

Roj: **STS 3890/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3890**Id Cendoj: **28079120012016100687**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/07/2016**Nº de Recurso: **217/2016**Nº de Resolución: **679/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de Casación por quebrantamiento de forma, que ante Nos pende, interpuesto por Jorge , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia Sección 5ª con sede en Cartagena, con fecha 9 de diciembre de 2015; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la EXCMA. SRA. DÑA. Ana Maria Ferrer Garcia; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando el recurrente Jorge representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Ramón Rueda López.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 5 de los de Cartagena, instruyó Diligencias Previas con el número 536/14 contra Rafael , Jose Carlos , Juan Carlos , Alejo , Casiano , Eusebio , Jorge , Manuela , Angelica y Diego por un delito contra la salud pública, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia con sede en Cartagena (Sección 5ª, rollo 40/2015) que, con fecha 9 de diciembre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Se dirigen la acusación contra Jose Carlos , NIE NUM011 , sin antecedentes penales, Alejo , pasaporte holandés n° NUM012 , sin antecedentes penales, Casiano , pasaporte holandés NUM013 , sin antecedentes penales, Eusebio , con pasaporte n° NUM014 , sin antecedentes penales, y el acusado Jorge , con NIE NUM015 , en prisión provisional por esta causa desde el Auto de 14 de junio de 2014, y contra Rafael , NIE NUM016 , sin antecedentes penales e Manuela , con documento NUM017 , Angelica con NIE NUM018 , en prisión provisional por esta causa desde el Auto de 17 de junio de 2014, y contra Luis Enrique , con DNI NUM019 , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en prisión provisional desde el Auto de 19 de Junio de 2014, y en libertad el mismo, día y contra Esperanza , DNI NUM020 , sin antecedentes penales, contra Diego , con NIE- NUM021 , en prisión desde el Auto de 19 de junio de 2014, hasta el Auto de puesta en libertad de 26 de junio de 2014.

Jose Carlos y Rafael eran los encargados de contactar y comprar droga a proveedores holandeses, organizar el transporte de la droga a España.

Así, el 14 de mayo de 2014, Rafael en unión de su tío Horacio , se dirigió al aeropuerto de El Prat, donde recogió a los hermanos Narciso y Santiago , trasladándose después a Murcia.

Por su parte, Rafael , como parte del tráfico ilícito de estupefacientes al que se dedicaba, contactó con proveedores holandeses de droga, y con el transportista Juan Carlos , que se desplazó desde Holanda, en su vehículo, un Peugeot 207, matrícula alemana MH-PA-.... , que tenía en el salpicadero una caleta disimulada, para el transporte de drogas, con destino a San Pedro del Pinatar.

El 11 de junio de 2014, una vez que Juan Carlos había llegado a España, fue contactado por Rafael , quedando en la recepción del Hotel Lodomar, de la localidad de San Pedro del Pinatar.

Posteriormente *Manuela*, lugarteniente de confianza de *Rafael*, fue la encargada de recepcionar la droga y de guardarla en el domicilio de seguridad de la CALLE001 NUM022, ayudándose de su hermana *Angelica* en estas operaciones.

El 14 de mayo de 2014, sobre las 09:46 horas, *Rafael* llama a *Manuela* y le dice: "que te vaya a recoger droga, y que quedan sobre las 12 o las 2. Ese día, sobre las 15:30 horas *Manuela* acompañada de su pareja *Dionisio*, acuden a la CALLE002, en un Renault Laguna, matrícula-QSK, entraron en el citado domicilio y salieron del mismo sobre las 16:45 horas, dirigiéndose a la Calle Nerja.

