



Roj: **SAP B 9057/2020 - ECLI:ES:APB:2020:9057**

Id Cendoj: **08019370032020100192**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **22/06/2020**

Nº de Recurso: **35/2020**

Nº de Resolución: **183/2020**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **EDUARDO NAVARRO BLASCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 9057/2020,**
STSJ CAT 7584/2021

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN TERCERA

Procedimiento Abreviado nº 35/2020

Diligencias Previas 696/2019 del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000

S E N T E N C I A N º 183/2020

Tribunal:

D. Eduardo Navarro Blasco

Dª. Myriam Linage Gómez

Dª. Carmen Guil Román

En Barcelona, a 22 de junio de 2020.

Vistos ante esta Sección en juicio oral y público los autos seguidos por el Procedimiento Abreviado al nº 35/2020, dimanante de las Diligencias Previas nº 696/2019 del Juzgado de Instrucción nº 1 de los de DIRECCION000 por un delito contra la salud pública atribuido a Angelina , nacida en Cusco (Perú) el día NUM000 /1998, con pasaporte peruano NUM001 , hija de Heraclio y de Benita , sin domicilio conocido en España; representada por el Procurador de los Tribunales D. Marc Castañón Puell y defendido por la Letrada Dª. Nuria Monfort Soria. Siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal y actuando como Magistrado Ponente D. Eduardo Navarro Blasco, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa se inició por la remisión a esta Sección Tercera de las Diligencias Previas indicadas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 y, efectuado reparto correspondiente, se formó el oportuno Rollo, señalándose para la celebración del juicio definitivamente el día 18 de junio de 2020, que se llevó a cabo con asistencia de todas las partes, quedando visto para sentencia.

SEGUNDO.- Abierto el turno de cuestiones previas no se planteó ninguna ni por la acusación pública ni por la defensa.

TERCERO.- Tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas que no fueron renunciadas, en trámite de conclusiones el Ministerio Fiscal elevó las provisionales a definitivas y calificó los hechos como constitutivos



de delito contra la salud pública, en modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud del art. 368.1 del CP del que es autora la acusada Angelina, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición de pena de 5 años de prisión y multa de 130.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses para el caso de impago según el contenido del art. 53, la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y las costas del juicio. Interesando asimismo que se dé a la droga el destino legalmente previsto. En atención a lo dispuesto en el art. 89.2 CP solicitó el cumplimiento de la totalidad de la pena de prisión, sin perjuicio de la expulsión del territorio español si la penada es clasificada en tercer grado penitenciario o accede a la libertad condicional.

CUARTO.- Por la defensa de la acusada se modificaron parcialmente las conclusiones provisionales, solicitando como pretensión principal la libre absolución de su patrocinada por falta de dolo.

De forma subsidiaria, y dentro de las que propone, subsidiarias cada una de ellas de la anterior:

- La apreciación de la eximente de estado de necesidad prevista en el art. 20.5 CP.
- La aplicación del art. 177 bis.11 CP como eximente.

Para el caso de que no se produjera la absolución de la acusada, y también de forma subsidiaria o alternativa entre ellas según los casos:

- La concurrencia de la eximente incompleta de estado de necesidad del art. 21.1 en relación con el 21.5 CP.
- La calificación de los hechos por el subtipo atenuado del art. 368.2 CP.
- La aplicación del art. 376.1 CP que permite la rebaja en uno o dos grados de la pena prevista.
- La apreciación de la atenuante analógica de confesión del art. 21.7 en relación con el art. 21.4 CP.

En todo caso, y para el caso de que se pronunciara una sentencia condenatoria, solicita que la pena privativa de libertad resultante una vez abonada la prisión provisional sea sustituida íntegramente por la expulsión del territorio nacional. Y que no se le imponga la pena de multa al no haber resultado acreditada por actividad probatoria sujeta a contradicción el valor de la droga intervenida.

