros** .

Mas costas procesales devengadas .

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad será de abono el tiempo de prisión preventiva sufrida en esta causa , salvo que hubiere sido aplicada a otra , que lo es desde el pasado 1/12/2015.

Se ordena el **comiso** y destrucción de la droga intervenida , así como el comiso y destino legal de la embarcación también intervenida. Ordenándose la devolución del tractor John Deree , matrícula E-6203-BGH , así como remolque y teléfono móvil intervenidos a Francisco José Aparicio Cárdenas .

**Se deniega todo beneficio de suspensión ordinaria de la ejecución de las penas impuesta al condenado.**

**Se mantiene la situación de prisión provisional del condenado hasta la mitad de la pena impuesta , 31/5/2018** , salvo que antes devenga firme el pronunciamiento condenatorio , en cuyo caso pasaría de preso preventivo a penado , o se dicte resolución por órgano superior en sentido contrario .

Que debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS a FRANCISCO JOSE** [REDACTED]  
[REDACTED] de toda responsabilidad en el delito por el que ha sido acusado y juzgado en las presentes actuaciones. Declarándose en su caso las costas procesales de oficio.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes, con la advertencia que contra la misma podrá interponerse por las causas legalmente previstas **recurso de casación** , para cuya preparación las partes tienen el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución.

Llévese certificación de la presente a los autos principales y archívese el original.

Así, por esta Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

**MAGISTRADOS**

**EL LETRADO DE LA ADM. DE JUSTICIA**

*“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)”.*