A las 18:45 horas, *Manuela* llega a la CALLE001 NUM022, entra en la vivienda y salió de la misma a las 18:45 horas, yendo a la CALLE002. A las 19:45 horas, se dirigió a la CALLE001 n° NUM022, sentándose en una terraza del citado domicilio con su prima *Angelica*. Después, sobre las 21:00 horas *Manuela* salió de la vivienda con una maleta acompañada de su prima *Angelica*, y se introdujeron en la vivienda de la CALLE001 NUM022, donde entraron con la maleta y salieron sin ella. Si bien, *Manuela* salió con una bolsa verde en la mano, regresando ambas rápidamente al domicilio de *Angelica*. Sobre las 21:00 horas, *Manuela* salió del domicilio de la CALLE001, con sus dos hijos, y portando un bolso que no llevaba cuando llegó a la casa por primera vez, y después se dirigió a su domicilio en la CALLE003, donde dejó a los niños, saliendo en dirección a la AVENIDA000, desde donde se dirigía a la CALLE004. Al advertir la presencia policial, arrojó tres paquetes que portaba a un contenedor de basura, que no fueron recuperados.

En el registro domiciliario de la vivienda de la CALLE001 NUM022 de *Angelica* e *Manuela*, se encontraron unas bolsas que contenían 1.008 gramos de heroína, con un 18% de pureza, con un valor de mercado de 16.442,20 euros.

Por otra parte, a partir del 6 de junio de 2014, *Jose Carlos*, actuando de común acuerdo con *Jorge*, también mantuvieron contactos con proveedores holandeses para comprar una partida de droga, en concreto el 6 de junio de 2014, llamaron a proveedor de droga holandés, al que le pidieron 10 kilos de heroína.

De las conversaciones telefónicas entre el proveedor holandés y *Jose Carlos*, se infiere que el 6 de junio de 2014, *Jose Carlos*, le pidió 10 kilos de heroína. El 10 de junio de 2014, el proveedor holandés le pide que entregue el dinero en Marruecos a padre y el día 11 de junio de 2014, el proveedor holandés le advirtió de dos cosas primero; que la furgoneta está en la zona de la Playa de Lo Pagan, y luego que la furgoneta, tiene matrícula holandesa, y que si no pagaba, no tendría la mercancía.

Como consecuencia de la operación de anterior adquisición de droga, se desplazó desde Holanda a España, una Furgoneta, marca Volkswagen, matrícula-RP-RP, en cuyo interior se encontraban los acusados *Alejo*, *Eusebio*, y *Casiano*. En el registro policial de la citada furgoneta, se encontraron 20 paquetes de sustancia marrón que resultaron ser 9,965 kilogramos de heroína con una pureza del 13,981 que en el mercado ilícito habrían obtenido un valor de 119.966,40 euros.

Por último respecto de *Jorge*, de las conversaciones telefónicas del 12 de junio de 2014, resultó que el proveedor avisó a *Jose Carlos* de que la mercancía estaba en Lo Pagan. Que había ido un señor, y que le dijo el dinero, y le respondió ¿Qué dinero?. Luego se produjo una conversación entre *Jose Carlos* y el proveedor, y *Jorge* fue observado por la policía a las 17:15 horas entablado una conversación con los ocupantes de la furgoneta durante 15 minutos. Por tanto, *Jorge* era el encargado de contactar con quienes habían transportado la droga desde Holanda.

En el registro del domicilio de la vivienda de la CALLE004, propiedad de *Luis Enrique*, se encontró un revolver, calibre 22, sin marca, y de color gris, y 153 cartuchos aptos para el calibre 22, respecto de la que los acusados *Luis Enrique* y *Esperanza* carecen de licencias de armas, si bien, no se ha acreditado que el arma sea apta para disparar."

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que DEBEMOS

A.- ABSOLVER Y ABSOLVEMOS *Diego*, *Luis Enrique* y *Esperanza* del delito contra la salud pública del que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal, así como a los dos últimos del delito de tenencia de armas del que también se les acusaba, declarando de oficio el pago de las costas.

B-CONDENAR Y CONDENAMOS a:

1.- *Rafael*, como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia de los arts. 368 y 369.1.5' del C.P., a la pena de 6 años y 1 día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 16.000 €, con arresto sustitutorio en caso de impago de 1 mes, así como al pago de 1/14 partes de las costas.



2.- Jose Carlos , Alejo , Casiano y Eusebio , como cómplices de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud de los arts. 368 y 369.1.5a del C.P . ala pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 16.000 €, con arresto sustitutorio en caso de impago de 1 mes, así como al pago de 1/14 partes de las costas.

