



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 881/2014, de 15 de diciembre de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10313/2014

SUMARIO:

Diferencias entre la coautoría y la complicidad. Delito contra la salud pública. El cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquellos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis». En el ámbito concreto del delito contra la salud pública de tráfico de drogas, 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. Por ejemplo, es complicidad, 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.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.4 y 7, 28, 29, 63, 66.1.6.º, 72, 368, 369.1.5.º, 377, 392.2 y 564.1.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 579, 741 y 884.3.

Constitución Española, arts. 14, 18.2, 24, 25 y 120.3.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.º.

PONENTE:

Doña Ana María Ferrer García.



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Diciembre de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por los procesados Agueda Hortensia , Virgilio Joaquin , Monica Reyes , Isidoro Elias , Ceferino Silvio , Alexander Romeo contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª, que les condenó por delito contra la salud pública . Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando representada la procesada recurrente Agueda Hortensia por el Procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover, los procesados Virgilio Joaquin y Isidoro Elias por el Procurador D. Julián Caballero Aguado; la procesada Monica Reyes por el Procurador D. Alfonso de Murga Florido, el procesado Ceferino Silvio representado por la Procuradora Dª. Esperanza Martín Pulido y el procesado Alexander Romeo representado por el Procurador D. Alfonso de Murga Florido. Ha sido Magistrada Ponente la Excm. Sra. Dña. Ana Maria Ferrer Garcia.

I. ANTECEDENTES

primero.

El Juzgado de Instrucción número 7 de Palma de Mallorca, instruyó procedimiento abreviado con el número 195/12, contra Alexander Romeo , Isidoro Elias , Agueda Hortensia , Ceferino Silvio , Virgilio Joaquin , Monica Reyes , Purificacion Rosario , Balbino Olegario y Salvador Bienvenido y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Mallorca (Sección 2ª) que, con fecha 10 de febrero de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Mediante Oficio de fecha 17 de enero de 2012 el Inspector Jefe del Equipo de Estupefacientes UDYCO de la Brigada Provincial de Policía Judicial de la Jefatura Superior de Policía de Palma de Mallorca (CP 81.538) comunicó al Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia que desde hacía varias semanas por parte de los servicios de información propios de dicho Grupo y por sus propias vigilancias e investigaciones se había tenido conocimiento de la presunta ilícita actividad de venta y distribución de sustancias estupefacientes, concretamente cocaína, en cantidades de cierta importancia, que vendrían llevando a cabo dos individuos de nacionalidad colombiana Ceferino Silvio , apodado " Gallina " y Isidoro Elias alias " Tuercebotas ", personas sobradamente conocidas por estar relacionadas con el tráfico de drogas. En dicho oficio, se interesaba además la intervención observación, grabación y escucha de las comunicaciones de voz y datos de sus teléfonos móviles, a fin de esclarecer los hechos que detalladamente se describían en el oficio.

Así, por Auto de 18 de enero de 2012 el Juzgado de Instrucción no 7 de Palma autorizó la intervención de los teléfonos utilizados por Ceferino Silvio (NUM000 y NUM001) y por Isidoro Elias (NUM002 y NUM003) y decretó el secreto de las actuaciones.

Gracias a dicha intervención y a las que a ésta siguieron (en especial la del teléfono del acusado Alexander Romeo , Auto de 4 de mayo de 2012) y pese a las altas medidas de seguridad que los acusados adoptaban para impedir que sus maniobras delictivas fueran advertidas por la policía, se pudo determinar que los acusados Isidoro Elias (Tuercebotas) y Virgilio Joaquin (Rana) eran socios tanto en el plano legal (con sus respectivos negocios de



www.civil-mercantil.com

venta de ropa y complementos sito en la c/ Reyes Católicos nº 63 de Palma y "BIG LIGHT" la General Ricardo Ortega) como en el ilegal, dedicándose en este aspecto a adquirir cocaína y sustancias de corte en grandes cantidades en la península a través de contactos que mantenían con personas que allí residían, y posteriormente prepararla para su venta -tanto a terceros que se dedicaban al menudeo, como directamente al consumidor- en el laboratorio que a tal efecto tenían instalado en el sótano del establecimiento BIG LIGHT, obteniendo de este modo un importante incremento del beneficio económico por la venta y distribución de la sustancia final. Consta también acreditado que ambos realizaron gestiones para introducir cocaína en España procedente de sudamérica si bien no fructificaron durante el tiempo que duró la investigación.

Alexander Romeo y Isidoro Elias distribuían la cocaína, tanto en Palma como en otras localidades de la Isla, previo contacto telefónico con sus clientes para concertar las horas de las citas y los concretos lugares de entrega, contactos en los que eludían mencionar -más allá de lo estrictamente necesario- cualquier dato significativo de sus operaciones a fin de que, en caso de ser interceptados por las fuerzas y cuerpos de seguridad, se hiciera muy difícil concretar tanto la cantidad como el precio por el que vendían la cocaína, pero en todo caso empleando términos y expresiones que, al ser utilizadas fuera de contexto, se referían indudablemente a ella.

Las intervenciones telefónicas y los seguimientos policiales practicados a lo largo de siete meses (desde enero de 2012 hasta que se decidió explotar la investigación en el mes de agosto) evidencian la numerosa cantidad de transacciones de cocaína que los socios acometieron durante ese lapso temporal, con contactos prácticamente diarios con sus clientes a los que ofrecían un trato personalizado.

Con el fin de proteger su ilícita actividad, además de las aludidas prevenciones en sus comunicaciones, Alexander Romeo y Isidoro Elias adoptaron otras muchas precauciones, tales como utilizar vehículos a nombres del otro u otros, empadronarse en domicilios diferentes a los que realmente residían, cambiar constantemente de terminales telefónicos y de tarjetas SIM, entregar tarjetas telefónicas a sus clientes para que se pusieran en contacto con ellos sólo a través de las mismas y así asegurarse de que si éstos tenían sus teléfonos intervenidos por otras investigaciones no los detectarían a ellos; circular a bordo de sus respectivos vehículos cuando iban a realizar las entregas de forma tal que fuera prácticamente imposible seguirlos sin que se apercibieran de ello; alquilar pisos francos donde guardar la cocaína en tanto ésta no se vendía...

En este último sentido, consta acreditado que Isidoro Elias tenía arrendadas dos viviendas para amparar su ilícita actividad: una en Madrid en la que por cierto, residió durante un tiempo una persona de nacionalidad también colombiana (Teodulfo Erasmo) a la que, con la intermediación del coacusado rebelde Salvador Bienvenido , pretendía utilizar como "mula" para que introdujese droga en España desde sudamérica, si bien esta operación finalmente no se concretó, y otra en Palma, en la C/ DIRECCION000 nº NUM004 , donde entre los meses de marzo a agosto de 2012 residió la dependienta de su negocio legal, Purificación Rosario que colaboraba con Isidoro Elias tanto en la custodia de partidas de cocaína en su domicilio mientras esta era vendida, como en la realización de 'pases' cuando su jefe no podía hacerlo. Los seguimientos policiales evidencian que tras recibir un encargo telefónico de sustancia, Isidoro Elias acudía a dicho domicilio (no al parking que tenía arrendado enfrente, en el nº NUM005 de la C/ DIRECCION000) al que accedía con su propia llave, y posteriormente acudía a la cita que tenía concertada para la entrega.

Alexander Romeo y Isidoro Elias abastecieron de cocaína al acusado Ceferino Silvio (Gallina) durante los meses de enero a agosto de 2012 y este, a su vez, procedía a distribuir dicha sustancia, bien a otros intermediarios, bien a consumidores finales, ayudándose para ello de terceras personas (Samuel Francisco y su hijo Joaquin Gumersindo), previo contacto



www.civil-mercantil.com

telefónico con sus clientes, normalmente siempre los mismos y con una frecuencia casi diaria (como por ejemplo sus vecinos los hermanos Amadeo Fulgencio y las amigas de éstos, Mercedes Tania y Santiago Lorenza). Dichos clientes le solicitaban la sustancia estupefaciente encubierta en palabras como "luz", "camisas blancas", "uno pequeño blanco", "llaves" etc. Además, consta acreditado que durante el tiempo que duró la presente investigación Ceferino Silvio se dedicó a actuar por su cuenta como intermediario en otras operaciones de tráfico de estupefacientes, de potencial envergadura (con los hermanos Sixto p.e. o proponiendo a los acusados Isidoro Elias / Virgilio Joaquin la adquisición de grandes partidas de cocaína para su posterior distribución) y recibiendo 'correos' o 'mulas', si bien no consta que éstas llegaran a fructificar.

Virgilio Joaquin (alias Pelosblancos), hermano del acusado Alexander Romeo , se dedicó durante el tiempo que duró la investigación a realizar los pases de cocaína que le encomendaban los ocios Isidoro Elias / Alexander Romeo , estando al corriente de los viajes que éstos hacían para aprovisionarse de la cocaína y de las sustancias de corte y colaborando con ellos para descargarla de los coches una vez llegaban a la isla. Además Virgilio Joaquin transmitía a su hermano los negocios que los clientes a los que ser la droga le proponían.

A finales del mes de Julio de 2012, Alexander Romeo contactó telefónicamente con Custodia Yolanda (NIE NUM006) y con su esposo Isaac Luis (DNI NUM007) ambos nacidos en Colombia, con antecedentes por tráfico de drogas (actualmente en paradero desconocido) y residentes en aquellas fechas en Madrid, para la adquisición de una gran partida de cocaína, operación que tras varias gestiones telefónicas finalmente se concretó y ejecutó.

Así, con el pretexto de ir a Madrid para comprar ropa para sus respectivos negocios, Isidoro Elias con el vehículo Ford Focus matrícula OV-....-NV embarcó el día 7 de agosto de 2012 con destino a Valencia en un buque de la compañía Transmediterránea y desde allí se desplazó a Madrid. Con el fin de poder justificar el dinero que llevaba para la adquisición de la droga ante un posible control policial, Isidoro Elias iba aprovisionado de tarjetas de las tiendas de ropa.

Al día siguiente, el acusado Alexander Romeo en compañía de su pareja Agueda Hortensia viajaron también a Madrid por vía aérea y una vez allí, los tres se alojaron en el mismo Hotel.

Estos tres acusados, que en el mes de Mayo realizaron un viaje idéntico al presente pero que no fue detectado a tiempo por los investigadores, permanecieron en Madrid durante tres días, durante los cuales, Alexander Romeo acabó de concretar la adquisición de la cocaína con los vendedores y, con el fin de poder justificar el viaje, procedieron a adquirir suficiente cantidad de prendas de ropa como para llenar los dos vehículos con los que pensaban regresar a la Isla: el Ford Focus que conduciría Isidoro Elias con las sustancias (que fue el mismo que utilizó en el viaje del mes de mayo y con el que apenas circulaba en la Isla) y el OPEL MERIVA matrícula-RQH en que la pareja Alexander Romeo - Monica Reyes viajó en el regreso a Mallorca como tapadera/lanzadera del que conducía Isidoro Elias , a fin de poder darle aviso si detectaban cualquier tipo de control en la carretera.