QUINTO.- En este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales exigidas al efecto.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Se declara probado que el día 11 de agosto de 2019, alrededor de las 14:15 horas, la acusada Angelina, mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, en situación de prisión provisional a resultas de la presente causa desde el 13/08/2019 (privada de libertad desde el 11/08/2019) y sin residencia legal en España, llegó al aeropuerto de Barcelona sito en la localidad de DIRECCION000 en un vuelo procedente de Lima (Perú) albergando en el interior de su organismo un total de 25 preservativos que en conjunto contenían cocaína con un peso neto total de 474,80 gramos y una riqueza base del 80,10 %, destinada al posterior tráfico.

El hallazgo de la sustancia se produjo tras haberse sometido la acusada de forma voluntaria, y tras ser informada de sus derechos, a un control radiológico abdominal en las dependencias del propio aeropuerto. En el momento de su detención le fue intervenido un teléfono móvil y la cantidad de 250 euros en efectivo.

El precio de la citada sustancia distribuida al por menor, y calculada por gramos, en esas fechas habría alcanzado la cantidad aproximada de 44.282,56 euros en el mercado ilícito.

SEGUNDO.- La acusada fue captada por una organización dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad. En el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete meses de embarazo, residía en un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la organización que le ofreció la cantidad de 4.000 euros a cambio del transporte de la sustancia. Le facilitaron la obtención del pasaporte y el billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las "bolas" en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada del de destino la estaría esperando una persona.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los hechos relatados son constitutivos de un delito contra la salud pública, referido a sustancias que causan grave daño a la salud previsto y penado en el art. 368 del Código Penal.



SEGUNDO.- De la prueba practicada en el acto del juicio, apreciada en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, se deduce la concurrencia de todos y cada uno de los elementos del tipo que regula el precepto antes citado. De hecho, la acusada en su declaración ha reconocido los hechos principales que se le imputan y ha sido a través de su relato como se han podido conocer los detalles de los mismos, descripción que por otra parte ha sido coincidente con lo que ya manifestó en sede de instrucción en su primera declaración judicial tras ser detenida. Ha negado sin embargo conocer que se tratara de cocaína. Según su versión, le dijeron que se trataba de unos medicamentos que para su conservación debían permanecer en el interior de un cuerpo humano para el transporte, versión sobre la que la defensa se apoya para solicitar la absolución por ausencia de dolo como pretensión principal. Sin embargo, la misma resulta inverosímil para una persona como la acusada que estuvo escolarizada hasta los 17 años según sus propias manifestaciones. La lógica y el sentido común llevan a pensar que cualquier persona medianamente instruida y socializada a la que le ofrecen tal cantidad por un transporte clandestino, y la forma en la que el mismo debía llevarse a cabo, ha de ser necesariamente consciente de que está participando voluntariamente (con los matices que luego se desarrollarán) en un acto de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, pues tal forma de transporte es la utilizada tanto para la cocaína como para la heroína.

La valoración de tales indicios en su conjunto permite afirmar que la acusada era conocedora de la naturaleza y contenido de la mencionada sustancia. No existe tampoco ninguna duda respecto de que tal cantidad de cocaína sólo puede estar destinada al tráfico, ni de la correcta forma en llevar a cabo la exploración radiológica a la vista del consentimiento informado rubricado por la acusada, circunstancia que por otra parte no ha sido puesta en entredicho por ninguna de las partes actuantes, que tampoco han impugnado la correcta cadena de custodia.

En cuanto a la naturaleza, peso y pureza de dicha sustancia, que en el caso enjuiciado ya se ha dicho que se trata de cocaína, se deriva de la prueba documental obrante en las actuaciones a los folios 60 y ss que recoge el dictamen de Toxicología, que por otra parte tampoco ha resultado impugnado por ninguna de las partes. Sustancia estupefaciente incluida en el Acta Única de la O.N.U. suscrita en Nueva York en 1961 y ratificada por España en 1964 y demás normas internacionales posteriores y complementarias de aplicación en nuestro país. En concreto la cocaína ha de calificarse de las que causan grave daño a la salud, pues así está pacíficamente admitido jurisprudencialmente y en la literatura médica.