3.- Juan Carlos , como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del art. 368 del C.P . a la pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 16.000 € con arresto sustitutorio caso de impago de 1 mes, así como al pago de 1/14 partes de las costas.

4.- Manuela , como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del art. 368.2 del C.P . a la pena de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 16.000 € con arresto sustitutorio caso de impago de 1 mes, así como al pago de 1/14 partes de las costas.

5.- Angelica , como cómplice de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del art. 368 del C.P . ala pena de 17 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 16.000 € con arresto sustitutorio en caso de impago de 1 mes, así como al pago de 1/14 partes de las costas.

6.- Jorge , como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud de los arts. 368 y 369.1.5' del C.P . a la pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 16.000 € con arresto sustitutorio en caso de impago de 1 mes, así como al pago de 1/14 partes de las costas."

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Jorge , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Jorge se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

Único. Por falta de claridad en los hechos probados, por contradicción entre los hechos probados y por lesión de la presunción de inocencia.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 30 de junio de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, dictó sentencia en fecha 9 de diciembre de 2015 , por la que condenó, entre otros, a Jorge como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud , del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, a la pena de tres años de prisión y multa.

La Sala sentenciadora, en síntesis, declaró probado que el también acusado Jose Carlos (condenado en trámite de conformidad) mantuvo contactos con proveedores holandeses para comprar una partida de droga, que se concretaron el 6 de junio de 2014 con el encargo de 10 kilos de heroína. Como consecuencia de esta operación se desplazó desde Holanda a España una Furgoneta, marca Volkswagen, matrícula-RP-RP , que transportaba la heroína solicitada, y que el 12 de junio se encontraba en la Playa de Lo Pagan para efectuar la entrega. Jose Carlos encargó a Jorge que contactara con los ocupantes del vehículo y a tal fin este se entrevistó con ellos sobre las 17:15 horas del mismo día 12 de junio.

En el registro policial de la citada furgoneta, se encontraron 20 paquetes de sustancia marrón que resultaron ser 9,965 kilogramos de heroína con una pureza del 13,981 que en el mercado ilícito habrían obtenido un valor de 119.966,40 euros.

Por el acusado Jorge se interpuso recurso que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal y que pasamos a analizar.

SEGUNDO.- El único motivo de recurso denuncia infracción de la presunción de inocencia y, al amparo del artículo 851.1º LECrim contradicción en el relato de hechos probados.

Según la jurisprudencia de esta Sala que sintetizó la STS 113/2015 de 3 de marzo , para que exista el quebrantamiento de forma consistente en la contradicción entre los hechos probados, es necesario que se



den las siguientes condiciones: "a) que la contradicción sea interna, esto es, que se dé entre los pasajes del hecho probado, pero no entre éstos y los fundamentos jurídicos; b) que sea gramatical, es decir, que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter conceptual ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de contradicción "in términis" de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de la otra; c) que sea manifiesta e insubsanable en cuanto oposición antitética y de imposible coexistencia simultánea y armonización, ni siquiera con la integración de otros pasajes del relato y d) que sea esencial y causal respecto del fallo".

No es este el planteamiento al que responde el recurso. El mismo denuncia la inconsistencia de la prueba para declarar acreditada una intervención típica en los hechos, lo que vincula su queja a la infracción de la presunción de inocencia. De otro lado cuestiona el juicio de subsunción que se realiza al considerarlo cómplice de un delito contra la salud pública. Al estar implicada una garantía constitucional, pese a la deficiente técnica casacional, vamos a abordar el recurso desde esta doble perspectiva.

TERCERO.- Según doctrina de esta Sala (entre otras SSTs 383/2014 de 16 de mayo ; 596/2014 de 23 de julio ; 761/2014 de 12 de noviembre ; 881/2014 de 15 de diciembre y 375/2015 de 2 de junio) la invocación en casación del derecho fundamental a la presunción de inocencia 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 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.