Durante ese viaje, además de negociar la compra de la cocaína, el día 10/08/12 Isidoro Elias , utilizando el teléfono de Alexander Romeo , se puso en contacto con el comercio RIESGO para adquirir sustancias de corte (fenacetina, cafeína y tretracaína) con la que pensaban manipular posteriormente la cocaína que habían adquirido en el viaje.

Además, el acusado Isidoro Elias , pese a no tener licencia de armas, aprovechó el viaje para adquirir una pistola semiautomática de simple acción, marca Llama, modelo max II, con número de serie NUM008 recamarada para cartuchos del 9 mm Parabellum (8,8x19 mm) con un cargador y 10 cartuchos metálicos troquelados con la inscripción "9 mm- Luger GFL" del 8,8x19 Parabeltum capacitados para su uso, pese a ser conocedor de que dicha arma había



www.civil-mercantil.com

sido irregularmente rehabilitada para su uso y/o funcionamiento como arma de fuego en fecha 11/12/1996 mediante la cartilla de inutilización n.º 87.316.

Consta acreditado que el día 9 de agosto, mientras se encontraba fuera de Mallorca, el acusado Alexander Romeo siguió manteniendo contacto telefónico con su hermano Virgilio Joaquin para que realizara las entregas de sustancias a los clientes habituales. Además, el día 11 de agosto, mientras Alexander Romeo conducía de camino al Puerto de Denia, su pareja la acusada Agueda Hortensia realizó una llamada al cliente Cecilio Claudio para preguntarle a qué hora y dónde iba a estar para llevarle su encargo de sustancia, quedando a las tres y media en el polideportivo. Acto seguido, Agueda Hortensia se puso en contacto telefónico con Virgilio Joaquin, transmitiéndole el lugar y la hora del encuentro con Cecilio Claudio. Como quiera que Virgilio Joaquin quería informar a Alexander Romeo de un negocio que le había propuesto Ceferino Silvio, concretamente la compra de 7 kilos de cocaína Agueda Hortensia le pasó el teléfono a Alexander Romeo y después de que éste le dijera a Virgilio Joaquin que el precio que Ceferino Silvio ofrecía no salía a cuenta (28.000 € el Kg/cocaína), Alexander Romeo le volvió a decir que tenía que estar a las tres y media en el polideportivo, preguntándole si sabía donde estaba, contestando Virgilio Joaquin que sí, que iba con Monica Reyes.

A las 17:00 horas de ese día 11/08/12 Alexander Romeo, Isidoro Elias y Agueda Hortensia embarcan en el Puerto de Denia en el Buque Joaquín Sorolla de la compañía BALEARIA con destino a Palma de Mallorca.

A su llegada al Puerto, sobre las 22:10 h. eran esperados por el dispositivo policial que se dispuso al efecto que procedió a interceptar ambos vehículos y a detener a los tres acusados. Alexander Romeo y en especial Agueda Hortensia (que había participado en el viaje con el fin de otorgar a éste una apariencia de normalidad para no levantar sospechas del verdadero objetivo del mismo) manifestaron a los agentes su malestar por su detención, afirmando que no conocían de nada al acusado Isidoro Elias.

Tras vaciar los dos vehículos, que venían atestados de ropa y no encontrar sustancia alguna, los funcionarios policiales recabaron la colaboración de funcionarios adscritos a la Unidad de Guías caninos que acudieron con un can especializado en la búsqueda de sustancias estupefacientes. Este perro no detectó nada en el vehículo OPEL MERIVA pero hasta en tres ocasiones señaló el parachoques trasero del Ford Focus que había conducido Isidoro Elias, ante lo cual éste informó a los policías que había droga en un habitáculo especialmente diseñado para ello al que se accedía a través de la matrícula trasera. Así los agentes NUM009 y NUM010 procedieron a desmontar el guardabarros y romper una placa de metal que había, la cual daba acceso a un doble fondo, de donde extrajeron dos paquetes rectangulares de pastillas prensadas que contenían, una vez analizada, un total de 2.005,34 gramos de cocaína, con una riqueza del 70,6% cuya venta en el mercado ilícito habría alcanzado un valor de 300.870,22 euros, tres envoltorios de plástico al vacío que contenían un total de 2.968,68 gramos de fenacetina, una bolsa de plástico que contenía 996,31 gramos de tetracaina, una bolsa de plástico que contenía 993,29 gramos de cafeína y el arma al que nos hemos referido anteriormente.

Los dos kilos de cocaína adquiridos en Madrid, posteriormente manipulados con la sustancia de corte incautada hubieran supuesto la introducción en el mercado ilícito por parte de los acusados de 7 kilos de cocaína.

Como quiera que durante la investigación de la causa se había detectado que los acusados había llevado a cabo su ilícita actividad de distribución y venta a terceros de cocaína, bien desplazándose a los distintos lugares donde previamente se había citado con los terceros o bien en las inmediateces de sus negocios o de sus propios domicilios, en fecha 12 de agosto de 2012 se recabó autorización judicial para la entrada y registro de los siguientes lugares:



www.civil-mercantil.com

- Del domicilio sito en la C/ DIRECCION001 nº NUM005 , NUM011 - NUM012 en el que se hallaba empadronado Isidoro Elias , pero en el que en realidad residían Alexander Romeo , Agueda Hortensia , Virgilio Joaquin y Monica Reyes , hallándose en el mismo:

* En el dormitorio de Alexander Romeo , 15 cartuchos metálicos troquelados con la inscripción "9-P 91 SB-T" del 8,8x19 mm Parabellum en buenas condiciones; para su uso con la pistola incautada, un DVD con anotación manuscrita "homicidios"; dos libretas con anotaciones manuscritas con nombres y cantidades, un ordenador portátil marca SONY VAIO, 6 resguardos de envío de dinero, extractos de la entidad BBVA de Isidoro Elias , una autorización notarial donde consta el nombre de Agueda Hortensia , resguardos de ingreso en efectivo de la tienda GIOGUI y un pasaporte venezolano a nombre de Agueda Hortensia .

* En el dormitorio de Monica Reyes , dentro de un bolso que contenía su pasaporte, varios papeles manuscritos con anotaciones de cantidades, nombres y números de teléfono, así como una cartilla bancaria del Banco Popular a su nombre, 9 bolsitas de papel metalizado que contenían una sustancia que una vez analizada resultó ser cocaína con un peso total de 8,473 gramos con una pureza del 71,2% y que en el mercado ilícito hubiera alcanzado un precio de 1282,04 euros y otro envoltorio de plástico con 4,239 gramos de cocaína con una pureza del 90,9% que en su venta ilícita hubiera alcanzado precio de 818,86 euros, sustancias que Monica Reyes tenía en su poder con la intención de vendérselas a terceros. Además, en dicho bolso había 9.500 euros procedentes de anteriores ventas de sustancia.

* En el dormitorio del acusado Virgilio Joaquin fueron hallados 1.190 euros procedentes de la ilícita actividad de tráfico de estupefacciones y varios recortes de plástico circulares de los utilizados habitualmente para la confección de papelinas.

* En el salón comedor, una cámara de fotos Sony con nº de serie 4460949, dos resguardos del BBVA a nombre de las tiendas GIOGUI y BIGH LIGHT, un resguardo de ingreso del BBVA a nombre de Monica Reyes y una máquina de contar billetes.

- Del domicilio sito en la Avenida Centro nº 59 bajos de Can Pica fort (Santa Margarita), en el que residían Isidoro Elias , su mujer Lina Otilia y el hermano de ésta, el acusado Balbino Olegario y su pareja Felicísima Tomasa :

* Al ser requerido por la Comisión Judicial para que entregara cualquier efecto relacionado con el tráfico de estupeficientes Balbino Olegario hizo entrega voluntaria de un libro que contenía disimulada en su interior una Caja metálica de apertura con llave en cuyo interior había 1.015 euros, procedentes de la ilícita actividad de distribución de estupeficientes, una báscula de precisión de la marca SYTECH, una cucharita de las que se utilizan para la preparación de dosis, un envoltorio de plástico tipo papelina preparada para su entrega a terceros que contenía una sustancia que una vez analizada resultó tratarse de 0,796 gramos de cocaína con una pureza del 22,4% y un valor en el mercado de 37,89 euros, varios post-it con anotaciones y una bolsita transparente de cierre hermético de pequeñas dimensiones.

* En la habitación de Isidoro Elias , una IPAD de la marca PPLE, varios recibos de dinero en los que figuraban como remitentes Lina Otilia (4), Felicísima Tomasa (8), Balbino Olegario (10), Cosme Gines (2) y Isidoro Elias (1). Una libreta bancaria de la Banca March a nombre de Isidoro Elias y de su esposa y un pasaporte colombiano a nombre de Balbino Olegario .

* En la habitación de Balbino Olegario se hallaron un IPAD 2 de color blanco, marca APPEL con su funda, un teléfono móvil marca Samsung de color negro, un pasaporte colombiano a nombre de Balbino Olegario y un teléfono móvil, marca blackberry de color lila.



www.civil-mercantil.com

- Del domicilio sito en la C/ DIRECCION000 no NUM004 , NUM013 NUM014 de Palma, en el que residía Purificación Rosario , y al que Isidoro Elias acudía constantemente en busca de sustancias, al que se tuvo que acceder por la fuerza al negarse dicha acusada a abrir a la Comisión Judicial. Al ser requerida para que entregara cualquier efecto procedente del tráfico de sustancias estupefacientes, hizo entrega voluntaria de 7.800 euros repartidos en billetes de diferente cuantía que la misma tenía en su habitación procedentes del ilícito comercio de cocaína y de un envoltorio de plástico envasado al vacío conteniendo una sustancia que una vez analizada resultó ser cocaína, 30,783 gramos con una pureza del 25,4% y con un valor en el mercado ilícito de 1.661,61 euros que previamente le había entregado el acusado Isidoro Elias para su ocultación y distribución a terceras personas. También se hallaron en una cartera que se encontraba en la cocina 180 euros.

- Del el establecimiento regentado por Alexander Romeo "BIG LIGHT" sito c/ General Ricardo Ortega al lado del nº 10 se hallaron:

* En el despacho situado en la parte de arriba: 11.780 euros, procedentes de la venta de estupefacientes, siete hojas manuscritas con anotaciones de nombres, fechas y cantidades, la documentación del vehículo a bordo del cual viajaron a Valencia los acusados Alexander Romeo y Agueda Hortensia , el OPEL MERIVA-RQH así como del FIAZ SEICENTO AT-....-CT y una libreta con anotaciones manuscritas.

