

**TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 835/2013, de 6 de noviembre de 2013*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 349/2013*

**SUMARIO:**

***Delitos contra la salud pública. Tráfico de drogas. Delito provocado. Agente encubierto. Principio acusatorio.*** Hay agente encubierto cuando el que actúa como tal no crea las condiciones materiales del delito ni induce a ejecutarlo, sino que, sabiendo por un medio legítimo que está en curso de realización y podría llegar a cometerse, actuando con autorización judicial al efecto, se infiltra en el grupo criminal, mimetizándose dentro del mismo con alguna contribución accesorio, no determinante, para neutralizarlo y propiciar la detención de sus componentes. La Sala ha rechazado el calificativo de agente provocador en este caso para el agente infiltrado ya que la provocación delictiva es una inducción engañosa, que supone generar en otro el propósito de delinquir; lo que no se da cuando el sujeto investigado es el dueño de la iniciativa criminal, al haber tomado por su cuenta la decisión de llevar a cabo una acción penalmente antijurídica. Por otra parte, en virtud del principio acusatorio, nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio. A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas y por ello, la inaplicación en sentencia de circunstancias atenuantes y/o eximentes incompletas, postuladas por las acusaciones al fijar la cuantía de la pena, vulnera el principio acusatorio y también el derecho de defensa ya que la acusación fija el techo de la condena.

**PRECEPTOS:**

Constitución Española, arts. 18.3 y 24.2.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16.1, 29, 368, 369 y 370.3.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 282 bis.

**PONENTE:**

*Don Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.*

**SENTENCIA**



En la Villa de Madrid, a seis de Noviembre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, de fecha 10 de diciembre de 2012 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes Carmelo , representado por el Sr. Fernández Estrada; Erasmo , representado por la Sra. Blanca Murillo de la Cuadra; Gustavo , representado por la Sra. Blanca Murillo de la Cuadra; Laureano , representado por la Sra. Esteban Gutiérrez; Rafael , representado por el Procurador Sr. Sandeogracias López; Jose Luis , representado por la Sra. Martínez Bueno, Elias , representado por el procurador Sr. Rico Maesso; Juan Manuel , representado por la Sra. Aroca Flórez; Felicísima en representación de su hija menor Maribel , representada por el procurador Sr. Lago Pato. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

## **I. ANTECEDENTES**

### **Primero.**

El Juzgado Central de instrucción número 2 instruyó sumario 34/2010, por delitos contra la salud pública contra Carmelo , Erasmo , Gustavo , Laureano , Rafael , Jose Luis , Elias , Juan Manuel , Felicísima en representación de su hija menor Maribel y, concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, cuya Sección Primera dictó sentencia en fecha 10 de diciembre de 2012 con los siguientes hechos probados:

"1.- D. Carmelo contactó en febrero de 2009 con una persona que se le presentó como Jenaro , ignoraba que se trataba de un policía nacional, número de carné profesional NUM006 -, al que confió que importaba cocaína y buscaba una vía de entrada por la aduana de un puerto de España. Meses después volvió a llamarle y, con el mismo fin, se reunieron en Madrid en tres ocasiones en agosto y septiembre junto a D. Jose Luis ; éste se presentaba como representante de una organización gallega, hablaban del tráfico e introducción de droga, pero no llegaron a hacerle una propuesta concreta.

2.- El 11 de febrero de 2010, a propuesta del Sr. Carmelo , el policía nacional -que había sido autorizado para intervenir como agente encubierto por el Juez Central de Instrucción num. 2 en auto de 7.9.2009- se reunió con él y con D. Laureano , D. Rafael y D. Erasmo . Le manifestaron al agente que iban a transportar, oculto en un contenedor de polipropileno, 200 kilogramos de cocaína que ya habían adquirido en Colombia, sería una primera operación exploratoria. Necesitaban que el agente, a quien creían un particular con contactos en las aduanas, les facilitara el acceso por el puerto de Algeciras; ellos tenían arreglado en el punto de embarque, en Cartagena de Indias, Colombia, la salida de la droga. Días después, Carmelo le



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

entregó 25 mil euros como pago anticipado por el servicio, quedándose él con otros 25 mil; el dinero procedía de los tres citados, Laureano , Rafael y Erasmo .

3.- Laureano , Rafael y Erasmo adquirieron una sociedad constituida e inactiva para dar apariencia comercial a la importación internacional de contenedores con polipropileno, llamada Énfasis Inversor SL. Pusieron como administrador único a D. Alejandro , que también se prestó a figurar nominalmente como arrendatario de la nave que alquilaron para recepcionar la mercancía, sita en Alovera, Guadalajara, calle Travesía de la Barca num. 34.

No consta que Maximiliano tuviera conocimiento de que intervenía en una operación de tráfico de estupefacientes.

4.- Laureano , Rafael y Erasmo importaron tres contenedores de polipropileno de alta densidad (un polímero termoplástico), que partieron de Cartagena de Indias el 18 de marzo de 2009, llegando a Algeciras el 2 y 8 de abril siguiente.

En el interior de un contenedor se ocultaban paquetes con la sustancia estupefaciente, en total 261.208 gramos de cocaína con una pureza media del 75,3% y un valor en mercado de 8.609.955 euros.

5.- Siguiendo la información del agente encubierto, de modo controlado, los investigadores policiales retiraron dos contenedores y entregaron la partida de cocaína a los tres mencionados en Alovera. Para ello, dos agentes de policía nacional (números NUM000 y NUM001 , habilitados por el Juez para actuar como encubiertos) se personaron en el puerto de Algeciras conduciendo cada uno un camión; previamente se reunieron en un establecimiento de la ciudad con D. Elias , que seguía instrucciones de Laureano , Rafael y Erasmo , quien les facilitó la documentación de los contenedores. Los dos agentes, al volante de los camiones y una vez cargada la mercancía, se trasladaron a Alovera siendo acompañados y vigilados por Elias que se desplazaba en un vehículo Audi A3 matrícula .... HWL , de su propiedad. Al llegar a destino depositaron los dos contenedores en la nave, donde aguardaban para hacer la recepción D. Juan Manuel , D. Antonio y una persona que se encuentra en rebeldía.

Elias , Juan Manuel y Antonio fueron detenidos en la nave. Antonio , fallecido en el íterin, utilizaba un Volvo S40 matrícula F .... FM y llevaba encima 8.562 euros, para el pago de parte del servicio de transporte de la droga. Elias tenía 1.650 euros y Pablo Jesús 961 euros.

6.- D. Juan Manuel había viajado hasta allí desde Asturias en una furgoneta Mercedes Vito matrícula .... VSS , con la intención de recoger la droga, o parte de ella, y transportarla. En un compartimento oculto en la parte trasera del coche escondía una pistola marca Glock, modelo



17, número NUM002 , recamarada para cartuchos del 9 mm., con el número de serie borrado y en su lugar otro burdamente estampado, el arma se hallaba en estado de funcionamiento; carecía de licencia para su tenencia y porte.

7.- Laureano , Rafael y Erasmo seguían el transporte de la cocaína desde una vivienda de Navalagamella ( URBANIZACIÓN000 , CALLE000 , NUM003 , en Madrid), que habían alquilado para ese fin. Se habían instalado en la casa la noche del 8 de abril los tres mencionados, el agente encubierto, Carmelo y Gustavo . Éste acompañaba a Laureano que le había contratado para que le prestara seguridad en la recepción de la droga. Aquella misma madrugada Rafael y Juan Manuel habían viajado a Asturias y traído 589.915 euros para efectuar el pago del servicio de paso de la aduana y transporte hasta la nave, algo que verificaron una vez que la mercancía ilegal había salido del puerto de Algeciras.

La mañana del 9 de abril todos ellos fueron detenidos en la casa, y el dinero fue intervenido. Erasmo llevaba 880 euros, Gustavo 725 euros, Laureano 50 euros y Rafael 20.592 euros. Les fueron ocupados los vehículos: Audi Q7 matrícula 1443-FYF y Mercedes 2467 FGB, cuya titularidad formal era de una sociedad denominada North West Gest, utilizada de pantalla por su usuario habitual Don. Rafael , y un Opel Astra .... YGX propiedad de Carmelo .

8.- Se registró el domicilio de Ruperto en Liencres, apartamento Jose Luis en Liencres, apartamento NUM004 del BARRIO000 , hallándose en el frigorífico 895,1 gramos de anfetamina y una balanza de precisión, destinada la sustancia a su posterior venta.