En el presente caso la Sala explicitó en el fundamento segundo las pruebas que tomó en consideración para declarar acreditada la intervención en los hechos que atribuye al recurrente. De un lado la declaración testifical de los agentes que realizaron vigilancias. Éstas ubicaron a Jorge el 12 de junio en dos momentos. Primero acompañando a quien encargó la heroína, el también acusado Jose Carlos . Éste fue visto introduciéndose en el coche de aquél. También fue detectado unas horas después, a las 17.15, cuando llegó con ese mismo vehículo a la zona donde se encontraba estacionada la furgoneta que transportaba la heroína y se entrevistó con sus ocupantes. Mientras tanto, las intervenciones telefónicas, cuya regularidad no ha resultado cuestionada, detectaron que Jose Carlos no recogería la droga personalmente. A partir de tales datos, la Sala concluyó que Jorge fue la persona que en nombre de aquél habría de ultimar los detalles para la retirada de la sustancia, que se vio frustrada por la intervención policial.

CUARTO.- El valor como prueba de cargo de la 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 inmediatez, 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 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", en términos del art. 1253 del Código Civil (SSTS 1085/2000 de 26 de junio ; 1364/2000 de 8 de septiembre ; 24/2001 de 18 de enero ; 813/2008 de 2 de diciembre ; 19/2009 de 7 de enero ; 139/2009 de 24 de febrero ; 322/2010 de 5 de abril ; 208/2012 de 16 de marzo ; 690/2013 de 24 de julio ; 481/2014 de 3 de junio o 43/2015 de 28 de enero , entre otras).

En el presente caso la Sala sentenciadora analizó los indicios que ha tomado en consideración, a los que ya nos hemos referido, la prueba que los acreditó y del razonamiento que sustentó el juicio de inferencia realizado. Valoró cada indicio, los interconectó y confrontó con la hipótesis aducida por la defensa, es decir que acudió al lugar donde se encontraba la droga para realizar una gestión inmobiliaria, versión que descartó por inverosímil. Así concluyó que todos los indicios convergen en una dirección que es la única que se perfila como razonable con exclusión de cualquier otra, y su inferencia no puede tacharse de ilógica o arbitraria.

En definitiva la Sala sentenciadora ha tomado en consideración en orden a tener por acreditados los hechos que atribuye al acusado prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada; es decir, idónea para desvirtuar la presunción de su inocencia.

QUINTO.- La sala calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública, de sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, juicio de tipicidad incontrovertido en atención a que se trató de una operación que habría de culminar con la introducción en España de 9,965 kilos de heroína con una pureza de 13,98% (más de un kilo neto).

La intervención del acusado se calificó como complicidad, por entender que la misma fue accesoria.



La STS 554/2014 de 16 de junio, de la que se hizo eco la 881/2014 de 15 de diciembre, condensó 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 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).

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 permitirla, 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).

En este caso la intervención del acusado se consideró accesoría. Oponer el recurso que, pese a lo prolongado de las vigilancias desarrolladas, el mismo no fue detectado hasta el mismo día 12 de junio, lo que entiende contradictorio con su consciente intervención en los hechos. Pero dadas las circunstancias en que la misma se desarrolló, solo cabe inferir que el mismo conocía el alcance de la operación, dado que aunque puntualmente intermedió en la misma. Sin embargo, precisamente el que su presencia solo fuera detectada el último día, es lo que permite al Tribunal sentenciador considerar su intervención como accesoría.

Por último se queja de que se le impone la misma pena que al autor principal, que no podemos olvidar, fue condenado en trámite de conformidad. Sin embargo, la individualización penológica se realiza en atención a las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, y en el suyo se concretó la privativa de libertad en el mínimo posible, y la pecuniaria en los contornos de pena legal, por lo que no cabe tachar las mismas de desproporcionadas.



En atención a lo expuesto el recurso se desestima en su integridad.

SEXO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim , procede condenar al recurrente al pago de las costas de este recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Jorge contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2015 dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia con sede en Cartagena en el Rollo núm. 40/2015 condenando en costas al recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Pablo Llarena Conde D. Perfecto Andres Ibañez

Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm. Sra. Dª. Ana Maria Ferrer Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD