Roj: STS 1956/2003 - ECLI:ES:TS:2003:1956

Id Cendoj: **28079120012003102887**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **20/03/2003**
Nº de Recurso: **2403/2001**
Nº de Resolución: **420/2003**
Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**
Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil tres.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de Pedro Francisco y Penélope , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por las Procuradoras Sras. Blanco Fernández y Sra. Barabino Ballesteros, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 12 de Málaga, instruyó Sumario nº 2/96, por delito contra la salud pública, contra María Luisa , Amelia , Jose Enrique , Penélope y Pedro Francisco , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, que con fecha 18 de Mayo de 2001, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Investigaciones llevadas a cabo por agentes de la Brigada Provincial de Policía Judicial, Grupo 3º Estupefacientes, llevaron a éstos a establecer un dispositivo de vigilancia del edificio donde está ubicado el domicilio de la procesada Penélope , sito en el número NUM000 , piso NUM001 Puerta NUM002 de la CALLE000 , de Málaga, por existir, como consecuencia de las investigaciones previas, noticias de que la nombrada, mayor de edad y sin antecedentes penales, venía sirviendo de "correo" o porteadora, para su entrega a terceras personas, de cantidades considerables de droga.- En la tarde del día 29 de abril de 1996 la nombrada Penélope recibió, para hacerla llegar a terceras y desconocidas personas, del también procesado Pedro Francisco , mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de 13-12-95, firme el mismo día, por delito de omisión del deber de socorro a 6 meses y un día de prisión menor y en la de 24-5-96, firme el 19-12-97, por delito contra la salud pública, a 3 años de prisión menor, una bolsa con varios ramos de flores en su interior y ocultos entre éstos seis bolsas que contenían un total de 592,31 gramos de heroína con una pureza del 30,09% así como otras seis bolsas que contenían cocaína con un peso total de 551,85 gramos y una pureza del 53,21%, sustancias valoradas, por el precio que alcanzan en el mercado de estupefacientes, en 5.923.100 y 6.622.200 pesetas respectivamente y cuyo destino final era la venta a terceras personas.- Portando la bolsa recibida, Penélope , cuya salida del edificio en que se ubica su domicilio fue presentada por los agentes de policía, tomó un taxi en el que se dirigió fuera de la ciudad. Como consecuencia de la observación fue parecer de los agentes que el taxi era seguido por el vehículo turismo Opel Kadett GO-....-OG , conducido por el procesado Jose Enrique , mayor de edad y sin antecedentes penales; y ocupado, además, por su esposa, la procesada Amelia , mayor de edad y sin antecedentes penales y la madre de ésta, la procesada María Luisa , mayor de edad y ejecutoriamente condenada en sentencia de 24-7-95, firme el 2-12-95, por delito de uso indebido de nombre y delito de falsificación de documento público a 1 mes y 1 día de arresto mayor y 6 meses y 1 día de prisión menor respectivamente, por lo que se amplió la vigilancia a los movimientos de estos tres.- SEGUNDO.-

El taxi, una vez hubo salido de la ciudad, tomó dirección al cementerio. Al llegar a éste, Penélope bajó del vehículo, se dirigió a la zona de las tumbas y sobre una de ellas colocó la bolsa. Como quiera que tras haber arribado al camposanto el Opel Kadett y bajado de él sus ocupantes, el matrimonio nombrado volvió tras sus pasos dejando en el lugar a Amelia , los agentes de policía, estimando que habían sido descubiertos y que por ello se marchaba la pareja del lugar, procedió, al tiempo que detenían a Penélope , a seguir a aquéllos que fueron igualmente detenidos poco después de su entrada en la ciudad a bordo del turismo ya mencionado.- Tras la actuación descrita, los agentes, provistos de los oportunos mandamientos judiciales, procedieron a la entrada y registro del domicilio de Penélope en el que encontraron una balanza de precisión, 132,02 gramos de hachís, una caja de caudales que contenía 586.150 pesetas, dos libretas y algunos papeles con anotaciones numéricas y otras 69.000 pesetas, cantidad ésta procedentes del pago, ascendente a 70.000 pesetas, que la procesada había recibido de Pedro Francisco por realizar el traslado de la droga al lugar convenido. A excepción de esta última cantidad, todo lo demás era propiedad de Pedro Francisco , procediendo el dinero de ventas de droga anteriormente realizadas.- Fue registrado también el domicilio sito en el número 133 de la Urbanización Torre de Alhaurín sito en Alhaurín de la Torre, correspondiente a Amelia , y en él fue hallada la cantidad de 2.116.000 pesetas que podría proceder de la venta de determinado local, además de diversas joyas.- No consta acreditado que María Luisa , Amelia ni Jose Enrique supieran que Penélope era portadora de la droga intervenida". (sic)