9.- No se conocen los acuerdos existentes entre Laureano , Rafael y Erasmo , para la repartición de la droga, ni si habían ejecutado juntos otras operaciones de importación de estupefacientes.

10.- El Sr. Laureano solicitó atención por consumo de cocaína en octubre de 2011, iniciando un tratamiento que abandonó en marzo siguiente.

### **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"1.- CONDENAMOS a D. Rafael y a D. Erasmo como autores de un delito de TRÁFICO de DROGAS de sustancia que causa grave daño a la salud de extrema gravedad a las penas de 8 AÑOS de PRISIÓN y MULTA de 8.609.955 euros, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Abonarán una onceava parte de las costas causadas.



2.- CONDENAMOS a D. Laureano como autor de un delito de TRÁFICO de DROGAS de sustancia que causa grave daño a la salud de extrema gravedad a las penas de 8 AÑOS de PRISIÓN y MULTA de 4.300.000 euros, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Abonará una onceava parte de las costas causadas.

3.- CONDENAMOS a D. Carmelo como autor de un delito de TRÁFICO de DROGAS de sustancia que causa grave daño a la salud de extrema gravedad a las penas de 7 AÑOS de PRISIÓN y MULTA de 8.609.955 euros, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Abonará una onceava parte de las costas causadas.

4.- CONDENAMOS a D. Elias como autor de un delito de TRÁFICO de DROGAS de sustancia que causa grave daño a la salud de extrema gravedad a las penas de 6 AÑOS y un día de PRISIÓN y MULTA de 8.609.955 euros, con

5.- CONDENAMOS a D. Juan Manuel como autor de un delito de TRÁFICO de DROGAS de sustancia que causa grave daño a la salud de extrema gravedad a las penas de 6 AÑOS de PRISIÓN y MULTA de 8.609.955 euros, y como autor de un delito de TENENCIA ILÍCITA de ARMAS a la pena de 2 AÑOS de PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena, como accesoria en ambos delitos. Abonará dos onceavas parte de las costas causadas.

6.- CONDENAMOS a D. Gustavo como cómplice de un delito de TRÁFICO de DROGAS de sustancia que causa grave daño a la salud de extrema gravedad a las penas de 3 AÑOS y un día de PRISIÓN y MULTA de 4.304.980 euros, con arresto sustitutorio en caso de impago de 2 meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Abonará una onceava parte de las costas causadas cada uno.

7.- CONDENAMOS a D. Jose Luis como autor de un delito de TRÁFICO de DROGAS de sustancia que causa grave daño a la salud a las penas de 3 AÑOS de PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA de 5.957 euros, con arresto sustitutorio en caso de impago de 30 días, y le ABSOLVEMOS del delito contra la salud pública por tráfico de sustancia que causa grave daño a la salud de extrema gravedad por el que había sido acusado. Abonará una onceava parte de las costas causadas, declarándose de oficio otra onceava parte.

8.- ABSOLVEMOS a D. Maximiliano del delito de tráfico de drogas por el que fue acusado, declarando de oficio las costas causadas a su instancia.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

9.- Se decomisan los vehículos siguientes: Audi A3 matrícula .... HWL propiedad de Elias , Audi Q7 matrícula 1443-FYF y Mercedes 2467 FGB, titularidad de North West Gestion SL, Opel Astra .... YGX propiedad de Carmelo y propiedad de Antonio un Volvo S40 matrícula F .... FM . También se decomisa la pistola Glock, así como el dinero y los teléfonos móviles que les fueron intervenidos a los condenados en su detención o en el registro de sus viviendas, incluido el que portaba el Sr. Anton (8.562 euros).

Se levantan las medidas cautelares personales y reales decretadas durante la instrucción contra el acusado Alejandro que resulta absuelto.

Para el cumplimiento de las penas de prisión se le abonará a los dos condenados el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa, si no le hubieran sido abonados ya en otros procedimientos.

Notifíquese esta resolución a las partes y a los interesados, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellos frente a la misma, en concreto de su derecho al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, previa preparación del mismo ante este órgano en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación.

Se recabarán del Juzgado Instructor las piezas de responsabilidad civil para su conclusión.

#### **Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon sendos recursos de casación 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 el recurso.

#### **Cuarto.**

La representación del recurrente Carmelo basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.

Al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Segundo.

Al amparo del art. LOPJ por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE .





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Tercero.

Al amparo del artículo 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida de los artículos 368 y 369 en relación con el artículo 16.1 CP .

**Quinto.**

La representación del recurrente Erasmo basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.

Al amparo del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Segundo.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de enjuiciamiento Criminal por infracción del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE .

Tercero.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la Tutela Judicial Efectiva del artículo 24.1 CE ., en relación con el artículo 66 CP .

**Sexto.**

La representación del recurrente Gustavo basa su recurso en los siguientes motivos:

Primero.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE por estar las pruebas de cargo obtenidas ilícitamente mediante la inducción a un delito provocado.

Segundo.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE .

Tercero.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Al amparo del artículo 852 de la Ley de enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del artículo 24.1 y 2 CE al tratarse los hechos de una tentativa inidónea.

Cuarto.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE .

**Séptimo.**

La representación del recurrente Laureano basa su recurso en los siguientes motivos:

Primero.

Al amparo del artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE .

Segundo.

Al amparo del artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho de defensa del artículo 24.2 CE .

**Octavo.**

La representación del recurrente Rafael basa su recurso en los siguientes motivos:

Primero.

Al amparo del artículo 849-1º por aplicación indebida de los artículos 368 y 370.3 del CP .

Segundo.

Al amparo del artículo 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE en relación con el artículo 11 de la LOPJ

Tercero.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE y al derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE .

**Noveno.**





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

La representación del recurrente Jose Luis basa su recurso en los siguientes motivos:

Primero.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE .

Segundo.

Al amparo del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE .

**Décimo.**

La representación del recurrente Elias basa su recurso en los siguientes motivos:

Primero.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a ser informado de la acusación y del principio acusatorio.

Segundo.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 24.2 CE al haberse obtenido todas las pruebas ilícitamente al ser fruto de un delito provocado.

Tercero.

Al amparo del artículo 894-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 29 CP .

**Undécimo.**

La representación del recurrente Juan Manuel basa su recurso en los siguientes motivos:

Primero.

Al amparo del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE .

Segundo.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Al amparo del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal por delito provocado con vulneración de las garantías constitucionales.

Tercero.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración constitucional por falta de incorporación del informe de sanidad al Plenario.

Cuarto.

Al amparo del artículo 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 368 CP .

Quinto.

Al amparo del artículo 849-2º Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la valoración de las pruebas.

Sexto.

Al amparo del artículo 850-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal por denegación de diligencia de prueba.

Séptimo.

Al amparo del artículo 851-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal por existir contradicción en los hechos que se declaran probados.

**Duodécimo.**

La representación de Felicísima en representación de su hija menor Maribel , basa su recurso en los siguientes motivos:

Primero.

Al amparo del artículo 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 127.4 del CP .

Segundo.

Al amparo del artículo 849-2º Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la valoración de las pruebas.



Tercero.

Al amparo del artículo 851-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Cuarto.

Desistido

Quinto.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración de los artículos 24.1 y 2 y 25.1 CE al haberse producido indefensión e infracción del derecho a la presunción de inocencia.

**Decimotercero.**

Instruido el Ministerio fiscal interesó la inadmisión del recurso, desestimando todos los motivos; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**Decimocuarto.**

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 30 de octubre de 2013.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

*Recurso de Carmelo*

**Primero.**

Invocando el art. 5,4 LOPJ se ha denunciado vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, por lo que se solicita la nulidad de todo lo actuado, por no haberse respetado las reglas del art. 282 bis Lecrim , que rigen en la materia. El argumento es que la actuación del agente encubierto que intervino en la causa se produjo con anterioridad, fuera y al margen del auto habitante, de 7 de septiembre de 2009, del Juez Central de Instrucción n.º 2; y que aquel, al obrar así, lo hizo, en realidad, como agente provocador del delito. En apoyo de estas afirmaciones se señala el informe policial de 1 de septiembre (folios 2-6 del sumario), en el que se habla del sujeto que facilitaría la entrada del contenedor con la droga (en realidad el agente encubierto) denotando con ello que el mismo estaba ya manteniendo relaciones con los implicados en esa operación; algo que también haría evidente el contenido de una nota (folio



250 de la pieza separada de agente encubierto) y del propio relato de los hechos en la sentencia; datos -se dice- ocultados al instructor. Se subraya también que el propio funcionario infiltrado dijo en el juicio haber mantenido dos encuentros anteriores al auto de referencia, el 14 de febrero y el 20 de agosto, siempre de 2009. Asimismo se hace hincapié en la circunstancia de que utilizó otros teléfonos, además de aquel cuya intervención fue autorizada por el instructor; y en que el agente se valió de un confidente, conocido como Ganso , que le habría facilitado el contacto con los investigados, nunca identificado y tampoco llevado al juicio.

Se cuestiona, además, el tratamiento dado por la sala de instancia a estas objeciones, ya planteadas en otro momento del trámite, del que, se dice, resultaría cierta infravaloración de lo aportado por el agente de que se trata, cuando lo cierto es que habría sido quien hizo posible la entrada de la cocaína por la aduana, algo fundamental, como lo acredita la circunstancia de que, para compensar esa aportación, se convino un pago de 600.000 euros; lo que sugeriría, más bien, que el delito no habría llegado a cometerse de no haber mediado la contribución de ese funcionario.

Se argumenta también en el sentido de que el auto de 7 de septiembre no se ajusta a los requisitos previstos para legitimar la injerencia; que tampoco se habrían observado en la elaboración del informe que precede a la resolución autorizante, que, por eso, no los considera de forma expresa.

La primera objeción no es atendible porque, de seguirse a la letra, haría ilegítima, incluso imposible, cualquier actuación de las que permite el art. 282 bis Lecrim . En efecto, pues el precepto habla de investigaciones relativas a la delincuencia organizada, esto es, de indagaciones policiales, obviamente ya en marcha, generadoras de una información de cierta calidad y, por eso, apta para hacer pertinente y dotar de fundamento el recurso a la medida que se considera; que, es obvio, por su carácter extraordinario, solo podría adoptarse a la vista de datos de evidente consistencia. Por lo demás, las actividades criminales de que se trata, por su particular envergadura y complejidad, tienen ritmos y tiempos que pueden dilatarse a lo largo de meses, como habría sido el caso; que demandan un seguimiento previo, al objeto de contrastar los datos obtenidos y con el fin de evitar actuaciones precipitadas.

Por eso, cuestionar la existencia de investigaciones previas a la entrada en acción del agente encubierto como tal, y, al mismo tiempo, pedir que su habilitación cuente con apoyo en elementos de juicio dotados de suficiente base empírica para dar racionalidad a la medida, tiene algo de contradictorio.



En el caso, no cabe duda, los propios datos aportados ahora por el recurrente y que constan en las actuaciones, permiten advertir que quien luego se convertiría en agente encubierto, venía actuando durante algunos meses, antes de recibir esta investidura judicial conforme a la ley; es decir, ejerciendo, pura y simplemente, un cometido propio de policía, que podría muy bien haber tenido otro desenlace, de haber sido también otro el curso de las acciones objeto de investigación. Y lo cierto es que lo que consta al respecto no sugiere la existencia de ninguna incorrección. Y, no solo, sino que, a tenor de todo lo que ahora se sabe, cabe hablar más bien de un comportamiento regular, pues desembocó en la solicitud de esa especial cobertura judicial, justo cuando el desarrollo de los acontecimientos iba a exigir del agente una mayor y más delicada implicación en ellos.

Tampoco el reproche del uso de algún otro aparato telefónico (aparte del intervenido por orden judicial) es digno de consideración, si, como ciertamente ocurrió, las comunicaciones relevantes para la causa discurrieron a través del señalado al instructor.

La sala de instancia ha rechazado con razón el calificativo de agente provocador para el agente infiltrado. Y es que, como resulta entre otras de la STS 1166/2009, de 19 de noviembre, la provocación delictiva es una inducción engañosa, que supone generar en otro el propósito de delinquir; lo que no se da cuando este, es decir, el sujeto investigado es el dueño de la iniciativa criminal, al haber tomado por su cuenta la decisión de llevar a cabo una acción penalmente antijurídica.

Y, en contra de lo que se sostiene, el modo de discurrir del tribunal de instancia, está lejos de banalizar la significación de lo aportado por el agente, pues lo que hace -saliendo al paso de la pretensión de convertirle en provocador, inductor, por tanto, del delito- es situar tal contribución en su contexto real: esto es, el de una operación que presuponía cuantiosa financiación; el eficaz contacto con proveedores de una sustancia ilegal de alto precio, ubicados en otro continente y no accesibles a cualquiera; la disposición de costosos medios de transporte y personal de confianza; operación a la que, al fin, aquel habría prestado su concurso, concretamente, en el paso del filtro aduanero. En este punto, concurre, además, la particularidad con la que se argumenta en la sentencia, de que el control de la aduana tampoco podría considerarse tan infranqueable como para concluir que, de no ser por la colaboración del agente, habría resultado imposible llevar a buen término la importación. Que es como decir que no todas las que se consuman con éxito (que, sabido es, no son pocas) obtienen ese resultado debido a la implicación en ellas de un agente policial, que es lo único que permitiría conferir a esta un carácter por completo determinante, que no tuvo.



Se ha puesto en cuestión también el modo como fue autorizada la primera intervención telefónica. Y bien, es cierto que el oficio con el que se abre el sumario no es en sí mismo muy expresivo; como tampoco el informe del fiscal, que no pasa de ser un acto meramente burocrático por falta de contenido concreto; e incluso el auto del juzgado, más bien rutinario. Pero ocurre que estos están íntimamente ligados (también por razón de las fechas) al oficio inicial de la pieza separada de agente encubierto, notablemente más expresivo en su contenido de datos, pues en el se informa al instructor de que lo sabido hasta la fecha y que se le traslada, es fruto de la investigación en curso llevada a cabo por el agente de reiterada referencia, para el que se pide el estatus legal previsto en el art. 282 bis Lecrim , incluyendo la solicitud de intervención de su teléfono como instrumento también de la propia investigación. El auto del juzgado que sigue no es ciertamente modélico, pero remite al antecedente a que acaba de aludirse, en aplicación de una jurisprudencia consolidada, del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda, que autoriza este modo de proceder, ciertamente no ideal.

Según jurisprudencia, asimismo consolidada, de este tribunal (por todas STS 39/2012, de 10 de mayo ), la figura del agente encubierto se distingue porque el que actúa como tal no crea las condiciones materiales del delito ni induce a ejecutarlo, sino que, sabiendo por un medio legítimo que está en curso de realización y podría llegar a cometerse, actuando con autorización judicial al efecto, se infiltra en el grupo criminal, mimetizándose dentro del mismo con alguna contribución accesoria, no determinante, para neutralizarlo y propiciar la detención de sus componentes. Tal es el papel desempeñado por el funcionario policial tantas veces aludido, cuya aportación, no irrelevante, se inscribió en el curso de un articulado complejo de actuaciones precedentes, ajenas a su iniciativa, en cuanto debidas a otros sujetos, precisamente los que podría decirse, dueños del negocio criminal. Es lo que hace que el motivo no pueda estimarse.

#### **Segundo.**

Por el mismo cauce que en el caso anterior, se ha alegado vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones ( art. 18,3 CE ). El argumento es que constaría la interceptación de las producidas a través del teléfono de uno de los investigados (de n.º NUM005 ), llevada a cabo con anterioridad a la primera autorización. Y ello, se dice, porque consta transcrito (folio1357) un mensaje de Jose Luis a Carmelo de 2 de diciembre de 2009, cuando la escucha habría sido solicitada un día posterior y el auto habilitante es del 10 del mismo mes.

También se ha objetado que el juzgado no contó con las notas informativas del agente encubierto hasta el mes de abril de 2010, cuando se desactivó la operación, de todo lo que -se concluye- debería seguirse la nulidad de las actuaciones.





Este último dato, es decir, el del incumplimiento del aspecto de la decisión judicial relativo a la prontitud en la aportación al juzgado de las informaciones relativas al desarrollo de la actividad del agente encubierto, constituye, sin duda, una irregularidad. Sin embargo, no puede decirse que la misma sea constitucionalmente relevante ni que se haya traducido en la vulneración concreta de algún derecho fundamental. Desde luego el recurrente no lo acredita, y ni siquiera lo afirma, de ahí que la omisión no pueda tener la trascendencia que ha querido atribuírsele.

En cuanto a la interceptación, basta con tomar en consideración la advertencia del fiscal, en el sentido de que la lectura de la sentencia permite advertir que ninguno de los elementos relevantes de carácter incriminatorio tuvo como fuente, no ya esa la injerencia concreta a la que se alude, sino ni siquiera el conjunto de todas las realizadas como tales. Lo que, por otra parte, se entiende, pues el seguimiento de las vicisitudes de la importación de cocaína correspondió en este caso al agente encubierto, y fue fruto de su actuación, legítima, como se ha dicho.

### **Tercero.**

Al amparo del art. 849,1º Lecrim , se ha objetado la aplicación de los arts. 368 y 369 y 16,1º Cpenal , como indebida. El argumento es que el recurrente no participó en las labores preparatorias del envío de la droga que transportaba ni tuvo la disponibilidad de la misma, que consta iba destinada a terceros; era intermediario y la droga no era suya, por lo que su intervención tendría que haber sido valorada como constitutiva, en todo caso, de tentativa del delito.

El recurrente hace protesta de respeto de los hechos probados, condición indispensable para que el motivo a examen, de infracción de ley, pudiera prosperar. Pero lo cierto es que no es tal como dice.

En efecto, pues en el relato de la sala Carmelo aparece ya al principio y no como un simple auxiliar, sino gestionando en primera persona aspectos relevantes de la logística de la operación, en concreto el paso de la aduana. Pues fue quien en febrero de 2009 entró en relación con el agente encubierto, y mantuvo con el ulteriores contactos, entregándole, además 25.000 euros como anticipo del pago de sus servicios. Pero no solo, pues Carmelo fue detenido en la casa de Navalagamella, donde con Laureano , Rafael y Erasmo seguía muy de cerca el desarrollo del transporte, es decir, del último tramo de la operación ilegal.

De estos datos, probatoriamente bien acreditados, se sigue una presencia permanente, de principio a fin, de Carmelo en el curso de la operación. Nada que ver, por tanto, con lo



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

pretendido en el desarrollo del motivo; y que está bien lejos de la implicación marginal y accesoria que se le atribuye.

Falla pues el punto de partida, la premisa del razonamiento que vertebra el motivo, y, con ello, resulta lógicamente imposible acoger la conclusión a la que, inútilmente, trataría de llegarse. De este modo, el motivo es inatendible.

*Recurso de Laureano*

**Primero.**

Invocando el art. 5,4 LOPJ se ha alegado vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Esta conclusión se asienta en la triple afirmación de la nulidad de la solicitud policial, de la nulidad de los autos autorizantes, por ser mera remisión a los oficios policiales, con la consiguiente ausencia de control judicial; y de la irregularidad en la obtención de los números de los teléfonos interceptados.

Entrando en detalle, se argumenta que se ocultó al instructor que, en el momento de solicitud de la habilitación de agente encubierto, había ya una investigación en marcha, por lo que, es la conclusión, esta investigación se habría realizado al margen de la ley. Se postula, además, la irregularidad en la obtención de los números telefónicos, en particular, porque la fuente habría sido un agente actuando de forma ilegal, por lo que antes se dice. Sobre la falta de control judicial, se razona al entender que la habría hecho imposible la carencia de datos objetivos en poder del instructor; y también la circunstancia de que este, al decidir sobre las prórrogas, no tuvo nunca a su disposición las grabaciones íntegras con el resultado de las escuchas.

A estas consideraciones se añade un extenso catálogo de referencias jurisprudenciales.

Pues bien, se trata de objeciones que ya han sido consideradas; lo que obliga a reiterar que la actuación policial precedente a la aplicación del art. 282 bis Lecrim no puede considerarse ilegítima. Que el instructor sí tuvo a su disposición datos susceptibles de consideración, que pudo -por la complementariedad de los dos autos a los que ya se ha aludido- saber eran fruto de la investigación del funcionario que pasaría a ser agente encubierto. Que, en fin, esta sala ha dicho en diversidad de ocasiones, que para la tacha de ilegitimidad del modo de obtención de un número de teléfono, no basta una simple afirmación al respecto, sino que sería precisa la aportación de indicios aptos para dotar a la objeción de un mínimo de fundamento. Y en este caso, además, se da la circunstancia de que existen las mejores razones para concluir que,



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

precisamente, el policía de que se trata pudo tener acceso directo a esa información, a través de sus relaciones con los investigados.

En definitiva, el motivo tiene que rechazarse.

#### **Segundo.**

Con apoyo en el art. 5,4 LOPJ se ha aducido la existencia de vulneración del derecho de defensa, del art. 24,2 CE . En apoyo de esta afirmación, se insiste en la falta de datos aptos para avalar la intervención del agente encubierto, por que, se dice, no concurrieron indicios bastante para recurrir a este medio, y la correspondiente decisión judicial se adoptó sin haber tomado en consideración el carácter excepcional o subsidiario de la medida, ni la calidad de la actuación investigada, y con un déficit, por tanto, de motivación.

Se insiste, además, en el dato de que el agente encubierto, una vez dotado de este estatuto, tendría que haber informado puntualmente al instructor de sus actuaciones y no lo hizo.

Finalmente, se denuncia la vulneración del principio acusatorio, con el argumento de que, en sus conclusiones definitivas, el fiscal postuló la aplicación de la atenuante analógica de arrepentimiento a este acusado, con una reducción a ocho años de la pena solicitada; pero el tribunal de instancia, luego de haber entendido que no concurría el subtipo agravado de organización, le impuso la condena de seis años y un día de prisión, sin estimar la atenuante, que, se dice, tendría que haber sido apreciada, con el resultado de llevar la pena a un marco situado entre tres y seis años de privación de libertad.

El primer aspecto del motivo ya ha sido examinado al tratar del anterior recurso, y basta remitirse a lo resuelto.

Por lo que hace a la segunda parte de su desarrollo, hay que decir que cuenta con el apoyo del fiscal. Apoyo parcial, porque este, de acuerdo con la objeción, no lo está, sin embargo, en lo relativo al cálculo de la pena. Y es que el fiscal que intervino en el juicio solicitó para este acusado (y para Trabanco) la estimación de la atenuante analógica simple de arrepentimiento y la imposición de una pena de ocho años. La renuncia por la sala a aplicar la agravante de organización situó el arco de la aplicable (a tenor de lo dispuesto en los arts. 368 , 369,5 y 370,3 Cpenal ) entre seis y nueve años, imponiendo a este recurrente la de ocho años; cuando sucede que la apreciación de aquella circunstancia ( art. 66,1ª Cpenal ) tendría que haberse concretado en la opción por una pena situada en la mitad inferior, que es la comprendida entre seis años y siete años y seis meses. El fiscal se decanta ahora por la máxima de esa mitad inferior.



Esta sala, en la sentencia n.º 1028/2009 , recordaba que sobre los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa, en relación con el principio acusatorio en el ámbito de los juicios penales el Tribunal Constitucional en su sentencia 347/3006, de 11 de diciembre, argumenta que "nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio". A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas ( SSTC 12/1981, de 12 de abril ; 104/1986, de 17 de julio ; 225/1997, de 15 de diciembre ; 4/2002, de 14 de enero ; 228/2002, de 9 de diciembre ; y 33/2003, de 13 de diciembre ) .

Y, al respecto, y en relación con un supuesto como el suscitado, en sentencias como las de nº 348/2011, de 25 de abril y 968/2009, de 21 de octubre , ha resuelto que "la inaplicación en sentencia de circunstancias atenuantes y/o eximentes incompletas, postuladas por las acusaciones, vulnera el principio acusatorio y también el derecho de defensa.

Es claro, pues, que la acusación fija el techo de la condena, y que, del mismo modo que no podría condenarse ante una solicitud de absolución por parte del acusador, tampoco la condena puede ir más allá de lo que el mismo pida, en ningún caso. Y esto, en el supuesto que se examina obligaba a la estimación de la atenuante. Obviamente, con las consecuencias que legalmente resulten en el plano de la penalidad.

Y en este sentido tiene que estimarse el motivo.

#### *Recurso de Rafael*

#### **Primero.**

Al amparo del art. 849,1º Lecrim se ha denunciado como indebida la aplicación de los arts. 368 y 370,3 Cpenal . La objeción es que el cometido habría sido un delito provocado, y que, por ello, los hechos no son susceptibles de subsumirse en esos preceptos. En apoyo de esta afirmación, se transcribe el contenido de conversaciones entre el confidente Ganso y Carmelo y el que luego sería agente encubierto, de las que, a juicio del recurrente, se seguiría la existencia de una inducción a delinquir o una provocación al delito. Se señala también la existencia de un tráfico de llamadas entre el agente y Carmelo , anterior a la judicialización de la investigación, a través de un teléfono no controlado judicialmente.

Lo primero que importa señalar es que el motivo, de infracción de ley, se ha utilizado indebidamente para cuestionar los hechos, de los que, en rigor, tendría que haber partido;



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

pues lo denunciado no es un defecto de subsunción, sino un tratamiento inadecuado del material probatorio por parte de la sala de instancia.

Ahora bien, situados en este plano, hay que decir que las objeciones ya han sido consideradas, en el sentido de que la existencia de una actividad de investigación previa a la solicitud de aplicación del art. 282 bis Lecrim , no conlleva por esto solo un estigma de ilegitimidad; y en el de que la imputación de delito provocado no se sostiene, ya que supondría la puesta a cargo del funcionario policial de todo un cúmulo de actividades, cuya complejidad se ha señalado, que fueron de la exclusiva responsabilidad de quienes las pusieron el juego, en virtud de una decisión autónoma, para cuya ejecución solo se habría reclamado de este último la aportación consistente en facilitar el paso de la aduana.

Por tanto, con reenvío a las consideraciones sobre ambos asuntos, que ya se han hecho, el motivo tiene que desestimarse.

#### **Segundo.**

Con apoyo en el art. 849,1º Lecrim , se ha denunciado la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. El argumento es que el tribunal validó la intervención del agente encubierto, a pesar de que los autos habilitantes fueron dictados con posterioridad a sus primeras intervenciones, y sin que conste la autorización para la actuación específica que dio lugar a esta causa.

Es claro que se trata de una simple reiteración de objeciones ya examinadas, de modo que basta remitirse a lo resuelto.

#### **Tercero.**

Por la vía de los arts. 852 Lecrim y 5,4 LOPJ , se ha objetado la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del derecho al secreto de las comunicaciones y del derecho a la tutela judicial efectiva.

En apoyo de esta afirmación, aparte la cita de alguna jurisprudencia, se abunda en el cuestionamiento del auto que dio lugar a las primeras interceptaciones telefónicas producidas en la causa. Es todo.

Siendo así, es claro que no se introduce ningún elemento nuevo que debiera considerarse, por lo que el motivo, por lo mismo que otros de idéntico tenor ya examinados, tiene que rechazarse.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

*Recurso de Gustavo*

**Primero.**

Invocando los arts. 849,1 º y 852 Lecrim , se ha alegado vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El argumento es que lo producido habría sido un delito provocado, al no haberse dado los presupuestos legales de la medida que autoriza el art. 282 bis Lecrim ; por falta de autorización judicial al respecto; y por la ilegitimidad radical de una causa seguida a partir de tales antecedentes, de un delito, se afirma, creado por las propias autoridades.

En cuanto a lo primero, se dice que el auto habilitante estuvo precedido de la simple afirmación de que existía una operación criminal en curso, sin datos de apoyo ni sustento de investigación al respecto; tampoco se acreditó mínimamente la existencia de una organización; no se informó al juzgado de la existencia de contactos que se remontaban a meses antes (febrero y agosto de 2009) de la solicitud de la habilitación.

Se subraya el retraso en la presentación de las notas informativas, lo que tendría que hacer dudar acerca del momento de su elaboración. Se reprocha también la existencia en poder del agente de teléfonos no sometidos a control judicial. Y la falta de información al juzgado sobre el confidente conocido como Ganso .

En realidad, el motivo reitera, en esencia, los mismos argumentos desgranados por el anterior recurrente en el primero de su escrito. Por tanto, bastará con remitirse a lo ya razonado al respecto, haciendo hincapié en la ausencia de ilegitimidad de la actuación que precedió a la emisión del auto habilitante; en el hecho de que los datos aportados al instructor, sugestivos de la existencia de una importante operación criminal en curso, no estaban ayunos de sustento, pues fueron acompañados de una precisa información sobre la fuente, el funcionario infiltrado, que tenía conocimiento directo de aquellos; en que, por todo, lo que hubo no fue una inducción al delito, sino la inserción de este último en el curso de una actividad que ya contaba con un alto grado de desarrollo, al margen y anterior a su implicación en la misma.

Es por lo que el motivo tiene que desestimarse.

**Segundo.**

El reproche, por el cauce de los arts. 849,1 º y 852 Lecrim , es de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, que tendría que haber determinado la declaración de nulidad de las pruebas obtenidas a partir de las intervenciones telefónicas. En concreto, se denuncia la falta de motivación del auto autorizante de la primera de aquellas, y se sugiere que se adoptó





la medida sin respeto de las exigencias de judicialidad, excepcionalidad, proporcionalidad. Y en apoyo de esta triple afirmación se cita, extensamente, jurisprudencia consolidada en la materia.

También en este caso se trata de una objeción ya planteada y que lo ha sido con muy parecido soporte argumental. Por eso, de nuevo, basta con remitirse a lo resuelto, sin que importe insistir en que lo aportado al juzgado fueron datos que tenían como soporte una precisa investigación en curso, de la que se dio cuenta al instructor. Es decir, al contrario de lo que a veces sucede, cuando lo ofrecido son informaciones evanescentes y sin el preciso sustento de una indagación policial suficientemente identificada e identificable, en este caso se trató de aportaciones de primera mano, fruto de la actuación, legítima de un concreto agente, según se ha explicado.

Como también se ha dicho, no existe inconveniente en aceptar que los autos del juzgado pecaron de esquematismo, pero no así de falta de datos de soporte, ya que estos figuran con detalle bastante en los dos informes policiales (el primero de la causa y el primero de la pieza separada) perfectamente complementarios y entregados de forma simultánea al instructor, que, por eso, resolvió con conocimiento de causa. Cierto es que remitiéndose a aquellos, modo de proceder que no es el más correcto, pero reiteradamente asumido, como bien se sabe, y ya se ha dicho, por jurisprudencia muy consolidada de todas las instancias, la constitucional incluida.

En definitiva, y por todo, el motivo no puede acogerse.

### **Tercero.**

Por idéntica vía que en los dos motivos precedentes, se aduce ahora vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la presunción de inocencia. El argumento es que el segmento de los hechos puesto a cargo del recurrente tendría que haber sido tratado como tentativa inidónea o delito imposible.

No obstante el enunciado, el motivo es en realidad de infracción de ley, y, como tal, solo apto para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción de los hechos en un precepto penal.

Del relato de la sala se desprende que Gustavo estaba presente en la vivienda de Navalagamella, desde donde se hacía el seguimiento del último tramo de la operación, y, precisamente, en compañía de los principales responsables. También resulta que su



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

aportación iba a consistir en prestar un servicio de seguridad, para garantizar que aquella llegase a buen fin.

De estos datos y del de que Gustavo participó en las reuniones mantenidas el día antes de las detenciones, la sala infiere razonablemente, una implicación en los hechos, marginal en el contexto, pero no irrelevante como se pretende.

Esta sala ha visto tentativa inidónea o delito imposible en los supuestos de absoluta falta de aptitud de la conducta para producir o contribuir al resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que pudiera tratarse ( SSTS 1000/1999, de 21 de junio y 1114/2009, de 12 de noviembre ). Y no es el caso, pues la actuación que el recurrente iba a desempeñar, consistente en dar cobertura de seguridad a la operación en curso, era perfectamente funcional al aseguramiento del resultado pretendido; y, en tal sentido, constitutiva de una contribución relevante.

Así lo entendió, con toda corrección, el tribunal de instancia, que también supo graduar la respuesta penal a las peculiaridades de tal aportación.

#### **Cuarto.**

También al amparo de los arts. 849,1 º y 852 Lecrim , se ha alegado ahora vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Al respecto se objeta que no se halló ninguna droga en poder del recurrente; que no fue visto en ningún momento anterior al de su detención; que no fue objeto de ninguna investigación ni seguimiento; que no consta se le hubiera practicado ninguna intervención telefónica; que el agente encubierto dijo que de el solo se habló en relación con el traslado y recogida de los contenedores; que el propio Gustavo manifestó que ese día se quedó en la vivienda de Navalagamella por una invitación.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito. Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciara, para que resulte atendible la conclusión incriminatoria, según jurisprudencia asimismo muy conocida es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa, y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente. Hay que ver si el



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

tratamiento de los datos del cuadro probatorio relativos al recurrente se ajusta o no a ese canon. Y la respuesta es que sí.