* En el sótano del local, donde se encontraba una cocina que era utilizada por los acusados Alexander Romeo y Isidoro Elias , con el conocimiento de ello de la dependienta y pareja de Agueda Hortensia , como laboratorio para adulterar la cocaína que adquirirían mezclándola con sustancias de corte para así incrementar su cantidad y, consecuentemente, sus beneficios, se hallaron diversos efectos para la fabricación de dosis, en concreto, una báscula de precisión marca "Silvercrest", un envoltorio de plástico con restos de sustancia blanca, una máquina selladora de envoltorios de plástico al vacío, un calefactor marca "Airmate", un bote vacío donde consta manuscrito "ácido bórico", múltiples recortes de plástico redondos, dos botes de amoníaco, dos gatos hidráulicos, cuatro moldes, dos plantillas de papel plastificado en forma de cruz, un molde de chapa, un molinillo de la marca "Moulinex", un microondas de la marca "Bluesky" cuyo plato giratorio contenía restos de cocaína, un talonario de ingresos de enero a junio de 2012 del BBVA y un bote de cristal que contenía 342,3 gramos de cannabis sativa tipo hierba con una pureza del 8,2% y un valor ilícito de mercado de 1.615,65 euros.

Posteriormente, el día 27 de agosto de 2012, se autorizó judicialmente la entrada y registro en el domicilio de Ceferino Silvio , sito en la C/ DIRECCION002 nº NUM015 NUM011 de Palma, en el que se halló la cantidad de 100 euros que fueron intervenidos junto a la suma de 380 y 405 euros que Ceferino Silvio y Salvador Bienvenido respectivamente portaba en el momento de su detención. Además se hallaron varios gramos de una sustancia de corte para rebajar la pureza de la cocaína que el acusado Ceferino Silvio vendía a tercero tras serle entregada por los acusados Alexander Romeo y Isidoro Elias .

Los acusados Isidoro Elias , Alexander Romeo , Agueda Hortensia , Virgilio Joaquin , Balbino Olegario , Monica Reyes y Purificación Rosario fueron detenidos el día mismo día 12/08/12 y pasaron a disposición judicial el día 14/08/12. Desde esa fecha Alexander Romeo y Isidoro Elias se encuentran privados de libertad por la presente causa. También se acordó la prisión provisional del resto de los acusados (salvo de Purificación Rosario) si bien estos obtuvieron la libertad provisional en el mes de noviembre de 2012.

Los acusados Ceferino Silvio y Salvador Bienvenido fueron detenidos el día 27/08/12 y puestos a disposición judicial al día siguiente. Tras la audiencia prevista en el artículo 505 de la LECRIM se acordó la medida cautelar de prisión provisional respecto de ambos, situación en la



www.civil-mercantil.com

que permanece el acusado Ceferino Silvio . Por Auto de 15.03.13 Salvador Bienvenido fue puesto en libertad, tras declararse bastante la fianza previamente constituida para ello. Llegado el día del plenario, este acusado se encontraba en ignorado paradero, por lo que se le declaró rebelde (Auto de 12/12/13). No ha quedado acreditado que al tiempo de los hechos Balbino Olegario fuera consumidor de sustancias estupefacientes. Ha quedado acreditado que sí lo era de forma esporádica el acusado Alexander Romeo .

En fecha 15 de octubre de 2012 se autorizó judicialmente el uso provisional por parte de los funcionarios adscritos al Grupo de Estupefacientes (UDYCO) del BPPJ del vehículo Opel Meirva matrículaRQH intervenido a consecuencia de los hechos.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Alexander Romeo autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de drogas que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia, del artículo 368 y 369.1.5º del CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad persona subsidiaria en caso de impago.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Isidoro Elias , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN como autor de un delito contra la salud pública (grave daños a la salud y notoria importancia) del artículo 368 y 369.1.5º del CP , con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de 750.000 euros sin responsabilidad persona subsidiaria en caso de impago, y a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como autor del delito de tenencias ilícita de armas (art. 564.1.1º CP).

Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusada Agueda Hortensia , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, como cómplice de un delito contra la salud pública en su modalidad de drogas que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia, del artículo 368 y 369.1.5º, la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA de 300.000 euros sin responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Virgilio Joaquin , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, del párrafo primero del artículo 368 del Código Penal a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Monica Reyes como autora de un delito contra la salud pública del párrafo primero del artículo 368, en su modalidad de drogas que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 2000 Euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de tres meses de privación de libertad.

Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Purificacion Rosario , como cómplice de un delito contra la salud pública del artículo 368 párrafo primero del CP la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de 2.000 euros, con



www.civil-mercantil.com

responsabilidad personal subsidiaria de cinco meses de privación de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal .

Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Balbino Olegario , como autor de un delito contra la salud pública del segundo párrafo del artículo 368 del CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de UN AÑO, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de 1000 euros, con 9 días de arresto sustitutorio en caso de impago (aplicando para la pena de multa el criterio establecido por el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS adoptado en fecha 22/07/08 que permite la aplicación analógica del art. 70 del CP).

Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Ceferino Silvio , como autor de un delito contra la salud pública del primer párrafo del artículo 368 del CP en su modalidad de drogas que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de 1000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de cinco meses de privación de libertad, en atención a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal .

Condenamos a dichos acusados al abono de las costas procesales.

Se decreta el comiso de la droga y su destrucción, así como del dinero intervenido y de los efectos provenientes del delito.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por los procesados Virgilio Joaquin , Agueda Hortensia , Alexander Romeo , Isidoro Elias , Ceferino Silvio y Monica Reyes , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

La representación del procesado Alexander Romeo , basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: por vulneración de los Derechos Fundamentales en concreto al secreto de las comunicaciones telefónicas, consagrado en el artículo 18.2 CE ; y, consecuencia de lo anterior, a un proceso público con todas las garantías del artículo 24.2 CE , así como por infracción de Ley del art. 849.2 LECrim .

La representación del procesado Isidoro Elias , basa su recurso en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN : Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del art. 564.1.1º del Código Penal .

La representación del procesado Virgilio Joaquin , basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMER MOTIVO, por infracción de precepto constitucional, al amparo del Art. 5-4 LOPJ , y 862 de la LECrim , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE .

SEGUNDO MOTIVO, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , por cuanto, dados los hechos probados de la sentencia, se hubiere infringido un precepto penal sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada, en concreto, el



www.civil-mercantil.com

artículo 28 párrafo primero del CP , que ha sido indebidamente aplicado, e indebidamente inaplicado el art. 29 CP .

TERCER MOTIVO, por infracción de precepto constitucional, al amparo del art 5.4 de la LOPJ y artículo 852 de la LECRim , por vulneración del art. 120.3 CE , por falta de motivación de la individualización de la pena impuesta.

La representación de la procesada Agueda Hortensia , basa su recurso en los siguiente MOTIVOS DE CASACIÓN :

PRIMER MOTIVO, al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la presunción de inocencia consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española .

SEGUNDO MOTIVO, al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías y a ser informado de la acusación consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española .

TERCER MOTIVO, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley. Indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal .

CUARTO MOTIVO, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley. Indebida aplicación del artículo 369.1.5º del Código Penal .

QUINTO MOTIVO, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley. Indebida aplicación del artículo 29 del Código Penal , tanto en relación con el artículo 368 del Código Penal como con el artículo 369.1.5º de nuestro texto punitivo.

SEXTO MOTIVO, al amparo de los artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE en relación con los artículos 120.3 de nuestra lex suprema, así como 63, 66.1.6ª, 72, 368 y, en su caso, 369.1.5º del Código Penal .

La representación del procesado Ceferino Silvio , basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN :

PRIMER MOTIVO, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE en relación a la condena por un delito contra la salud pública del art. 368 CP .

SEGUNDO MOTIVO, por vulneración de los siguientes derechos: a la presunción de inocencia art. 24.2 CE , a un proceso con todas las garantías y a la Tutela Judicial Efectiva art. 24 CE , a la motivación de las sentencias, a la igualdad art. 14 CE y principio de proporcionalidad y legalidad art. 25 CE , en relación a la condena por un delito contra la salud pública del art. 368 CP .

TERCER MOTIVO, por infracción de Ley por indebida aplicación de los arts. 368 y 377 CP , en relación a la pena de multa impuesta.

CUARTO MOTIVO, por vulneración de los siguientes preceptos y derechos constitucionales: a la presunción de inocencia art. 24.2 CE , a un proceso con todas las garantías y a la Tutela Judicial Efectiva art. 24 CE , a la motivación de las sentencia, a la igualdad art. 14 CE , principio de proporcionalidad y legalidad art. 25 CE , en relación a la condena por un delito contra la salud pública del art. 368 CP a la pena de cinco meses de responsabilidad personal en caso de impago de la multa impuesta.

La representación de la procesada Monica Reyes , basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN :



www.civil-mercantil.com

PRIMER MOTIVO, por existir error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 de la LECrim .

SEGUNDO MOTIVO, respecto de la infracción de precepto constitucional, concretamente el de presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE , tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con las debidas garantías, al amparo del art. 852 y 5.4 de la LOPJ .

TERCER MOTIVO, al amparo del art. 849 y respecto que los hechos declarados probados infringen el art. 368.2 del CP .

Quinto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 17 de junio de 2014, evacuando el trámite que se le confirió, y por la razones que adujo, APOYA los motivos Tercero y Cuarto del recurso de Ceferino Silvio y la inadmisión del resto de los motivos interpuestos y subsidiariamente la desestimación de todos los demás motivos, respecto a los recursos interpuestos por las representaciones de los acusados Alexander Romeo , Isidoro Elias , Virgilio Joaquin , Agueda Hortensia e Ceferino Silvio . El Ministerio Fiscal presentó escrito en fecha 15 de julio de 2014 interesando la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del recurso interpuesto por la representación de la procesada Monica Reyes .

Sexto.

Por Providencia de 9 de Octubre de 2014 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos señalándose para su deliberación y decisión el 6 de noviembre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia el 10 de febrero de 2014 por la que condenó, entre otros, a Alexander Romeo , Isidoro Elias , Virgilio Joaquin , Monica Reyes e Ceferino Silvio como autores y a Agueda Hortensia como cómplice de un delito contra la salud publica, de los que fueron acusados el Ministerio Fiscal.

Por los acusados mencionados se interpusieron sendos recursos que han sido impugnados por el Fiscal y que pasamos a analizar.

Recurso de D. Alexander Romeo :

Segundo.

El primer motivo de recurso denuncia vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones comprendido en el artículo 18.2 CE , al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y el 852 de LECrim .