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

"FALLAMOS: 1.- Que absolviendo del delito contra la salud pública de que vienen siendo acusados a María Luisa , a Amelia y a Jose Enrique , condenamos a los procesados Pedro Francisco y a Penélope como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad pena, a las penas de 8 años y 1 día de prisión mayor y multa de 20.000.000 pesetas cada uno, suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena en ambos casos así como al pago de 2/3 de las costas por partes iguales declarando de oficio el resto.- 2- Se decreta el comiso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 del CP de aplicación, de todo el dinero y objetos intervenidos en el registro llevado a cabo en el domicilio de la condenada Penélope , debiendo procederse a la destrucción de la droga intervenida, en su caso.- Por el contrario, se procederá a la devolución de todo el dinero y objetos, especialmente de las alhajas, intervenidas en los registros llevados a cabo en los domicilios de las procesadas absueltas así como del vehículo Opel Kadett descrito en el relato de hechos probados si hubiese sido intervenido.- 3.- Para el cumplimiento de las penas impuestas les será abonada a los condenados el tiempo que permanecieron privados de libertad por esta causa si no le hubiese sido aplicado a otra". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de Pedro Francisco y Penélope , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Penélope , formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Se formula por la vía del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la C.E.

SEGUNDO: Al amparo del art. 849 nº 1 de la LECriminal por infracción del art. 369 nº 3 del C.P. de 1973.

TERCERO: Por Infracción de Ley del art. 849 nº 1 de la LECriminal por inaplicación de la atenuante analógica del art. 9.10 del C.P. de 1973.

La representación de Pedro Francisco , formalizó su recurso alegando UN UNICO MOTIVO DE CASACION: Se formula al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la C.E.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, apoya el segundo motivo del recurso de Penélope e impugna el resto; la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 13 de Marzo de 2003.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 18 de Mayo de 2001 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga condenó a Penélope y a Pedro Francisco como autores de un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud a las penas, a cada uno de ellos, de 8 años y un día de prisión mayor y multa de 20 millones de ptas. con los demás pronunciamientos contenidos en el fallo.

Los hechos se refieren a que Penélope actuando como porteadora o correo recibió de Pedro Francisco seis bolsas que contenían un total de 592'31 gramos de heroína al 30'09% y otras seis bolsas que contenían 551'85 gramos de cocaína al 53'21%, las que ocultas en un ramo de flores, llevó la insinuada Penélope , tras tomar un taxi a una tumba del cementerio de la ciudad.

Se han formalizado dos recursos independientes uno por cada condenado.

Segundo.- Recurso de Penélope .

Aparece formalizado por tres motivos.

El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos fundamentales, denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia.

En la argumentación del motivo, reconociendo la realidad del viaje que efectuó en taxi llevando un ramo de flores a una tumba, operación que fue observada por la policía que estaba haciéndole un seguimiento, alega que desconocía que dentro del ramo se encontrara la droga, y que el ramo se lo dio un italiano del que desconoce la identidad quien le pago por esta actividad.

En definitiva, vuelve a reiterar la versión ya efectuada en la instancia tanto en la segunda declaración judicial como en el juicio oral, versión que fue rechazada por el Tribunal sentenciador al estimarla inverosímil.

En este control casacional se verifica que la sentencia explicita las pruebas de cargo tenidas en cuenta constituida por el viaje ya relatado y por el conocimiento de la recurrente de que en el interior del ramo se encontraba la droga, juicio de certeza que extrae tanto de la explicación situada extramuros de toda razonabilidad de que un italiano desconocido le pagó para que efectuase ese viaje, como por el detalle alegado en el Plenario por uno de los policías que formaban el operativo de seguimiento que habían observado que la recurrente, ya en la tumba "....intentó esconder o disimular la bolsa entre las flores que llevaba....", a ello se puede añadir el peso de la droga, un kilo, que debía hacerse ostensible en el ramo. En definitiva, el Tribunal contó con prueba de cargo legalmente obtenida, suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y que fue razonablemente valorada de acuerdo con las máximas de experiencia y reglas de la lógica, por lo que la decisión no fue arbitraria.