En efecto, pues como ya se ha anticipado al examinar el motivo anterior, referido asimismo al derecho a la presunción de inocencia, la presencia de Gustavo en la casa, en compañía de los principales implicados en la operación criminal, además, en el momento central, por conclusivo, de la misma, no pudo deberse a un motivo tan fútil como el pretendido. Pues, en términos de experiencia, resulta francamente increíble que el implicado en una actividad de tanto riesgo como la de referencia y, se insiste, en un momento tan crucial, dentro del desarrollo de la misma, hubiera ido a invitar a un "conocido" a estar presente, prácticamente como espectador.

Por el contrario, una presencia de ese género solo puede tener sentido en el contexto, por hallarse asociada de una manera funcional al objeto determinante de la reunión de todos los presentes en la casa. Tal es la conclusión a que ha llegado el tribunal y es de todo punto de vista inobjetable.

En consecuencia, este motivo, relacionado según se ha dicho con el anterior, debe correr la misma suerte.

*Recurso de Erasmó*

**Primero.**

Con apoyo en los arts. 849,1 º y 852 Lecrim , se ha denunciado vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El motivo reproduce el del mismo ordinal del escrito de Gustavo , de manera que tiene que darse por resuelto, en el mismo sentido.

**Segundo.**

Invocando los arts. 852 Lecrim y 5,4 LOPJ , se ha alegado la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. También este motivo es una reiteración del de idéntico ordinal del anterior recurrente, por lo que es obligado el reenvío a la decidido al respecto.

**Tercero.**

Asimismo por el cauce de los arts. 849,1 º y 852 Lecrim , se ha objetado la aplicación indebida del art. 66 Cpenal . El argumento es que en el caso de este acusado, puesto que no



concurrieron circunstancias atenuantes ni agravantes, tendría que haberse aplicado lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad de los hechos; y, no obstante, la sala se atuvo al segundo de estos dos criterios, sin tomar en consideración el primero, vulnerando de este modo, se dice, el derecho a la tutela judicial efectiva. Todo cuando, es la conclusión, ante la inexistencia de antecedentes judiciales y policiales tendría que haberse optado por la pena en su mínima extensión, imponiendo la de seis años y un día de prisión.

El examen de la sentencia en lo que se refiere al tratamiento de este extremo, permite comprobar que el tribunal ha seguido el criterio de distinguir entre los acusados según la calidad de sus aportaciones al delito. Y, en el caso de este recurrente, se ha atendido a su condición de importador de la sustancia, segmento de la acción criminal que, tomada en su conjunto, constituye realmente el núcleo central de la misma, y sugiere con total claridad que Erasmo estaba situado al mayor nivel de responsabilidad en el diseño y práctica de la operación.

Como se ha dicho al tratar de un motivo relativo a la pena, en el caso de otro recurrente, la sala en el de este tuvo que moverse también dentro de un arco comprendido entre los seis y los nueve años de privación de libertad, y optó, justificadamente, por la imposición de una de ocho años, de forma motivada, como se ha visto. La importancia de la cantidad de cocaína y el relieve de los medios puestos en juego confería a la conducta una particular gravedad, y, no obstante, la pena finalmente impuesta no lo ha sido en el máximo de la legalmente posible, que habría estado justificada, con lo que, implícita pero efectivamente, se ha dado satisfacción a la exigencia cuyo cumplimiento se reclama por medio de este motivo; que, por ello, tiene que desestimarse.

*Recurso de Elias*

**Primero.**

Invocando el art. 852 Lecrim, se argumenta con la existencia de un error de hecho, que habría conllevado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a ser informado de la acusación, con quebranto del principio acusatorio. Esto porque, se dice, el fiscal, en sus conclusiones definitivas solicitó para este acusado la aplicación de la atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo ( art. 21, 7ª y 5ª Cpenal ); no obstante lo cual el tribunal, que dejó de considerar el subtipo agravado de organización, condenando solo a tenor de los arts. 368, 369,5 y 370,3 Cpenal y, por eso, tendría que haber degradado la pena hasta imponer una



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

comprendida entre tres y seis años, no lo hizo, dejando la solicitud del acusador público sin reflejo en la sentencia.

El fiscal hace suya una parte de la objeción, pero entiende que la pena realmente impuesta podría haberlo sido también, incluso tomando en consideración la concurrencia de la atenuante analógica, por lo que interesa que se mantenga.

Pues bien, sucede que el tribunal no ha vulnerado el principio acusatorio, pues su decisión en materia de pena, al imponer a este acusado la de seis años de privación de libertad, se ha movido sensiblemente por debajo del límite de la de ocho años, solicitada por el fiscal.

En definitiva, por todo, el motivo tiene que desestimarse, salvo en el aspecto meramente formal de que en el fallo, en lo relativo a la condena de este acusado, deberá incluirse la mención relativa a la estimación de la atenuante.

#### **Segundo.**

Al amparo del art. 852 Lecrim , se ha objetado la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, del art. 24,2 CE , por entender que todas las pruebas de cargo fueron ilícitamente obtenidas, al ser fruto de un delito provocado por la policía.

El motivo ya ha sido tratado en el examen de otros recursos, y debe estarse a lo resuelto.

#### **Tercero.**

Por el cauce del art. 849,1º Lecrim , se ha alegado infracción del art. 29 Cpenal . El argumento es que la conducta del recurrente consistió en la entrega por cuenta de otros de una documentación y la cobertura del viaje de los camiones. Dándose la circunstancia de que no apareció ni en las intervenciones telefónicas ni en reuniones ni en contacto directo con los principales implicados. Esto, se entiende, según la jurisprudencia, tendría que haberse valorado como un supuesto de participación accesoría.

Pero también en este punto, la sala ha sido explícita, dotando a su decisión de un consistente soporte argumental. En efecto, pues subraya que "Trabanco se encargó del paso [de la cocaína] por la aduana, aseguró su transporte por tierra y la entrega en el depósito; para ello contactó con los conductores de los camiones [...] les entregó la documentación necesaria para el levantamiento de la mercancía y su presentación en aduana, les acompañó, guió y vigiló, garantizando su entrega".



Este tribunal, en multitud de sentencias, ha circunscrito la aplicación del art. 29 Cpenal en materia de tráfico de estupefacientes a los supuestos de colaboración mínima, mediante la prestación de conductas auxiliares, pero de segundo nivel, en relación con el verdadero traficante, de una relevancia, por tanto, muy secundaria para el desarrollo de la actividad. Así, se ha tratado como cómplice al que indica al consumidor dónde podría adquirir la droga; al que recibe llamadas telefónicas o traslada de mensajes con el mismo fin; al que oculta de manera ocasional y por tiempo breve una pequeña cantidad.

En consecuencia, no puede ser más claro que no es el caso, pues la contribución de Trabanco constituyó un momento de importancia dentro del desarrollo de la logística de la operación, de tal manera que no prestó una colaboración menor y externa, sino que se implicó activa y directamente en la misma, realizando un servicio de notable responsabilidad.

En consecuencia, el motivo no puede estimarse.

*Recurso de Juan Manuel*

#### **Primero.**

Con apoyo en el art. 852 Lecrim, se ha denunciado vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El argumento es que Juan Manuel fue contratado para conducir una furgoneta; que no había sido visto antes en ningún momento por los agentes policiales; que no tuvo contacto con la droga ni con el dinero; que no participó en ninguna de las reuniones preparatorias; que no portaba el arma y ni siquiera supo que existía. A esto habría que añadir que lo que hubo fue una entrega controlada, sin posibilidad, por tanto de que la cocaína pudiera llegar a difundirse, y sin riesgo real para el bien jurídico protegido por la norma.

En lo que hace a la tenencia de la pistola, se razona que fue hallada en una furgoneta que no pertenecía al recurrente, que la conducía después de que el día anterior lo hubiera hecho otro de los implicados en los hechos ( Rafael ); y que, además, estaba en un departamento oculto en la parte posterior del vehículo; lo que desvirtuaría el juicio de la sala en el sentido de que el arma estaba destinada por el recurrente a un uso eventual requerido por la necesidad de dar seguridad al transporte de la cocaína. En fin, se subraya que la localización de la pistola tuvo lugar en una fecha distinta a la de la detención de este acusado, cuando el vehículo habría sido trasladado a comisaría, y sin garantías, por tanto, a pesar de que no había ninguna razón de urgencia.