Solicita la nulidad de las intervenciones telefónicas acordadas en la instrucción de la causa a partir de los autos de fecha 18 de enero y 4 de mayo de 2012 , y con ella, la de todas las entradas y registros practicados y de los medios de prueba que deriven de las mismos. Atribuye a esas resoluciones falta de sustento indiciario y de motivación.



www.civil-mercantil.com

La doctrina constitucional y de casación respecto a los requisitos de motivación que han de cumplimentar los autos judiciales que acuerdan la intervención de un teléfono con el fin de investigar un hecho delictivo aparece expuesta, entre otras, en la STS 853/2013 de 31 de octubre. Según la misma, en lo que respecta al Tribunal Constitucional, ha venido señalando reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas -en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002 ; 167/2002 ; 184/2003 ; 165/2005 ; 136/2006 ; 197/2009 ; y 26/2010).

También advierte que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, el presupuesto habilitante de la intervención telefónica, constituye un prius lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 3 ; 165/2005, FJ 4 ; 219/2006 ; 220/2006 ; 239/2006 ; y 253/2006).

Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, "sospechas fundadas" en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC 49/1999 ; 166/1999 ; 171/1999 ; 299/2000 ; 14/2001 ; 138/2001 ; 202/2001 ; 167/2002 ; 261/2005 ; 136/2006 ; 253/2006 ; 148/2009 ; 197/2009 ; 5/2010 ; y 26/2010).

Matiza el Tribunal Constitucional que el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia; la fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa (SSTC 299/2000 ; 167/2002 ; y 197/2009). Sin que, además, la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios y la ausencia de los datos indispensables pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 138/2001 y 167/2002).

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, esta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997 ; 166/1999 ; 171/1999 ; 126/2000 ; 299/2000 ; 138/2001 ; 202/2001 ; 184/2003 ; 261/2005 ; 136/2006 ; 197/2009 ; 5/2010 y 26/2010).

Por su parte, este Tribunal de Casación, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTS 77/2007 de 7 de febrero ; 610/2007 de 28 de mayo ; 712/2008 de 4 de noviembre ; 778/2008 de 18 de noviembre ; 5/2009 de 8 de enero ; 737/2009 de 6 de julio ; 737/2010 de 19 de julio ; 85/2011 de 7 de febrero ; 334/2012 de 25 de



www.civil-mercantil.com

abril ; y 85/2013 de 4 de febrero) que de la nota de la judicialidad de la medida de la intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

La medida -señalan las sentencias citadas de este Tribunal- debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y expresar una motivación o justificación suficientes. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos facilitados por la policía han de tener un grado de objetividad que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Deben ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. Y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial, no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio. En definitiva, en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las "buenas razones" o "fuertes presunciones" a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi - 5 de junio de 1997-, o Klass -6 de septiembre de 1998-. Se trata de términos semejantes a los que se emplean en el art. 579 LECrim .

Tercero.

En el presente caso, cuestiona el recurrente las intervenciones que fueron acordadas por auto de 18 de enero de 2012 a partir de los datos que suministró el oficio del Grupo de Estupefacientes de la U.D.I.C.O de la Brigada Provincial de Policía Judicial de la Jefatura Superior de Policía de Illes Balears del día 17 del mismo mes y año y que supusieron el inicio de las actuaciones. Destaca que los datos aportados se basaban exclusivamente en las delaciones de un confidente y carecían de la objetividad y carga incriminatoria suficiente para justificar la injerencia en el derecho fundamental.

Esta cuestión es analizada por la Sala sentenciadora, quien concluye que el oficio policial facilitó datos objetivos verificables, tanto sobre la posible comisión de un delito contra la salud pública, como de la implicación en los mismos no del ahora recurrente, sino de los dos acusados Sres. Ceferino Silvio y Isidoro Elias , usuarios de las líneas que fueron inicialmente interceptadas.

Comienza el oficio relatando que la fuente inicial de conocimiento por parte del grupo policial fueron sus servicios de información, ahora bien no solo éstos, sino también sus propias vigilancias e investigaciones.

En un principio Ceferino Silvio era conocido por relacionarse con personas vinculadas al tráfico de drogas en Palma de Mallorca. También se tomó conocimiento de que establecía contactos puntuales con distintas personas en su domicilio, en el portal de su casa o incluso en la calle, sugestivos de que pudiera estar dedicándose al tráfico de cocaína. Y precisamente esas sospechas determinaron que el mismo fuera sometido a vigilancias policiales exhaustivas. Esas vigilancias suministraron conocimientos que respaldaron y objetivaron las sospechas iniciales. Los dos encuentros que se producen entre los mismos el 14 y el 15 de enero de 2012, que fueron presenciados por varios agentes de policía. El primero sobre las 17.45 horas del día 14 en el portal de Ceferino Silvio , al que había acudido Isidoro Elias . Éste le entregó algo que sacó del bolsillo, e Ceferino Silvio le dio a él lo que parecieron billetes, que incluso contó. A partir de ese momento se somete a seguimiento a Isidoro Elias , al que apodan " Tuercebotas ",



www.civil-mercantil.com

quien tiene varios contactos, entre ellos uno en una tienda que el día anterior había visitado Ceferino Silvio , de donde salió con una bolsa. Posteriormente volvió a entrevistarse con éste. Acudió al encuentro con la bolsa que llevaba en su vehículo. Una vez se encontraron, Ceferino Silvio se introdujo en el coche de Tuercebotas , del que salió tras una breve entrevista llevando con él una bolsa con la que se introdujo en su domicilio, al que momentos después acudió una mujer que permaneció en él unos minutos.

El día siguiente, el 15 de enero, " Tuercebotas " vuelve a casa de Ceferino Silvio con otra bolsa que dejó allí. Acto seguido abandonó el lugar en su vehículo, con la conducción propia de quien trata de detectar una eventual vigilancia policial y sortearla, como así ocurrió, ya que los agentes que le seguían en vehículos camuflados le perdieron la pista. Posteriormente Ceferino Silvio recibió la visita de dos hombres de raza negra, a quienes indicó que subieran a su domicilio, que abandonan unos minutos después.

Teniendo en cuenta el estado incipiente de la investigación, no cabe duda de que concurrían en el presente caso sospechas fundadas, buenas razones o fuertes presunciones de que Isidoro Elias suministraba a Ceferino Silvio la sustancia estupefaciente que éste después vendía a terceros. Es decir, de que se estaba ejecutando un presunto delito grave, un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud. Y las circunstancias de su ejecución dificultaban notablemente la práctica de una investigación fructífera y eficaz. De ahí que la medida acordada fuera imprescindible para la obtención de pruebas respecto a los investigados así como para conocer la implicación de otras personas. Todo ello fue objeto de consideración en el auto dictado el 18 de enero, al que no puede reprocharse ningún defecto de motivación ni falta de base indiciaria. En definitiva no se aprecien motivos que permitan cuestionar la validez de las intervenciones acordadas.

Cuarto.

Al auto de 4 de mayo de 2012 que autorizó la intervención de la línea de la que era usuario Alexander Romeo , le censura el recurso falta de motivación y de base indiciaria, al igual que al anterior.

También en este caso la Sala sentenciadora analiza los elementos incriminatorios que sustentaron la intervención y concluye que existían motivos suficientemente fundados para justificar la medida. En ese momento la investigación se encontraba más avanzada, pues habían transcurrido cuatro meses desde su inicio. Tiempo que permitió incorporar datos que revelaban que la relación entre Isidoro Elias y el recurrente era algo más que la que la sustentada en el negocio textil que ambos explotaban, y abarcaba también el tráfico de drogas.

Se había detectado que la tienda que Tuercebotas y Alexander Romeo regentaban, la tienda "Big Light" (aquella en la que había sido detectada la visita tanto de Tuercebotas como de Ceferino Silvio en las vigilancias iniciales desarrolladas el 14 de enero a las que antes hemos hecho referencia), se había utilizado para realizar algunas transacciones que sugerían ser de drogas. Además, el tenor de las conversaciones hasta el momento captadas en las intervenciones en curso, aportaban motivos para pensar que el ahora recurrente, Alexander Romeo , ostentaba una cierta jerarquía sobre Tuercebotas , tanto en el negocio lícito que ambos explotaban como en el ilícito. Se resalta lo que aparentemente fue una operación de venta de unos 60 gramos de cocaína. Sustancia que los socios Isidoro Elias y Alexander Romeo , el ahora recurrente, entregaron a un varón que a su vez tenía el encargo de hacérselo llegar a otras personas. En efecto, la conversación mantenida el 23 de marzo así lo sugiere.

Todos estos elementos aconsejaron que Alexander Romeo fuera sometido a una especial vigilancia, la que se llevó a cabo el 23 de abril, en el curso de la cual los agentes investigadores comprobaron que aquél entregó un envoltorio del tamaño aproximado de un



www.civil-mercantil.com

paquete de tabaco, a cambio del que recibió dinero. Lo que de nuevo sugería que se trató de una operación de venta de drogas.

En definitiva datos que, como ocurriera en relación con la intervención anterior, sustentaban sospechas fundadas, buenas razones o fuertes presunciones de que Alexander Romeo se venía dedicando al tráfico de drogas en conexión con los otros investigados hasta el momento. Datos que son tomados en consideración y valorados como suficientes a tal fin por el auto de fecha 4 mayo de 2012 del Juzgado de Instrucción 7 de Palma de Mallorca, que cumple con el estándar de motivación que una resolución habilitante de una intervención telefónica, en este caso la de la línea de la que era usuario el recurrente, exige.

En atención a todo ello el motivo se desestima.

Quinto.

A continuación denuncia el recurso vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Si bien reconoce, como ya hizo en el acto del juicio oral, que Alexander Romeo se dedicaba al menudeo de droga, niega que su actividad alcanzara la entidad que la sentencia impugnada le atribuye, y especialmente su vinculación con los dos kilos de cocaína ocupada en el vehículo que conducía Isidoro Elias.

La STS 383/2014 de 16 de mayo, expone la doctrina de esta Sala en relación al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y explica que su invocación permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar



www.civil-mercantil.com

es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

Sexto.

La Sala sentenciadora dedica su fundamento cuarto a explicar la valoración de la prueba que sustenta las conclusiones que alcanzó.

En primer lugar la declaración de los distintos policías que participaron en la investigación en la medida que afectan a la intervención de todos los acusados: El Jefe de Grupo de Estupefacientes, UDYCO, que suscribió el oficio que provocó el inicio de las actuaciones, y los siguientes hasta que cambió de destino; quien le sucedió en su cometido, y los restantes que intervinieron en vigilancias, entre ellas las citadas al resolver los motivos anteriores; los que escucharon conversaciones, depositaron las sustancias incautadas para su análisis, e intervinieron en los registros.

A continuación, ya en el fundamento quinto, explica la Sala sentenciadora que el ahora recurrente reconoció su implicación y la de otros de los acusados en el menudeo de droga. Admitió los viajes a Madrid, pero únicamente con el objetivo de adquirir ropa y droga. Reconoció su intervención en algunas conversaciones que se detallan. Aunque negó que algunos de los términos empleados en las mismas tuvieran relación con la venta de droga, si admitió que la expresión "caja de gambas" que el utilizó en una conversación, se refería a un gramo de cocaína.

En cualquier caso los datos constatados a través de las conversaciones telefónicas introducidas en el juicio como prueba y lícitamente obtenidas, los que arrojaron las vigilancias a que fue sometido, los viajes que realizó, el material incautado en el negocio que regentaba, sus relaciones con los otros acusados y las circunstancias que rodearon su detención, sustentan la conclusión de que el recurrente se dedicaba a adquirir importantes cantidades de cocaína y sustancias de corte en la península. Sustancia que preparaba en el laboratorio instalado en el sótano de la tienda que explotaba, y posteriormente distribuía en Palma de Mallorca. A ese fin iban destinados los dos kilos de cocaína y el resto de sustancias idóneas para el corte de aquella que se incautaron en el momento de su detención junto con otros acusados con los que acababa de regresar de un viaje a Madrid. El hecho de que la sustancia fuera alojada en el vehículo de otro de éstos, en concreto del Sr. Isidoro Elias, no desvincula de la misma al ahora recurrente, a la vista de la relación y conexiones entre ambos.

En definitiva hemos de concluir que se practicó prueba bastante, que fue válidamente introducida en el proceso, y racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador, para concluir la intervención que a Alexander Romeo se atribuye en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

El motivo que nos ocupa se va a desestimar.

Séptimo.

El último motivo de recurso denuncia una errónea aplicación del CP en la determinación de la pena correspondiente al delito contra la salud pública, que considera desproporcionada por exceso; y la inaplicación de las circunstancias atenuantes de confesión y de cometer los hechos por la fuerte adicción a las drogas. No especifica el recurso el cauce procesal a través del cual articula esta pretensión, pero dado su planteamiento hemos de entender que lo hace como infracción de ley por vía del artículo 849.1 que obliga a partir del respeto al relato de hechos probados.



www.civil-mercantil.com

En cuanto a la atenuante de cometer los hechos a consecuencia de la adicción a las drogas, como explica la STS 617/2014 de 23 de septiembre, se funda por la concurrencia de un doble requisito: la existencia de adicción a tóxicos que, en todo caso, debe ser "grave", calidad que debe entenderse referida a la intensidad de la misma; y que esa adicción se convierta en causa de actuar delictivo. Es necesario que se trate de la denominada delincuencia funcional, es decir, aquella cuya ejecución se dirige a dar respuesta a las demandas que acucian al sujeto por razón de la adicción. De tal manera que lo básico es la fuerte intensidad de la influencia de la adicción para conducirla a la delincuencia funcional o lo que es lo mismo, la relevancia motivacional de la adicción.

En el relato de hechos de la sentencia recurrida afirma que Alexander Romeo era al tiempo de los hechos consumidor esporádico de sustancias estupefacientes, lo que es insuficiente para justificar la atenuación que el mismo reivindica. El consumo esporádico que se describe no alcanza por su intensidad la gravedad necesaria, y la actividad que el mismo protagonizó, dada su envergadura y planificación, es incompatible con esa funcionalidad en relación a la adicción que la atenuante exige.

Tampoco existen elementos que permitan apreciar una atenuante de confesión con base en el reconocimiento parcial de hechos que el acusado realizó en el juicio. Desde luego no encaja en el supuesto descrito como tal circunstancia al amparo del artículo 21. 4º del CP, que exige que haya procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades. Ni tampoco es posible su engarce por la vía analógica del artículo 21.7. En palabras de la STS 570/2014 de 10 de julio, lo que define el artículo 21.7 del CP es una atenuante por analogía, no unas atenuantes "incompletas" al modo establecido para las eximentes en el artículo 21.1 del mismo texto.

Como explica la STS 513/2014 de 24 de junio, reiteradamente se ha acogido por esta Sala como circunstancia analógica de confesión la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos. La analogía se articula a través del fundamento de la atenuación, que en las atenuantes "ex post facto" se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal.

En el supuesto concreto del artículo 21.4 del CP esas consideraciones están orientadas a impulsar la colaboración del acusado con la justicia y su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias. Esos fundamentos, como dijo la STS 569/2014, no quedan excluidos por la existencia de otras pruebas que permitan identificar al autor. Pero en todo caso debe exigirse que la confesión facilite de modo relevante el enjuiciamiento, lo que no ocurrió en el presente caso. El reconocimiento no sólo fue extemporáneo, sino que ni siquiera fue completo, en cuanto el ahora recurrente se limitó a admitir una actividad de simple menudeo de droga, que dista mucho de la que la prueba practicada acreditó respecto al mismo.

Octavo.

Por último, en lo que a la determinación de la pena se refiere tampoco se aprecia infracción alguna. Descartada la concurrencia de circunstancia de atenuación y no habiéndose apreciado ninguna agravante, el Tribunal sentenciador está facultado para recorrer la pena en toda su extensión.

Los hechos son constitutivos de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia de los artículos 368 y 369.1.5º CP, y la horquilla penológica abarca de seis años y un día a nueve años.

La Sala sentenciadora ha determinado la pena, según especifica en el fundamento décimo tercero, en atención a la gravedad de los hechos en relación con la participación que cada uno de los acusados que resultaron condenados tuvieron en los mismos. Motivación que



www.civil-mercantil.com

se estima suficiente puesta en relación con el esfuerzo argumentativo que la sentencia ha desplegado a lo largo de toda su fundamentación, en orden a explicar el distinto nivel de implicación de cada uno de ellos.

En atención a la cantidad de droga incautada, lo prolongado en el tiempo de la actividad desarrollada por el acusado y la infraestructura de que el mismo disponía, la individualización de la pena privativa de libertad que realiza la Sala sentenciadora al concretar la que impone al mismo en siete años de prisión, dentro de la mitad inferior de la legalmente posible, en ningún caso puede considerarse desproporcionada por exceso.

En atención a lo expuesto este último motivo también se desestima, y con el la totalidad del recurso.

Recurso de D. Isidoro Elias .

Noveno.

Plantea un único motivo al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , indebida aplicación del artículo 564.1.1º del CP .

Sostiene el recurrente que no es posible la aplicación de ese tipo ante la falta de acreditación de la idoneidad para el disparo del arma que le fue intervenida.

En palabras de la STS 853/2013 de 31 de octubre , el cauce procesal de la infracción de Ley (artículo 849.1º LECrim) impone que se respeten en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo (artículo 884.3 de LECrim .) y en trámite de sentencia su desestimación (SSTS 283/2002 de 12 de febrero ; 892/2007 de 29 de octubre ; 373/2008 de de 24 de junio ; 89/2008 de 11 de febrero ; 114/2009 de 11 de febrero ; y 384/2012 de 4 de mayo , entre otras)".

La sentencia recurrida declaró probado "el acusado Isidoro Elias , pese a no tener licencia de armas, aprovechó el viaje para adquirir una pistola semiautomática de simple acción, marca Llama, modelo max II, con número de serie NUM008 recamarada para cartuchos del 9 mm Parabellum (8,8x19 mm) con un cargador y 10 cartuchos metálicos troquelados con la inscripción "9 mm- Luger GFL" del 8,8x19 Parabellum capacitados para su uso, pese a ser conocedor de que dicha arma había sido irregularmente rehabilitada para su uso y/o funcionamiento como arma de fuego en fecha 11/12/1996 mediante la cartilla de inutilización n º 87.316".

Del fragmento transcrito se infiere claramente la concurrencia de todos los presupuestos que el tipo penal aplicado exige. Y en particular, en el aspecto que el recurso destaca, se afirma que el arma había sido rehabilitada para su uso y/o funcionamiento. La única inferencia que se sustenta como lógica a partir de esa afirmación es que el arma efectivamente funcionaba como consecuencia de esa rehabilitación. Lo que además, según especificó la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, se constató con la "contundencia de la prueba pericial practicada al respecto". Lo que evidencia que prueba se practicó y que la Sala sentenciadora la valoró.

El motivo y consecuentemente el recurso se desestiman.

Recurso de D. Virgilio Joaquin .

Décimo.



www.civil-mercantil.com

El primer motivo de recurso, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE .

Sostiene el recurrente que se le ha condenado como autor de un delito contra la salud pública, sin que conste en el "factum" que se le haya aprehendido cantidad alguna de cocaína y sin que haya prueba alguna en relación al objeto del delito que permita sustentar la conclusión alcanzada respecto a la cantidad y calidad de la droga sobre la que versó su actuación.

Ya hemos expuesto en el fundamento de derecho quinto, el alcance que en casación tiene la revisión respecto a la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El valor como prueba de cargo de la prueba de indicios ha sido admitido tanto por el Tribunal Constitucional como por este Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional ha sostenido desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985 , 175/1985 , 24/1997 , 157/1998 , 189/1998 , 68/1998 , 220/1998 , 44/2000 y 117/2000) que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia.

En resoluciones más recientes (SSTC 111/2008 , 109/2009 , 126/2011 , 128/2011 , 175/2012 y 15/2014) ha considerado como requisitos imprescindibles los siguientes: A) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; B) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; C) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; D) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre , «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes» (SSTC 220/1998 , 124/2001 , 300/2005 , y 111/2008).

Sobre la naturaleza y estructuración de la prueba indiciaria tiene establecido el Tribunal Constitucional que el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre , en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes (SSTC 220/1998 , 124/2001 , 300/2005 y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde un doble canon: el de su lógica o cohesión, y el de su suficiencia o calidad concluyente. Con arreglo al primero la inferencia será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él. Desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente no será razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa. Son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003 , 196/2007 , 111/2008 , 108/2009 , 109/2009 , 70/2010 y 126/2011 , entre otras).

Esta Sala tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el



www.civil-mercantil.com

control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (139/2009, de 24 de febrero; 322/2010, de 5 de abril; 208/2012, de 16 de marzo; y 690/2013, de 24 de julio, 481/2014, de 3 de junio, entre otras).

Undécimo.

El presente caso, la Sala sentenciadora analiza los indicios que fueron tomados en consideración, la prueba que los acredita y el razonamiento que sustenta el juicio de inferencia que realiza. Valora los indicios, los interconecta y confronta con las distintas hipótesis aducidas por la defensa, que razonadamente descarta. Finalmente concluye que todos los indicios convergen en una dirección que es la única que se perfila como razonable con exclusión de cualquier otra. Respalda así, como acorde con las reglas de la lógica y la razón, el juicio de inferencia que sustenta las conclusiones probatorias alcanzadas respecto a la intervención del acusado en los hechos por los que viene condenado.