Más aún, con el fin de dar respuesta incluso más allá de las exigencias que demanda el principio de tutela judicial efectiva, incluso admitiendo la tesis del italiano que le abonó 70.000 ptas. por llevar las flores al cementerio, es evidente que la aceptación del encargo en tales condiciones dichas por la recurrente proclamaría el conocimiento de la realidad de lo que se ocultaba en su interior, de acuerdo con el principio de ignorancia deliberada, según el cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencia de su ilícito actuar -- SSTS 946/02 de 22 de Mayo, y las en ella citadas, todas precisamente, en relación a casos de tráfico de drogas--.

El motivo debe ser desestimado.

El motivo segundo por la vía del error in iudicando del nº 1 del art. 849 denuncia como indebida la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia por estimar que la cantidad de droga neta aprehendida no supera el límite a partir del cual procede la aplicación del subtipo.

Recordemos que en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de 19 de Octubre de 2001 en una nueva interpretación del texto legal, se fija la aplicación del subtipo agravado para las aprehensiones superiores a las quinientas dosis de droga neta. En el presente caso se ocuparon 592'31 gramos de heroína al 30'09% y 551'85 gramos de cocaína al 53'2%, lo que equivale, respectivamente a 178'22 gramos netos de heroína y 293'58 gramos netos de cocaína, si tenemos en cuenta que, según el Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de Octubre de 2001, la dosis diaria de consumo de heroína es de 0'6 gramos netos y la de cocaína 1'5 gramos neto, con la droga ocupada se podrían obtener 492 dosis, cantidad próxima pero inferior a las 500 exigidas en el Acuerdo citado, por lo que no es de aplicación el subtipo agravado con las consecuencias penológicas correspondientes, que se concretarán en la segunda sentencia. En idéntico sentido STS 1607/2002 de 27 de Septiembre.

El motivo, al que le ha dado su apoyo el Ministerio Fiscal debe ser estimado.

El tercer motivo, por el mismo cauce que el anterior, denuncia como indebida la no aplicación de la atenuante de arrepentimiento, como analógica, dada la colaboración prestada por la recurrente.

El motivo desconoce el respeto a los hechos probados que constituye el presupuesto de admisibilidad del motivo, pues en ella nada se recoge que pudiera dar lugar a la aplicación de la atenuante que se postula.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Por ello se incurre en causa de inadmisión que opera en este momento procesal como causa de desestimación.

Tercero.- Recurso de Pedro Francisco .

Aparece formalizado a través de dos motivos.

El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos fundamentales denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia.

Se alega en la argumentación del motivo que existió vacío probatorio de cargo porque la primera declaración en sede policial de la coimputada Penélope que fue ratificada ante el Juez de instrucción, en la que afirmó que la droga ocupada se la había facilitado el ahora recurrente, fue desmentida por la propia Penélope en una posterior declaración, también en sede judicial --folio 150--, que fue reiterada en el Plenario. Se argumenta que en esta situación, las primeras declaraciones carecen de la aptitud necesaria para integrar la mínima actividad probatoria de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, fundamentalmente porque las únicas declaraciones que tuvieron acceso al Plenario fueron las posteriores no incriminatorias para el recurrente, siendo esas las que fueron sometidas a contradicción del juicio oral, y que en definitiva, respecto de las primeras declaraciones incriminatorias sólo se procedió a la exhibición de las firmas pero no a su lectura íntegra.

Realmente son dos las cuestiones que deben ser analizadas: la primera se refiere a la hipótesis --nada infrecuente-- de que existan declaraciones de signo opuesto, ya por parte de testigos o de imputados en la causa y a la posibilidad del Tribunal de alzaprimar la superior credibilidad de una versión sobre la contraria, y más en concreto, de conceder superior credibilidad a la versión incriminatoria efectuada en la instrucción sobre la posterior exculpatoria hecha en el Plenario.

La segunda cuestión se refiere a la aptitud de la declaración del coimputado para fundar en ella una sentencia condenatoria cuando sea la única prueba existente.