Resulta perfectamente entendible el interés en rebajar la significación del papel de Juan Manuel en el conjunto de los hechos, tratando de limitarlo al acto, supuestamente neutro, de conducir un vehículo.

Pero la sala de instancia ha tomado en consideración otros elementos que no cabe ignorar. En concreto, que estaba en la nave a la que iban a trasladarse los contenedores, es cierto, con la finalidad de realizar un transporte. Pero esto, es claro, a partir de la extracción de la cocaína de uno de los contenedores, operación que iba a hacerse, por tanto, a su presencia. Que es así, lo acredita, no solo el hecho de que estuviera ya en el local antes de la llegada de los camiones, sino la circunstancia de que su nivel de inserción en el contexto era desde luego superior al que ahora se pretende. En efecto, pues había acompañado a Rafael a Asturias para recoger el dinero destinado al pago del servicio consistente en la facilitación del paso por la aduana, y había dormido en el chalé de Navalagamella, hay que insistir, para hacerse cargo personalmente del transporte de una relevante cantidad de cocaína. También se le ha situado en el momento de la firma del contrato de la nave. Ciertamente en virtud de una información de coimputado, pero verdad también, que se trata de un dato que tiene perfecto encaje en el marco de los demás ya reseñados, pues Juan Manuel no puede ser considerado un extraño, sino que, en realidad, estaba al tanto del verdadero sentido de su contribución.

Por lo que se refiere a la existencia del arma en la furgoneta, hay que decir que la forma de obtención en sí misma no puede considerarse irregular; y que todo lo más plantearía un problema de prueba, aquí inexistente como tal, cuando consta su existencia física y concurre además testifical que acredita el hallazgo. Y la atribución de la disponibilidad de la misma a Juan Manuel dista de ser arbitraria y, menos aún, irracional, que es lo que se sugiere. En efecto, pues hay que tener presente que su presencia aparece objetivamente asociada a dos hechos importantes, como son el traslado de una importante cantidad de dinero, ya realizado, y el posterior de una asimismo relevante cantidad de cocaína, aún pendiente. Dos actividades ilegales y también de riesgo, a las que el dato cuya validez ahora se cuestiona era perfectamente funcional. De otra parte, el que la pistola estuviera, en el momento de la incautación, en un compartimento oculto en la parte trasera del vehículo, no sirve como argumento para disociarla del ahora recurrente, si se tiene en cuenta que la intervención policial aconteció antes de que el traslado de la droga hubiera podido empezar a producirse.

#### **Segundo.**

Se ha denunciado la nulidad del procedimiento, con el argumento de que el producido, en todo caso, habría sido un delito provocado.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Se trata de un argumento ya examinado y hay que estar a lo resuelto.

#### **Tercero.**

El reproche es ahora de vulneración de las garantías constitucionales, por falta de incorporación al juicio del informe de sanidad. El argumento es que el facultativo que compareció en la vista no habría practicado ni tampoco presenciado el análisis de la sustancia.

Se trata de un asunto expresamente abordado por el tribunal de instancia, que explica cómo compareció el jefe del servicio correspondiente, que ilustró sobre el modo de operar en esta clase de determinaciones, que responde a estándares de funcionamiento regularmente seguidos en ese tipo de centros, en los que una diversidad de técnicos operan de forma coordinada.

La sala subraya también que, en el procedimiento abreviado, la ley permite incorporar válidamente al proceso el escrito en el que se documente el resultado de esa clase de pericias, dotándolo de eficacia probatoria.

Pero es que, además, la objeción que se examina no tiene que ver con la calidad del resultado de la pericia, sobre el que, en realidad, no se plantea ninguna duda, pues ni siquiera existe el menor indicio de que la misma o la droga pudiera haber sido manipulada; ni de que su realización no se hubiera ajustado a los protocolos que rigen en la materia.

En definitiva, y por todo, la objeción carece de fundamento, y el motivo tiene que desestimarse.

#### **Cuarto.**

El reproche es de infracción de ley, de las del art. 849,1º Lecrim , en concreto, del art. 368 Cpenal , por la atribución al recurrente de un delito de tráfico de drogas, cuando en realidad solo habría conducido una furgoneta y cuando, además, toda la actuación del agente encubierto habría sido ilegítima e inválida, por tanto, a efectos probatorios.

Pero el motivo no se sostiene. Primero, porque, no es cierto que lo puesto a cargo de Juan Manuel haya sido, simplemente, la acción de conducir una furgoneta. El modo de razonar es una pura reducción al absurdo, sin ninguna eficacia argumental. En efecto, pues, para llegar a esa conclusión se prescinde de datos esenciales del contexto de la acción, que, así, resulta desnaturalizada. Un contexto al que no hace falta volver a referirse, porque ya ha sido abordado en el examen del primer motivo.



Y tampoco es atendible la segunda objeción, porque, conforme se ha hecho ver en el examen de la misma suscitada por otros recurrentes, la actuación del funcionario policial, antes y después de ser habilitado como agente encubierto, no puede considerarse ilegítima.

#### **Quinto.**

Al amparo del art. 849,2º Lecrim parece sugerirse la existencia de un error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos que acreditarían la equivocación del juzgador. Como tales se señala el informe lofoscópico y la constancia en el de que no existían huellas en el arma; el informe policial que atribuye la titularidad de la furgoneta al acusado Ovidio ; el auto de 7 de septiembre de 2001, en el que -se afirma- se determina la actuación previa e ilegal del agente en las actuaciones anteriores a esa fecha; y la información de derechos al ahora recurrente, al que en ese momento solo se le atribuyó un delito contra la salud pública.

Como es sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

Pues bien, dado que todo el desarrollo del motivo se limita a lo que acaba de transcribirse, no puede ser más claro que, el planteamiento no se ajusta en absoluto a las exigencias del precepto, bien ilustradas en la cita de jurisprudencia que acaba de transcribirse. Pero es que, además, para que el enunciado contenido en algún documento pudiera producir el efecto pretendido por el recurrente, tendría que concurrir también una condición que aquí no se da en absoluto. A saber que el mismo fuera probatoriamente incuestionable. Y resulta que la ausencia de huellas en la pistola y el dato de que el vehículo tuviera como titular a otro acusado no son datos en absoluto incompatibles con la relación que con una y otro se atribuye a Juan Manuel en la sentencia. Que como se ha reiterado en el examen de los anteriores recursos, la actuación del funcionario policial que precedió a su habilitación como agente encubierto, no tiene la consideración de ilegal que se pretende. Y que, en fin, la información de derechos no constituye en sí misma un acto de inculpación, y menos formal, ni tampoco su contenido un elemento probatorio, de modo que la omisión en su texto de la referencia a la



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

pistola en modo alguno puede prestar apoyo al recurrente en su pretensión de negar toda relación con el arma.

En consecuencia, y por todo, el motivo tiene que desestimarse.

**Sexto.**

El reproche es ahora de quebrantamiento de forma, por haberse practicado la diligencia de audición del testigo, funcionario de policía con carné profesional n.º NUM006 mediante videoconferencia y no con presencia directa en el juicio, por lo que se formuló protesta.

La respuesta a esta objeción de forma está, como señala el fiscal, en el art. 731 bis Lecrim , y también en el art. 229,3 LOPJ , que autorizan, en ciertos casos, el recurso al sistema de videoconferencia que permita la comunicación bidireccional. Y, es patente, que el que aquí se dio puede considerarse uno de ellos, por la concurrencia de razones de seguridad, por la delicada posición del funcionario, luego de su actuación como agente encubierto.

Por tanto, el motivo no es atendible.

**Séptimo.**

Se ha alegado, al amparo del art. 851,1º Lecrim , la existencia de manifestaciones contradictorias en los hechos probados, relativas al vehículo o vehículos cuya conducción se atribuye al recurrente. Y para acreditarlo se señala un pasaje del folio 6, punto n.º 6 y otro del folio 21, párrafo primero, de la sentencia; relativos, aquel, a los hechos probados, y este último a los fundamentos de derecho. Solo esta constatación hace que el motivo, que requiere la existencia de una contradicción manifiesta dentro de los hechos probados, carezca de viabilidad. Pero es que, además nada impide que el recurrente hubiera viajado desde Asturias con la furgoneta para hacerse cargo de ella y que la misma también hubiera sido conducida por Rafael el día antes de las detenciones.

De este modo, el motivo carece ostensiblemente de fundamento.