En el fundamento jurídico séptimo (el segundo de los así numerados) valoró las declaraciones de Alexander Romeo , hermano de Virgilio Joaquin , que le implicó en actos de menudeo de cocaína, y analizó el resultado de las intervenciones telefónicas. Algunas de las conversaciones grabadas son lo suficientemente explícitas para concluir la intervención en los hechos que se le atribuye.

Según las distintas conversaciones hace entrega de "bermudas, "caja de gambas" o "camisetas" a distintas personas, lenguaje críptico fácilmente identificable con sustancia estupefaciente. En concretó cocaína como afirmó Alexander Romeo en relación a las "caja de gambas".

Igualmente las conversaciones han permitido comprobar que estaba en permanente contacto con su hermano. Cumplía sus encargos aunque él no estuviera, según se desprende de la conversación que mantienen a través de Agueda Hortensia , y estaba al tanto de los negocios que le proponían.

Por otra parte en su dormitorio se le ocuparon recortes de los que se utilizan para empaquetar droga cuando lo es en pequeñas dosis, y una cantidad considerable de dinero, respecto a la que es razonable deducir su vinculación con las operaciones de menudeo que realizaba, como aquella de la que habló con su hermano el 11 de agosto.

El contexto en el que se produce su actuación, el tenor de las conversaciones grabadas en las que se detecta su intervención, los movimientos suyos que fueron observados en las distintas vigilancias y los efectos intervenidos en su dormitorio, fueron lógicamente valorados por la Sala sentenciadora. Y la conclusión que la misma alcanzó es la única que se sustenta como razonable, no solo respecto a la actividad que le atribuye, sino también respecto al objeto de la misma, cocaína en concentraciones idóneas para comprometer la salud de los eventuales consumidores de la misma.

En definitiva en lo que al recurrente se refiere se ha practicado prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada, por lo que ninguna vulneración se ha producido de la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

Duodécimo.



www.civil-mercantil.com

El segundo motivo de recurso, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , denuncia la aplicación indebida del artículo 28 y correlativa inaplicación del 29, ambos del CP , por haber subsumido su intervención en los hechos en la modalidad de la coautoría (artículo. 28 del C. Penal) y no en la de la complicidad (artículo 29 del C. Penal) como habría sido, según el recurrente, lo correcto.

Sostiene el recurso que la intervención de Virgilio Joaquin en los hechos fue de carácter accesorio, y no distó en su entidad de la que desarrollaron otras acusadas que han sido condenadas como cómplices.

La STS 554/2014 de 16 de junio condensa la doctrina de esta Sala sobre las diferencias entre la autoría y la complicidad. Así explica que en la sentencia de esta Sala 518/2010 de 17 de mayo , se establecía sobre las diferencias entre la coautoría y la complicidad, el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del "iter criminis".

En la misma línea argumental, la sentencia 933/2009 de 1 de octubre , describe la complicidad en los siguientes términos: "Existe un segundo nivel de colaboración, no nuclear, periférica o accesoría referida al cómplice, definido en el artículo 29 por oposición al concepto de autor. Es cómplice quien colabora pero no es autor, y por tanto ni ejecuta el hecho típico antijurídico ni por tanto tiene el dominio del hecho; ha puesto una colaboración prescindible para la realización de aquél. Es un facilitador de la acción de los autores con quienes, es obvio, comparte el dolo porque su acción denota el conocimiento de la finalidad delictiva a la que presta su colaboración y su propio aporte, solo que lo hace desde fuera del núcleo de la ejecución; el cómplice es ajeno al objetivo delictivo, pero desde fuera presta una colaboración no esencial, de segundo grado. El cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos de los ejecutores materiales, y lo hace de una manera facilitadora pero no nuclear ni esencial - SSTS 1277/2004 , 1387/2004 y 1371/2004 -".

También se ha destacado en otras resoluciones que la colaboración del cómplice es fácilmente reemplazable y que tal aportación es, en sí misma, esporádica y de escasa consideración (STS 384/2009 de 13 de abril); y que ha de tratarse de supuestos de colaboración mínima, por su carácter episódico, o de conductas auxiliares de escasa relevancia (STS 5/2009 de 8 de enero).

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



www.civil-mercantil.com

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).

Décimo tercero.

La aplicación de la doctrina que acabamos de exponer al caso concreto impide el éxito de la tesis del recurrente.

El relato de hechos probados, tal y como mantuvo la Fiscal al impugnar el motivo, no describe respecto a Virgilio Joaquin una participación accesorio destinada a favorecer tangencialmente la actividad de difusión o distribución de sustancias estupefacientes.

Que su papel fuera secundario respecto al de otros acusados, como " Tuercebotas " o su propio hermano, no implica que su actuación fuera accesorio. No es que realizara excepcionalmente algún pase de droga, sino que los hacía de manera habitual. Él era quien se encargaba de repartir la droga a terceros, lo que en sí son actos de tráfico. No fue una colaboración puntual, sino que según el "factum" se dedicó durante el tiempo que duró la investigación a realizar los pases de cocaína que le encomendaban los socios Isidoro Elias / Virgilio Joaquin . No sólo eso, sino que estaba al corriente de los viajes que estos hacían para aprovisionarse de cocaína y sustancias de corte y colaboraba con ellos para descargarla de los coches una vez llegaban a la Palma. Además transmitía a su hermano los negocios que los clientes a los que servía la droga le proponían, en concreto la compra de 7 kilos de cocina que ofreció Ceferino Silvio , respecto a la que los hermanos Alexander Romeo Virgilio Joaquin hablaron el 11 de agosto.

En vista de lo que antecede, resulta incontrovertible que su comportamiento no se limitó a una mera conducta secundaria o periférica que pudiera tener encaje en la complicidad. En atención a ello el motivo se desestima.

Décimo cuarto.

El tercer y último motivo de recurso, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia vulneración del artículo 120.3 de la CE por falta de motivación en la individualización de la pena.

Como dijimos al resolver el primero de los recursos, la Sala sentenciadora ha determinado la pena, según específica en el fundamento décimo tercero, en atención a la gravedad de los hechos en relación con la participación que cada uno de los acusados que resultaron condenados tuvieron en los mismos. Motivación que se estima suficiente puesta en relación con el esfuerzo argumentativo que la sentencia ha desplegado a lo largo de toda su fundamentación, en orden a explicar el distinto nivel de implicación de cada uno de ellos. Además, en concreto respecto al ahora recurrente toma en consideración "lo reiterado de su



www.civil-mercantil.com

conducta" para concretar la pena no en el mínimo legal, pero sí en la mitad inferior de la pena legal, pena que no puede considerarse desproporcionada por exceso.

El motivo se desestima y con él la totalidad del recurso.

Recurso de Agueda Hortensia .

Décimo quinto.

El primer motivo de recurso, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la presunción de inocencia del artículo 24 CE .

Sostiene el recurso que la Sala sentenciadora ha condenado a Agueda Hortensia con base en meras sospechas, corazonadas y conjeturas, prescindiendo de los parámetros que inspiran el tratamiento de la prueba indiciaria y presumiendo, no sólo que la acusada sería conocedora de la supuesta actividad ilícita de su pareja sentimental, sino también su participación. Todo ello pretiriendo la prueba de descargo practicada y orillando los contraindicios señalados por su defensa técnica.

Ya hemos analizado el alcance de la revisión en casación en relación a la presunción de inocencia, así como los requisitos de la prueba indiciaria.

En este caso, por el contrario de lo que mantiene el recurso, la Sala sentenciadora, como también ha hecho respecto a los restantes recurrentes, analiza los indicios que fueron tomados en consideración, la prueba que los acredita y el razonamiento que sustenta el juicio de inferencia que realiza. Y concluye que todos los indicios convergen en una dirección que es la única que se perfila como razonable con exclusión de cualquier otra.

Partiendo del análisis que de la prueba practicada realizó la Sala sentenciadora, no puede tacharse de lógica o arbitraria la inferencia que la misma realizó a partir de los hechos base acreditados.

No cuestiona el recurso los hechos base acreditados, tales como la relación sentimental de Agueda Hortensia con el acusado Alexander Romeo , su presencia junto a él en viajes fuera de la isla, así como en desplazamientos dentro de la ciudad de Palma, su presencia física habitual en la tienda en cuyo sótano estaba ubicado el laboratorio para tratar la droga, o su intervención en las conversaciones que la sentencia analiza.

De lo que discrepa el recurso es de la inferencia del Tribunal, que pretende sustituir por la propia que descarta cualquier intervención de la recurrente en la actividad de tráfico de drogas por la que viene condenada.

El recurso insiste en que la Sala de instancia descarta un eventual déficit intelectual en Agueda Hortensia , déficit al que ninguna de las partes había aludido. Lo hace, efectivamente, pero para enfatizar lo imposible o, cuanto menos, sumamente improbable que resulta el que la misma, parangonada con cualquier ciudadano medio, no conociera la actividad a la que se dedicaba su compañero sentimental, Alexander Romeo , cuando no sólo convivía con él, sino incluso trabajaba en la tienda donde estaba instalado el laboratorio que él mismo y su socio empleaban para preparar la droga que distribuían, y les acompañó en el viaje en el que adquirieron la droga que fue incautada en el momento de la detención. Es una apreciación basada en una lógica irrefutable, así como la conclusión de que, a través de esa convivencia, se beneficiaba de la actividad que el desarrollaba.

Si bien, como destaca el recurso, el mero conocimiento de la ilicitud de la actividad de su compañero sentimental por sí misma es atípica, en cuanto que ni siquiera tenía la obligación de denunciarle, la prueba practicada ha acreditado que su intervención iba más allá. Le apoyaba con actos, que si bien no eran absolutamente imprescindibles, sí fueron relevantes de cara a facilitar su actividad. Así lo revela el tenor de las conversaciones documentadas a los



www.civil-mercantil.com

folios 1005 a 1008, en las que, aún con la voz de fondo de Alexander Romeo , lo que sugiere que la actividad de Agueda Hortensia no era autónoma respecto a la de éste, hace de intermediaria en la concreción de las citas donde había de entregarse la droga. Fue el suyo un aporte eficaz a la actividad de los otros acusados.

Resulta igualmente revelador el comportamiento de la acusada en el momento de su detención, en los términos en que lo analiza la sentencia recurrida. Negar entonces que conociera a Isidoro Elias , fue una evidente falta de verdad solo comprensible cuando se conoce que el mismo transporta droga en su coche. En otro caso sería innecesaria.

Sostiene igualmente el recurrente que no se ha valorado la prueba de descargo. No puede respaldarse esa afirmación. La Sala de instancia rechaza expresamente los contraindicios opuestos por la defensa de la acusada. No le reconoce valor a la declaración exculpatoria de los otros dos acusados, lo que no puede considerarse arbitrario, en la medida que la inculpación de ella iría pareja a su autoinculpación. Respecto a la declaración del testigo que trabajaba en la tienda, sí ha sido en cierto modo tomada en consideración. Al menos en cuanto no ha considerado probado la Sala de instancia que Agueda Hortensia accediera al laboratorio instalado en el establecimiento, o de alguna manera concreta participara en la toma de decisiones en relación al mismo. Lo que es inobjetable es que tenía que conocer su existencia.