En relación a la primera cuestión, existe ya una sólida doctrina de esta Sala que tiene declarado que en el caso de diversidad de declaraciones de signo opuesto de la misma persona, el Tribunal sentenciador, una vez salvado el filtro de legalidad de las diversas declaraciones, puede analizarlas y valorarlas todas, y en función de las contradicciones, explicaciones facilitadas y en definitiva, de las demás evidencias que puedan existir, determinar la superior credibilidad de una u otra versión, motivando en la sentencia las razones que le asistan en su elección, como le autoriza el art. 741 LECriminal, decisión que no es controlable en sede casacional con el límite, obvio, de la ausencia de motivación o de decisión irrazonable porque en ambos casos se estaría en una decisión arbitraria incompatible con la función de enjuiciar -- art. 9-3º C.E.-- que por definición es actividad razonada y razonable, siendo precisamente la motivación enseña y divisa de la razonabilidad y credibilidad de la decisión adoptada -- SSTS de 23 de Septiembre de 1998, 36/99 de 25 de Enero y 1289/98 de 23 de Octubre, entre otras--.

En el supuesto de que las retractaciones se hayan producido en el Plenario en el sentido de que en dicho acto se ofrezca una versión exculpatoria frente a la anterior incriminatoria, es preciso para poder valorar la primera declaración que esta haya sido introducida dentro del debate del juicio oral en condiciones que permitan el sometimiento a la contradicción y a las posibles explicaciones que puede ofrecer el autor de la misma, introducción en el Plenario que es exigencia directa del art. 741 LECriminal, con las solas excepciones de los supuestos de prueba preconstituida imposible de ser reproducida. También es preciso añadir, que en los casos en los que el Tribunal sentenciador encuentre de superior credibilidad la versión dada durante la instrucción de la causa frente a la del Plenario, y como consecuencia de no haber presenciado aquella, se hace especialmente necesaria una motivación reforzada de las razones que le asistan para concederle mayor credibilidad a la declaración sumarial que a la prestada en el Plenario, plus de motivación que, por lo expuesto, no sería exigible cuando la versión incriminatoria sea dada en el Plenario, y por tanto en el marco de los principios de inmediación y contradicción que lo definen. -- SSTS 1482/99 de 14 de Enero, 22 de Diciembre de 1997 y 14 de Mayo de 1999, entre otras--.

En relación a la segunda cuestión, partiendo de la aptitud, in genere, de la declaración del coimputado para integrar la mínima actividad probatoria de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta sala viene exigiendo, cuando sea prueba exclusiva, la existencia de corroboraciones autónomas que avalen la credibilidad del testimonio del coimputado. En palabras del Tribunal Constitucional en la reciente sentencia 233/2002 de 9 de Diciembre que viene a resumir y concretar la doctrina existente:

"....Los pronunciamientos de este Tribunal sobre la incidencia en la presunción de inocencia de la declaración incriminatoria de los coimputados, cuando es prueba única, han quedado consolidados con los siguientes rasgos:

a) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.

b) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia.

c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración incriminatoria de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.

d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración.

e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso....".

Asimismo, en relación a la exigencia de las corroboraciones que permiten la valoración de la declaración del coimputado, también siguiendo dicha sentencia del Tribunal Constitucional, que cita otra anterior --68/2001-- la concreta en dos ideas "....por una parte que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal, sino mínima, y por otra que no cabe establecer que ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato o circunstancia externa debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no....".

De acuerdo con lo expuesto, y como se dice en la STS 168/2003 de 26 de Febrero "....las corroboraciones que deben, necesariamente, acompañar a la declaración del coimputado, tienen el valor de avalar de manera genérica la veracidad de la declaración....como argumento de reforzamiento y fortalecimiento....", sin que puedan ser confundidas ni concebidas como "pruebas autónomas" que actúen como presupuesto para poder valorar la declaración del coimputado, como ya se dijo en la STS 23/2003 de 21 de Enero y en la ya citada 168/2003 de 26 de Febrero.

Desde la doctrina expuesta, pasamos a dar respuesta desde la doble perspectiva dicha.

Partiendo del dato acreditado de que el recurrente no ha reconocido su intervención en ningún momento, debemos convenir que esta intervención fue reconocida en la declaración en sede policial y posteriormente reiterada en el Juzgado por parte de Penélope , declaración esta última que fue prestada de acuerdo con el canon de legalidad exigible. Dicha declaración de la coimputada fue introducida en el Plenario en condiciones que permitieron efectivamente su contradicción y posibilidad de explicaciones por el cambio de versión efectuado, ya que ante la versión de Penélope escuchada por el Tribunal que exculpaba a Pedro Francisco , desdiciéndose sin explicación plausible de su anterior versión se le exhibió su declaración incriminatoria y reconoció su firma, lo que equivale a una efectiva introducción de su declaración en el Plenario con sometimiento a la contradicción, pues el Tribunal conoció ambas versiones e igualmente conoció las explicaciones relativas a que fue un italiano quien le hizo el encargo de llevar las flores al cementerio, y en este sentido resulta irrelevante que se diera lectura de su declaración pues lo relevante es que en el interrogatorio contradictorio de Penélope fuese introducida la versión incriminatoria y efectivamente lo fue, por lo que debe rechazarse la alegación del recurrente de que dicha declaración no tuvo acceso al Plenario ni fue sometida a contradicción.