TERCERO.- Del delito mencionado respondería, en concepto de autora, la acusada, conforme dispone el art. 27 en relación con el art. 28 del Código Penal, al haber realizado directa y materialmente todos los elementos integrantes del tipo.

CUARTO.- Desestimada la pretensión principal de la defensa de absolución por ausencia de dolo como elemento subjetivo integrante del tipo, procede examinar sus pretensiones subsidiarias. La primera de ellas es la apreciación de la eximente de estado de necesidad prevista en el art. 20.5 CP. La configuración normativa de tal eximente (que según la jurisprudencia más moderna comparte elementos de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad con una causa de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta) exige un conflicto entre bienes jurídicos que sólo puede solventarse mediante el sacrificio de uno de ellos. La doctrina viene exigiendo además que la situación de peligro que se pretende evitar, además de ser grave, objetiva, real y actual, sea inminente y no pueda ser soslayada por otras vías o procedimientos menos lesivos o perjudiciales. De la prueba practicada no puede predicarse la existencia de un verdadero conflicto de bienes jurídicos que cumpla con todos los requisitos antes mencionados al no haberse acreditado una situación de peligro tal que justifique la conducta de la acusada al participar en un delito de tráfico de drogas de las que causan un grave daño a la salud. La posibilidad de apreciar la situación descrita en el relato fáctico como eximente incompleta o atenuante analógica sólo tendría sentido si se descartaran todas la pretensiones absolutorias de la defensa, siguiendo así la propia línea argumental de subsidiariedad de sus propuestas.

Mejor suerte merece la invocación del art. 177 bis.11 CP que declara exentas de pena por las infracciones penales que hayan cometido en la situación de explotación sufrida a las víctimas de trata de seres humanos, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal. Tal precepto ha trasladado al derecho español la recomendación establecida por el artículo 26º de la Convención de Varsovia ("*... las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello*") y trae causa directa de la trasposición de la Directiva 36/2011/CE (que en su artículo 8ª establece que "*los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres*



humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2º).

Y la prueba practicada en el acto del juicio permite declarar a la acusada como víctima de trata de seres humanos. Al margen de sus propias manifestaciones, obra en las actuaciones un extenso y completo informe de SICAR cat (entidad sin ánimo de lucro que colabora a nivel institucional con la autoridades policiales y administrativas especializadas en la materia y cuya relevancia al respecto en el ámbito de la CCAA de Cataluña es sobradamente conocida) que no deja lugar a dudas sobre el cumplimiento de todas las condiciones y circunstancias personales que definen tal concepto tanto en los Convenios y demás legislación internacional como en el propio art. 177 bis CP, hasta el punto que ya se ha producido la intervención del cuerpo de investigación en materia de trata de seres humanos de la Guardia Civil para que pueda producirse la identificación formal como víctima en tal ámbito. El mencionado informe, que no deja de ser una pericial documentada aunque no haya sido ratificado en juicio, analiza y corrobora las manifestaciones de la acusada tanto sobre la situación de extrema vulnerabilidad como sobre la forma de llevar a cabo la captación y posterior explotación para los fines perseguidos por la organización dedicada al transporte internacional de drogas. Es además consecuencia de una investigación seria y concienzuda a la que se acompaña numeroso material documental justificativo de sus conclusiones.

El hecho de que no se haya producido todavía la declaración administrativa formal no obsta para que el tribunal pueda apreciar y declarar la situación a los meros efectos de aplicación del art. 177 bis.11 CP, que no la exige y que, por otra parte, podría dejar sin eficacia lo allí acordado, teniendo en cuenta los tiempos y plazos necesarios para los trámites administrativos y la necesidad que la exención de responsabilidad penal pueda apreciarse en el mismo momento del enjuiciamiento.