También valora el alcance incriminatorio de las conversaciones en las que interviene Agueda Hortensia , y lo hace teniendo en cuenta lo accesorio de su participación, pues en otro caso su responsabilidad hubiera sido distinta. Por último, la conversación a la que la recurrente le atribuye un efecto exculpativo, aquella que mantuvo el acusado Isidoro Elias con otra persona con la que no quiso hablar hasta salir de la tienda porque en la misma había un mujer, la inferencia de que fuera la acusada es demasiado abierta y, por otro lado, aunque así fuera, no desvirtúa el resto de los indicios que se han tomado en consideración.

En atención a lo expuesto hemos de concluir que se ha practicado prueba válidamente introducida en el proceso, regularmente obtenida, y razonablemente valorada, suficiente para acreditar que la ahora recurrente Agueda Hortensia tuvo en los hechos la intervención que el "factum" de la sentencia de instancia le atribuye.

En atención a lo expuesto el motivo se desestima.

Décimo sexto.

El segundo motivo de recurso, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías y a ser informado de la acusación consagrados en el artículo 24 de la CE .

Sostiene la recurrente que los hechos declarados probados en la sentencia en lo que a Agueda Hortensia se refiere, no se corresponden con los que incorporó el Fiscal al formular acusación, escrito que, además, sostiene que no introdujo los elementos fácticos necesarios respecto al delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia por la que fue acusada.

El principio acusatorio se concreta en la necesidad de que se formule acusación por una parte ajena al órgano jurisdiccional y que éste se mantenga en su enjuiciamiento dentro de los términos fácticos y jurídicos delimitados por dicha acusación o introducidos por la defensa. Lo esencial es que el acusado haya tenido la oportunidad de defenderse de manera contradictoria y obliga al Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por acusación y defensa. Ello implica que debe existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia (entre otras, STS 1954/2002, de 29 de enero).



www.civil-mercantil.com

En palabras de la STS 241/2014, de 26 de marzo , tal correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso. A los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada. Y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación.

Respecto al escrito de Fiscal, el mismo introduce las menciones imprescindibles para sustentar la acusación que sostuvo contra la acusada como autora de un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia. Calificación que fue aceptada por la Sala sentenciadora con la única salvedad de considerar a la recurrente cómplice y no autora, opción notablemente más favorable para ella, y se sustentó en los hechos que la acusación y las defensas introdujeron en el proceso. Lo que el recurso considera aporte de la Sala son el primer viaje a Madrid, o la consideración de que la ropa que se adquirió en el segundo no fue más que un pretexto, o la vinculación de la acusada con lo incautado en la tienda "Big Light" no son más que, como hemos dicho, hechos circunstanciales o de detalle, consecuencia de la valoración de la prueba que incumbe al Tribunal, sin virtualidad para afectar al núcleo fáctico de la acusación.

El motivo se desestima.

Décimo séptimo.

Los motivos tercero, cuarto y quinto, planteados al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , denuncian infracción de Ley por aplicación indebida de los artículos 368 , 369.1 , 5 ° y 29 del C.P .

Cuestionan en definitiva, que se califique su intervención en los hechos como la cómplice de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia.

Partiendo del respeto al "factum" de la resolución recurrida que impone el cauce casacional utilizado, la existencia de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud es evidente en atención a la secuencia de acontecimientos que se enumeran. En particular, la intervención de la recurrente está vinculada a la de su pareja sentimental, el acusado Alexander Romeo . Ya hemos dicho que tanto él como otros de los acusados se encargaban de la introducción en Palma de Mallorca y su ulterior distribución en la isla de cocaína, que incluso trataban en el laboratorio instalado en los bajos del establecimiento que regentaban.

La acusada, ahora recurrente, según el "factum" de la sentencia de instancia, conocía la actividad que realizaba su pareja, y contribuía a la misma. Resulta patente a partir de las conversaciones telefónicas en las que ella intervino que facilitó la actividad de distribución de cocaína que aquel desarrollaba, especialmente intermediando en conversaciones destinadas a concretar lugar y hora para la entrega de sustancia. Esa intervención tiene pleno encaje en la complejidad que se le atribuye.

Ahora bien, el motivo cuarto en concreto cuestiona la aplicabilidad a la recurrente del subtipo agravado del artículo 369.1 , 5º del CP , extremo que compartimos.

Ya hemos indicado que su participación en los hechos lo es a través de su compañero sentimental, el acusado Alexander Romeo , cuya actividad consiguió movilizar hasta los 2.005,34 gramos de cocaína, con una pureza del 70.6 % además de sustancias idóneas para su corte. Ahora bien, lo que no puede deducirse del relato de hechos probados es que el



www.civil-mercantil.com

conocimiento que tuviera Agueda Hortensia alcanzara a la importancia del alijo, y aun menos que de manera consciente realizara una aportación eficaz, aun cuando accesoria, a la operativa relacionada con el mismo.

Resulta evidente que la misma intervino con actos facilitadores en relación a la distribución de droga en pequeñas cantidades que también realizó Alexander Romeo, pero no consta ninguna intervención en concreto en relación a tan importante cantidad de droga. En el "factum" se le atribuye presencia en un primer viaje a Madrid en mayo de 2012, del que no se aportan concretas circunstancias. A continuación el "factum" especifica que ella también acompañó a su pareja a Madrid en agosto. Que los dos y el también acusado Isidoro Elías se alojaron en el mismo hotel. Pero también concreta que quien se encargó de la adquisición de la droga fue Alexander Romeo.

Prosigue el relato indicando que todos compraron ropa, lo que si bien pudo operar como justificación o pretexto del viaje, ni siquiera puede entenderse que facilitara la operación. Por último se especifica que la misma acompañaba a su pareja en el vehículo que hacía de lanzadera respecto al del acusado Isidoro Elías que transportaba las sustancias. Ahora bien, la contribución de Agueda Hortensia a esta secuencia fáctica la resume la frase que figura entre paréntesis "había participado en el viaje para otorgar a éste una apariencia de normalidad para no levantar sospechas del verdadero objetivo del mismo", lo que implica una aportación muy tangencial. Es una contribución relevante en la medida en que vaya vinculada al conocimiento de la actividad que se va a desarrollar. A partir del "factum" que estamos analizando, es verosímil sostener que Agueda Hortensia sabía que sus acompañantes iban a cerrar un trato sobre drogas e incluso que transportaban la sustancia, sólo así se explica su reacción cuando fueron detenidos negando lo que ahora resulta evidente, que conociera al acusado Isidoro Elías que conducía el vehículo que transportaba la cocaína. Ahora bien, de lo que no existe constancia es de que la misma conociera o pudiera sospechar las características del alijo en cuestión. Todas sus intervenciones relevantes están vinculadas al menudeo, a entregas como la que había de hacer a Cecilio Claudio en el polideportivo, según la llamada del mes de agosto. No existen elementos que permitan atribuirle ni siquiera el conocimiento de un tráfico que tuviera por objeto una cantidad relevante. A este respecto resultan esclarecedoras las conversaciones que la incriminan, aquellas que mantiene con Virgilio Joaquín cuando ella y Alexander Romeo viajan en el coche. Ella hace de intermediaria, pero justo en el momento en que Virgilio Joaquín quiere transmitirle a su hermano la oferta de lo que parece una operación de 7 kg de droga, prescinden de su interlocución y hablan directamente los hermanos. Todo ello permite sustentar que el dolo de su actuación, abarcó la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución de delito de tráfico de drogas en su modalidad básica, sin alcanzar la calificada cantidad por la que se la condena.

Esta conclusión no se ve afectada por el conocimiento que a la misma se le atribuye respecto a la existencia del laboratorio. Es sólo eso, el conocimiento de su existencia, porque no consta ninguna aportación por su parte a la actividad concreta que en éste se desarrollaba, aún cuando, como pareja del uno de los principales dirigentes del mismo, se lucrara de los beneficios que él obtenía. Beneficios económicos de los que no consta que ella tuviera facultades de disposición de forma autónoma.

En atención a lo expuesto, entendemos que la participación en los hechos de la recurrente lo es como cómplice de un delito contra la salud pública en su modalidad básica del artículo 368 del CP, por lo que el motivo cuarto se va a estimar, rechazando los otros dos (tercero y segundo) que se han analizado conjuntamente.

Décimo octavo.



www.civil-mercantil.com

El sexto y último motivo de recurso denuncia, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 852 del C.P vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 en relación con el artículo 120.3 de la CE, así como 63 , 66.1.6 °, 72 , 368 y 369.1.5° CP .

Se basa el motivo en que la pena impuesta a la recurrente superó en seis meses la pena mínima prevista para el tipo por el que fue condenada, sin que existiera motivación suficiente para ello.

En este caso, como en los anteriores que se ha esgrimido este mismo motivo, hemos de concluir que el esfuerzo argumentativo desarrollado en la sentencia y los parámetros que marca el fundamento décimo tercero aportan motivación suficiente a la individualización penológica que se hizo, por lo que el motivo se va a desestimar, si bien el mismo ha quedado vacío de contenido. La estimación del motivo cuarto obliga a efectuar una nueva determinación de la pena en la segunda sentencia que dictemos.

Recurso de D. Ceferino Silvio .

Décimo noveno.

El primer motivo de recurso, por cauce del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la LECrim denuncia vulneración de la presunción de inocencia, porque sostiene que no se ha practicado prueba con virtualidad suficiente para destruirla.

Ya hemos explicado el alcance que en casación tiene la revisión a tales fines de la prueba de cargo tomada en consideración. Consiste en constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, y racionalmente valorada. Y en este caso así es.

La Sala de instancia tomó en consideración la cantidad de llamadas y mensajes interceptados que, junto con las vigilancias desarrolladas por los investigadores, pusieron de relieve la vinculación de Ceferino Silvio con los acusados Isidoro Elias y Alexander Romeo , quienes le suministraban la sustancia que éste posteriormente distribuía.

Él mismo admitió dedicarse al menudeo de "pequeñas cantidades de cocaína", sin embargo la Sala sentenciadora, atendiendo al tenor de las conversaciones captadas, y los hallazgos en su domicilio de sustancia apta para el corte, a cuya tenencia el recurso no ofrece una explicación alternativa, concluye que se dedicaba a operaciones de mayor envergadura, inferencia que no puede considerarse arbitraria o ilógica.