Por lo demás, verificamos en este control casacional que el Tribunal sentenciador cumplió con el deber de motivar las razones que le permitieron alzaprimar como de superior credibilidad la declaración heteroincriminatoria de Penélope sobre la posterior exculpatoria ofrecida en el Plenario, cuestión que está íntimamente unida a la aptitud de la declaración del coimputado para constituir la mínima actividad probatoria cuando sea prueba única, cuestión que abordamos seguidamente.

En efecto, también constatamos en esta sede casacional que en relación a la declaración del coimputado existieron corroboraciones que avalaron su credibilidad.

La sentencia, en el Fundamento Jurídico segundo, apartado segundo, encuentra una corroboración favorable a la credibilidad de lo manifestado por Penélope en el sentido de que la droga se la había facilitado Pedro Francisco quien también le había encargado llevarla al cementerio, en el hecho acreditado de que el día de autos, y antes de que Penélope saliera del inmueble con el ramo de flores y cogiera un taxi, fue visto Pedro Francisco con Penélope en el portal por los agentes policiales que vigilaban la zona, quienes observaron que hablaban, se introducían en el inmueble y luego salía Penélope con las flores --acta del Plenario--. Con buen acierto razona la sentencia sometida al presente control casacional que dicha entrevista debe ser analizada y valorada desde otros dos datos que refuerzan la credibilidad del inicial testimonio de Penélope , datos que paradójicamente fueron facilitados por ambos recurrentes en sus declaraciones en el Plenario: de un lado Penélope alegó que se lleva fatal con Pedro Francisco y de otro éste alegó que ese día se encontraba en Granada.

En esta situación, estimamos que la primera corroboración: el encuentro y conversación entre Penélope y Pedro Francisco en la puerta del inmueble donde vive la primera, aisladamente considerado no es corroboración mínima que permita tener por acreditada la veracidad de la declaración de la coimputada que incriminó a Pedro Francisco . Ahora bien, existen otros dos datos que unidos al hecho indubitado de la entrevista mantenida permiten verificar en esta sede que hubo esa mínima corroboración externa de la veracidad de la manifestación cual fue la negativa de ambos a reconocer el hecho de la conversación, gratuita negativa que no sólo carece de la menor verosimilitud, sino que existe prueba directa de su falsedad, lo que proyecta un claro marchamo de veracidad sobre la primera versión de Penélope que incriminó a Pedro Francisco en el tráfico de drogas.

A todo lo expuesto, debemos añadir que como elemento negativo no concurren datos ni siquiera indicios que pudieran sustentar un interés bastando en la declaración de Penélope bien por un deseo de exculpación o de odio o animadversión hacia Pedro Francisco

En consecuencia, debemos concluir que en el presente caso, no hubo vacío probatorio, sino prueba de cargo constituida por la declaración de la coimputada que contó como elemento positivo con las suficientes corroboraciones como para integrar la mínima actividad de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, y como elemento negativo con la ausencia de circunstancias que pudieran proyectar dudas sobre su crecibilidad, prueba que fue razonada y razonablemente valorada, por lo que su decisión no es arbitraria, ni por tanto contraria a las máximas de experiencia o reglas de la lógica.

Procede la desestimación del motivo.

El segundo motivo, por la vía del nº 1 del art. 849 denuncia una indebida aplicación del art. 109 del Código Penal.

En síntesis, la discrepancia se centra en el pronunciamiento sobre costas.

Hubo cinco personas inculpadas de las que tres fueron absueltas, por lo que, con razón, se argumenta que declarar de oficio un tercio de las costas, imponiendo el resto, por partes iguales entre los dos recurrentes no es ajustado a derecho.