Cierto es que habitualmente se viene utilizando el mencionado precepto en el ámbito de los delitos que relacionan la explotación sexual con la propia trata de seres humanos y respecto de personas que suelen aparecer en el proceso como testigos protegidos, pero ninguna razón jurídica impide su aplicación a un caso como el que nos ocupa. La ubicación sistemática del precepto puede generar alguna duda al respecto, pero estamos ya acostumbrados a que la trasposición automática, y a veces precipitada, de las Directivas europeas produzcan trastornos en la lógica sistemática de nuestras leyes. Si atendemos a su fundamento y naturaleza jurídica, tanto la doctrina como la escasa jurisprudencia existente viene reconociendo que está más cerca de una causa de inculpabilidad que de una excusa absolutoria (o como poco comparte rasgos de ambas figuras) y probablemente debió incluirse en el Libro I del Código Penal que regula la parte general, concretamente en la causas de exención de la responsabilidad criminal.

En todo caso, es evidente que la protección se extiende más allá de los delitos relacionados con la prostitución y otras formas de explotación sexual cuando el propio art. 2.3 de la Directiva 36/2011/CE establece que también serán víctimas de trata aquellas personas explotadas para otros fines: los trabajos forzados, mendicidad, esclavitud, servidumbre, extracción de órganos o **para realizar actividades delictivas**, como es el caso.

TERCERO.- Es por ello que, en aplicación de lo previsto en el art. 177 bis.11 CP, procede la absolución de la acusada del delito que se le imputa por tratarse de víctima de trata de seres humanos y ser su participación en el delito contra la salud pública consecuencia directa del abuso y engaño a que fue sometida, entendiéndose además que existe una adecuada proporcionalidad entre tal situación y el hecho criminal cometido, tal y como exige el propio precepto. Requisito este último que, por ejemplo, no permitiría su aplicación en la comisión de otra clase de delitos (piénsese, por ejemplo, en que el encargo consistiera en actuar como "sicario" para dar muerte a otra persona).

CUARTO.- Siendo la consecuencia de la aplicación de tal precepto la libre absolución de la acusada, ya no tiene sentido pronunciarse sobre la posibilidad de que en su conducta pudiera concurrir la eximente incompleta de estado de necesidad, la calificación de los hechos por el subtipo atenuado del art. 368.2 CP, la aplicación del art. 376.1 CP o la apreciación de la atenuante analógica de confesión del art. 21.7 en relación con el art. 21.4 CP. Circunstancias todas ellas que sólo llevarían a una disminución de la pena a imponer e caso de condena.

QUINTO.- Conforme dispone el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se impondrán nunca las costas a los acusados que fueren absueltos.

SEXTO.- Según establece el art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede decretar el comiso de la sustancia estupefaciente ocupada, dándose a la misma el destino legal. Procediendo por el contrario, una vez sea firme la sentencia absolutoria, la devolución del dinero y objetos intervenidos a la acusada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de precedente aplicación

**FALLAMOS**

Que debemos absolver y absolvemos a Angelina del delito contra la salud pública del que venía siendo acusada en la presente causa, con todos los pronunciamientos favorables, levantamiento de todas las medidas cautelares acordadas en su contra y declaración de oficio de las costas causadas. Se decreta el comiso de la sustancia intervenida a la que se dará el destino legal correspondiente. Se acuerda la devolución del dinero y objetos intervenidos a la acusada, una vez firme la sentencia absolutoria y salvo que proceda destinarlo a las resultas del proceso.

Póngase de forma inmediata en libertad a la acusada remitiendo el correspondiente mandamiento al centro penitenciario en el que se encuentra ingresada.

Notifíquese a las partes la presente resolución informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de APELACIÓN ante LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA en el plazo de DIEZ DÍAS, a partir de la misma.

Así por esta nuestra sentencia, cuyo original se unirá al legajo correspondiente y certificación al rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados reseñados al margen.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el magistrado ponente en el mismo día de su fecha, hallándose constituido en audiencia pública, de todo lo cual doy fe.