También da respuesta la Sala de instancia al planteamiento en el que se basó la defensa del recurrente para solicitar su absolución: al no haberse incautado droga en ninguna de las operaciones en las que intervino el recurrente, no puede afirmarse que la sustancia que el distribuía superase la dosis mínima psicoactiva idónea para comprometer la salud ajena. Así explica la sentencia "lo palmario de las conversaciones interceptadas en cuanto a las cantidades de sustancia que solicitaba a Isidoro Elias para después difundirla, lo reiterado de los encargos que recibía y el solo hecho de que sus clientes habituales (diarios prácticamente), le solicitaran suministro sin queja alguna respecto a lo recibido anteriormente, impide compartir tal consideración de la defensa..... " . De ahí que tampoco la inferencia en este caso pueda tacharse de arbitraria.

Por todo ello ha de concluirse en los autos se ha practicado prueba lícitamente obtenida, legalmente introducida en el proceso, y lógicamente interpretada, suficiente, apta e idónea para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente y sustentar los asertos que respecto al mismo se contienen en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia. El motivo se desestima.



www.civil-mercantil.com

Vigésimo.

El segundo motivo, por igual cauce, denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva del artículo 24; derecho a la motivación, a la igualdad del artículo 14 y de proporcionalidad y legalidad del artículo 25 CE . Todo ello en relación con su condena por un delito contra la salud pública del artículo 368 del CP .

Insiste este motivo en la insuficiencia probatoria de cargo, extremo que ya hemos abordado en el anterior, al que nos remitimos.

Por otra parte, considera que la pena que se ha impuesto lo ha sido de manera inmotivada y que es injustificadamente superior a la de otros acusados. En cuanto a este último extremo, la imposición de distinta pena en concreto no vulnera el derecho a la igualdad si opera sobre realidades diferentes, cual es el caso, en el que no puede parangonarse la intervención punible de cada uno de los acusados.

Por lo demás, el esfuerzo argumentativo que desarrolla la sentencia impugnada se considera suficiente para justificar la individualización de la pena que realiza en relación a la participación de cada uno de los acusados, que además en cuanto al recurrente valora la reiteración de su conducta. Por ello la pena privativa de libertad que se impone ni está inmotivada ni es desproporcionada por exceso.

El motivo se desestima.

Vigésimo primero.

Los dos últimos motivos de recurso denuncian la indebida imposición de la pena de multa y la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria.

Tiene razón el recurrente. Al mismo no se le incautó droga alguna, ni otras sustancias sometidas a fiscalización, por lo que no se pudo tomar este elemento como referencia para cuantificar la sustancia objeto de su actividad. Tampoco constan en el "factum" otros elementos que pudieran servir para determinar ese dato con arreglo a los parámetros que incorpora el artículo 377 del CP .

De manera reiterada ha señalado esta Sala que la multa prevista en el artículo 368 del CP ha de calcularse en relación con el valor de la sustancia objeto de la actividad que se sanciona. Si no consta éste, no es posible cuantificar legalmente aquella. Esta imposibilidad conlleva la de su imposición. Sin multa, no cabe hablar de responsabilidad personal subsidiaria.

En atención a lo expuesto estos motivos, que fueron apoyados por la Fiscal, van a ser estimados.

Recurso de D. Monica Reyes .

Vigésimo segundo.

El primer motivo de recurso, al amparo del artículo 848.2 de la LECrim , denuncia error en la apreciación de la prueba.

En concreto designa como documentos a tales efectos el informe del CAD que aportó su defensa al comienzo de las sesiones del juicio; la declaración del IRPF en relación con el traspaso del negocio "Guioqui"; y el acta de entrada y registro del domicilio donde vivía la recurrente, incorporada a los folios 492 y 493.

La doctrina de esta Sala 2ª respecto al cauce procesal utilizado la recoge, entre otras muchas, la STS 656/2013 de 28 de junio . En palabras de ésta, que cita otras anteriores como la STS 209/2012 de 23 de marzo o la 128/2013 de 28 de febrero , para que quepa estimar que



www.civil-mercantil.com

ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, después de haber presidido la práctica de todas ellas, y de haber escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECrim; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificar.

La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2º LECrim, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Respecto al acta de entrada y registro sostiene el recurso que no especifica que las 9 bolsitas que contenían 8,73 gramos de cocaína con una pureza del 71,2% y otros 4,239 gramos de un 90,9% de pureza, que el relato de hechos probados de la sentencia le atribuye, fueran encontradas en su habitación. Examinada el acta que documentó el registro podemos comprobar que la misma no especifica de quien es la habitación, pero la deducción de la Sala sentenciadora a partir del hallazgo es la única que se perfila como razonable. La droga se encontró en la habitación donde se encontraba la documentación de la recurrente.

El informe del CAD al que se refiera el recurso, en el que se especifica que la recurrente es consumidora de tóxicos y que se sometió por ello ha tratamiento, tampoco contradice el relato de hechos. La cantidad de droga es superior a la que pudiera estimarse destinada al autoconsumo, máxime cuando, según valoró el Tribunal de instancia, ella misma dijo que era consumidora ocasional, condición que incluso negó en su comparecencia ante el médico forense en fase de instrucción. Todo ello sin olvidar el dinero que se ocupó en la misma habitación.

Respecto al dinero, la versión que el recurso pretende introducir, que lo conecta con el traspaso un año antes de la tienda "Guiogui", no ha sido expresamente valorada por la Sala, que sí ha descartado que el dinero procediera de la venta de un coche. Lo argumentado sobre este extremo es aplicable al ahora alegado y el documento aludido carece de fuerza para incidir por sí solo en las conclusiones probatorias. La Sala de instancia ha descartado como justificativas del origen del dinero las ventas de efectos a las que se refiere la acusada sobre la base de una inferencia que no puede entenderse arbitraria, a partir de las condiciones de



www.civil-mercantil.com

almacenaje en efectivo cuando la recurrente tenía cuenta bancaria. Lo que no puede, además, desconectarse del resto de hallazgos.

En definitiva, ninguno de los documentos en los que se basa el motivo tiene virtualidad para incidir en el relato de hechos de la sentencia impugnada. Por todo ello el motivo se desestima.

Vigésimo tercero.

El segundo motivo de recurso, al amparo de los artículos 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, denuncia infracción de la presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías.

Entiende la recurrente que la habitación donde fue encontrada la droga no fue identificada en el acta de registro como la que ocupaba Monica Reyes, lo que resulta intrascendente, pues los indicios fundamentales en los que se sustenta el juicio de inferencia de la Sala sentenciadora son la incautación de la droga y el dinero en la habitación donde estaba su documentación.

Igualmente debe rechazarse la arbitrariedad en la inferencia de la Sala al identificar a Monica Reyes como la persona que iba a acompañar a Virgilio Joaquin a entregar la droga a Cecilio Claudio, y a la que aquel aludió en su conversación con Alexander Romeo el 11 de agosto. Si tenemos en cuenta el hallazgo de droga en su bolso y que éste se encontraba en la casa donde vivían tanto ella como Alexander Romeo, la inferencia con el alcance que corresponde a su revisión en casación, no puede considerarse arbitraria. Así como tampoco la que la vincula con la actividad que este último y su hermano desarrollaban, o la que concluye que la sustancia incautada estaba destinada a la ulterior distribución. Respaldan esa conclusión la cantidad de la droga, su elevada pureza, y las notas que junto a ella se encontraron. Notas que el relato de hechos describe como "varios papeles manuscritos con anotaciones de cantidades, nombres y números de teléfonos", y que en el correspondiente fundamento jurídica califica de "elocuentes".

Por último mantiene el recurso que la Sala de instancia no valoró la prueba de descargo, afirmación que no se comparte. La documentación fiscal que reflejaría los ingresos procedentes del traspaso de su tienda efectivamente no la mencionó, pero sí contraargumentó las explicaciones facilitadas al respecto por Monica Reyes, y valoró expresamente, las otras a las que se refiere el recurso. Hizo referencia a que la acusada tenía previsto viajar a su país y aludió a los testigos de descargo. Otra cosa es que no reconociera a esas pruebas virtualidad para enervar la fuerza inculpativa de la prueba de cargo.

En definitiva, hemos de concluir que también en este caso se ha practicado prueba válidamente introducida en el proceso, regularmente obtenida, y razonablemente valorada, suficiente para acreditar que la ahora recurrente Monica Reyes tuvo en los hechos la intervención que el "factum" de la sentencia de instancia le atribuye.

En atención a lo expuesto el motivo se desestima.

Vigésimo cuarto.

El último motivo de recurso, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia inaplicación del artículo 392.2 del CP.

La doctrina de esta Sala (entre otras STS 33/2011 de 26 de enero) ha considerado que al párrafo 2 del artículo 368 del CP incorpora un subtipo atenuado, en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado, en la medida en que se asocia legalmente a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo ("... la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable") cuya concurrencia puede y



www.civil-mercantil.com

debe ser valorada racionalmente en la sentencia, y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

En este caso la Sala de instancia descartó la aplicación de este subtipo porque entendió, que la cantidad de sustancia que le fue incautada a Monica Reyes , la elocuencia de las notas que se encontraron junto a ella así como el importe del dinero efectivo que le fue ocupado, ponen de relieve que su actividad ni fue ocasional ni de menor entidad.

También analizó las circunstancias personales de la acusada, para descartar que en atención a las mismas su comportamiento fuera merecedor de esa calificación privilegiada. Destacó la relación con la actividad desarrollada por su cuñado Alexander Romeo y la ausencia de sintomatología que permitiera atribuirle la adicción a las drogas y que ella misma había negado en su comparecencia ante el forense cuando fue detenida.

Entendemos que la Sala de instancia ha realizado una ponderación equilibrada y razonable de las circunstancias tanto objetivas como subjetivas que concurren para descartar la aplicación del subtipo atenuado, por lo que no se aprecia el error de subsunción alegado.

El motivo se desestima y con él la totalidad del recurso.

Vigésimo quinto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 de la LECrim , Alexander Romeo , Isidoro Elias , Virgilio Joaquin y Monica Reyes habrán de sufragar las costas de sus respectivos recursos, declarándose de oficio las correspondientes a los recursos interpuestos por Agueda Hortensia e Ceferino Silvio que van a ser parcialmente estimados.

III. FALLO

Desestimar los recursos de casación interpuesto por Virgilio Joaquin , Isidoro Elias , Virgilio Joaquin y Monica Reyes y estimar parcialmente los recursos interpuestos por los acusados Agueda Hortensia e Ceferino Silvio contra la Sentencia de fecha 10 de febrero de 2014 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª, anulando parcialmente la misma y declarando de oficio las costas procesales de los recurrentes Agueda Hortensia e Ceferino Silvio y con condena en costas de las causadas por Alexander Romeo , Isidoro Elias , Virgilio Joaquin y Monica Reyes en esta instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Francisco Monterde Ferrer Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Carlos Granados Perez

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.