Como ya hemos anticipado, resulta correcta la denuncia, ya que siendo cinco los imputados del mismo delito, y absueltos tres de ellos, debe acordarse la declaración de oficio de tres quintas partes, imponiendo a cada recurrente un quinto de las costas, lo que se efectuará en la segunda sentencia.

Procede la estimación del motivo.

Cuarto.- En materia de costas, la estimación del motivo segundo de los formalizados por Penélope y del segundo del recurso de Pedro Francisco , ambos desplegando sus efectos para los dos recurrentes, motiva la declaración de oficio de las costas de los dos recursos.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones legales de Pedro Francisco y Penélope contra la sentencia de 18 de Mayo de 2001 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, la que casamos y anulamos, siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas causadas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Martín Pallín Joaquín Giménez García Juan Saavedra Ruiz Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Enrique Abad Fernández

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil tres.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 12 de Málaga, Sumario nº 2/96, por delito contra la salud pública, contra María Luisa , con DNI NUM003 , natural de Málaga, nacida el 12-4-47, hija de Ismael y de Montserrat , vecina de Alhaurín de la Torre, Urbanización Torre de Alhaurín NUM004 , con antecedentes penales, de desconocida solvencia, en situación de libertad provisional habiendo estado privada de ella del 29-4 al 2-5-96; contra Amelia , con DNI NUM005 , nacida en Málaga el 2-4-74, hija de Jesus Miguel y de

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

María Luisa , vecina de Alhaurín de la Torre, Urbanización Torre de Alhaurín 133, sin antecedentes penales, de solvencia desconocida, en situación de libertad provisional habiendo estado privado de ella del 29-4 a 2-5-96; contra Jose Enrique , nacido en Málaga el 27-10-76, hijo de Arturo y de Cecilia , con el mismo domicilio que la anterior, sin antecedentes penales, de desconocida solvencia, en situación de libertad provisional habiendo estado privado de ella del 29-4 al 2-5-96; contra Penélope , nacida en Málaga el 13-2-71, hija de Agustín y de Gloria , con DNI NUM006 , con domicilio en CALLE000 , bloque NUM000 , piso NUM001 , puerta NUM002 , sin antecedentes penales, de desconocida solvencia, en situación de libertad provisional habiendo estado privada de ella del 29-4 al 2-5-96 y contra Pedro Francisco , nacido en Granada el 21-2-69, hijo de Ángel Daniel y Elvira , con DNI NUM007 , con domicilio en CALLE001 NUM008 , Granada, con antecedentes penales, de desconocida solvencia, en situación de libertad provisional habiendo estado privada de ella del 29-12-98 al 15-2-99; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por los razonamientos expuestos en el Fundamento Jurídico segundo de la sentencia casacional, no procede la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia, por ello, tampoco es de aplicación la agravación punitiva. En consecuencia procede sancionar el hecho de acuerdo con la pena prevista al delito básico según el Código Penal de 1973 aplicado en la sentencia recurrida, el cual tiene señalada la pena de prisión menor en grado medio a prisión mayor en grado mínimo --es decir de dos años, cuatro meses y un día a 8 años de prisión--. Al no concurrir ni apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y de acuerdo con el art. 61-4º del Código Penal de 1973 la pena a imponer será la del grado mínimo o medio previsto en la Ley, dicha previsión en relación al caso de autos, teniendo muy en cuenta que la cantidad de droga aprehendida está muy próxima a la que permitiría el subtipo agravado, y la correlativa gravedad del hecho, estimamos proporcionada la fijación de la pena en el grado medio que permite el artículo citado, en la extensión de cinco años de prisión que está incluida dentro de la prisión menor en grado máximo que opera como grado medio de la pena prevista para el delito estudiado, de conformidad, insistimos, con el Código Penal de 1973. Se mantiene en los mismos términos cuantitativos la multa impuesta por ser compatible con la nueva calificación jurídica.

Segundo.- Por los razonamientos incluidos en el Fundamento Jurídico tercero de la sentencia casacional, en materia de costas debemos acordar de oficio tres quintas partes de las causadas, imponiendo a cada condenado una quinta parte.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Pedro Francisco y Penélope como autores de un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud a las penas a cada uno de ellos de cinco años de prisión menor y multa de 20 millones de ptas. con declaración de oficio de las tres quintas partes de las costas e imponiendo a cada condenado un quinto de las restantes.

Se mantienen los demás pronunciamientos no afectados por la presente.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Martín Pallín Joaquín Giménez García Juan Saavedra Ruiz Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Enrique Abad Fernández

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