*Recurso de Jose Luis*

**Primero.**

Lo denunciado, por el cauce de los arts. 852 Lecrim y 5,4 LOPJ es la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En apoyo de esta afirmación se dice que ni en los hechos ni en los fundamentos de derecho de la sentencia se contiene referencia alguna a la participación de



Jose Luis en la acción delictiva central de esta causa, si bien, no obstante, su domicilio en la localidad de Liencred (Cantabria) fue objeto de un registro. Luego se explica que en la solicitud dirigida al instructor (folios 276 ss.) para ese fin se resumía, aunque de forma sesgada, la operación que estaba siendo objeto de seguimiento, consistente en la introducción en España, a través de Algeciras, de un cargamento de cocaína; se decía que aquel había asistido a ciertas reuniones en Madrid, que Carmelo generaba ingresos procedentes del narcotráfico y que parte de la sustancia con la que comerciaba se la proporcionaba Jose Luis, y en apoyo de este aserto, hacía referencia a algunas conversaciones. Es como se interesó la entrada en un domicilio que no había aparecido en la investigación y respecto de una persona tenida por carente de credibilidad. El auto autorizante se limitaba a transcribir el texto de la solicitud, sin valoración alguna individualizada de su contenido, y sin tomar en consideración que la diligencia no era necesaria para la investigación de los hechos ni para intervenir objetos o instrumentos de delito y que no constaba dato alguno idóneo para sustentar la conexión entre el domicilio de que se trata y las actuaciones entonces en curso. De todo se seguiría, es la conclusión, que cualquier prueba obtenida en el registro tenga que ser considerada nula, y es por lo que se insta la declaración de nulidad del auto de 9 de abril de 2010, así como del acta de entrada y registro (folios 694-697) y la documentación sobre la aprehensión de la sustancia hallada en la vivienda (folio 1273), así como del informe realizado sobre la misma (folios 2133-2135), incluidos los policiales con la tasación (folios 3179, 3180 y 3187-3190).

En efecto, en el folio 276 ss. de las actuaciones se encuentra el oficio dirigido al instructor, en el que consta un relato dotado de cierto pormenor con las vicisitudes de la investigación, de la que resultaba que la operación de introducción del cargamento de cocaína objeto de esta causa estaba a punto de consumarse. En el se pone de manifiesto la existencia de una relación relativamente estable de Jose Luis con Carmelo, cuando este buscaba una persona que pudiera facilitar el paso por la aduana de los contenedores preparados para el transporte de esa sustancia; y se invoca el resultado de alguna de las escuchas autorizadas por el instructor, claramente sugestivas de la dedicación de Carmelo al comercio con drogas ilegales y de que la relación del mismo con Jose Luis tenía que ver, precisa y exclusivamente, con este tipo de comercio. Por lo demás, la fuente principal de la información era el agente encubierto, que había realizado un seguimiento minucioso de los preparativos de la operación, con el resultado positivo desde el punto de vista de la investigación, que sugería la precisión de los datos sobre la misma ofrecidos al instructor.

Pues bien, es cierto que Jose Luis no tuvo, al fin, ningún papel en el desarrollo de la actividad criminal que constituye el objeto central de las presentes actuaciones; pero también lo es que existían y se ofrecieron al instructor datos claramente sugestivos de su implicación en



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

actividades de tráfico de drogas, que fue el factor determinante de sus contactos con Carmelo , de los que el agente encubierto pudo saber por sí mismo. Por tanto, en el momento de la solicitud concurrieron indicios bastantes de la más que posible dedicación de Jose Luis a ese comercio ilegal, y en tal sentido, estuvo justificada la iniciativa policial, que, a su vez, dotó de fundamento a la resolución judicial. De otra parte, esta no solo no aparece vacía de contenido sino que incorpora el del informe de la policía, de lo que se sigue que el instructor sí tomó conocimiento de los datos que se le ofrecían, de los que además, tenía noticia por el propio desarrollo de esta causa tramitada bajo su dirección.

Por tanto, falla la premisa de partida de la objeción que tendría que haber dado fundamento al motivo, que no se sostiene. Y así, acreditada la existencia de una relación de Jose Luis con Carmelo y de este con los demás implicados en la causa y, al mismo tiempo, de todos ellos con el comercio ilegal de drogas, solo cabe concluir, con la sala de instancia, que la diligencia judicial cuestionada fue plenamente legítima, y el motivo tiene que rechazarse.

Segundo : El reproche, por la vía de los arts. 5,4 LOPJ y 852 Lecrim , es de vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El motivo se plantea como subsidiario del anterior y para el caso de declararse la nulidad de la entrada y registro con todas las consecuencias que, según el recurrente, debería llevar consigo. De darse este supuesto, es la conclusión, la condena se habría producido sobre una base probatoria ilegítima y tendría que dejarse sin efecto.

Ahora bien, ocurre que, como se ha razonado, la objeción dirigida contra la diligencia de entrada y registro carece de fundamento, y, así, al fallar la premisa en la que asienta el planteamiento de este motivo, es claro que no puede llegarse a la conclusión que con el mismo se pretende. Por tanto, debe rechazarse.

*Recurso de Felicísima , en representación de su hija Maribel*

#### **Primero.**

Invocando el art. 849,1º Lecrim se ha denunciado infracción del art. 127,4 Cpenal , por haberse dispuesto el comiso del dinero (8.562 euros) intervenido en poder de Antonio en el momento de su detención, el 9 de abril de 2010, a pesar de que no habría quedado demostrada la ilicitud de su posesión. El argumento es que aquel, en su primera declaración judicial y luego mediante la aportación de documentos, ofreció detalles sobre el origen y destino de esa suma. Que, en concreto, procedería de la venta de tres caballos.





Se objeta que todo el fundamento de la incautación y del posterior comiso es el contenido de una nota del agente encubierto, que dijo que Rafael le habría comentado que Antonio llevaría encima 8.000 euros para pagar al camionero.

El motivo es de infracción de ley y, como tal, solo apto para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción de los hechos probados, tal y como resultan declarados en la sentencia.

Pues bien, en los hechos de esta se lee que Antonio estaba en la nave de destino de los contenedores y a la espera de estos, y llevaba consigo el dinero que consta "para el pago de parte del servicio de transporte de la droga". Y siendo así, la aplicación del art. 127,4 Cpenal, que habilita al juzgador para disponer el comiso de los efectos, bienes o instrumentos del delito, goza de pleno fundamento legal.

#### **Segundo.**

Por el cauce del art. 849,2 Lecrim, se ha denunciado error en la apreciación de la prueba, porque en la sentencia no se han tomado en consideración los documentos aludidos en el desarrollo del motivo anterior, que ni siquiera se citan.

Pero como se ha hecho ver, al examinar el motivo del anterior recurrente dotado de idéntico fundamento, el precepto también ahora citado no sirve a la finalidad pretendida, porque ni siquiera de la consideración de aquellos como válidos se seguiría el efecto pretendido. Es así, por la existencia de una prueba de cargo, consistente en la declaración del agente encubierto, en el sentido de que había sabido por Rafael que Antonio llevaría consigo 8.000 euros para entregar al camionero, que resulta confirmada por ese dato. Y por la circunstancia de que es francamente impensable que el implicado en una actividad como la que estaba en curso, tuviera consigo una suma de esa importancia, de no estar destinada a un empleo inmediato y relacionado con su presencia en lugar tan significativo.

En consecuencia, tanto porque los documentos invocados no desmentirían eficazmente lo afirmado en la sentencia, como porque existe prueba, bien tratada, además, en la sentencia, del destino del dinero, el motivo no puede acogerse.

#### **Tercero.**

Con apoyo en el art. 851,1º Lecrim, se ha alegado quebrantamiento de forma, porque en la sentencia se habría tomado en consideración la manifestación de Trabanco inculpatoria para Antonio.



Pero el motivo, formulado con patente falta de rigor, carece de encaje en el precepto de referencia, pues los hechos son claros en lo que expresan sobre el particular que aquí interesa, no existe en ellos el menor apunte de contradicción, ni contienen conceptos jurídicos que pudiera haber predeterminado el fallo. Por tanto, solo puede desestimarse.

#### **Cuarto.**

Por la renuncia a formalizar el motivo del ordinal cuarto del escrito, se examina el del ordinal quinto, en el que se denuncia la vulneración del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia, del art. 24 CE .

El argumento es que la ahora recurrente no fue citada a juicio en la calidad e la que actúa; y que Antonio no fue juzgado y, por eso, no habría base legal para acordar el comiso del dinero hallado en su poder.

En cuanto a lo primero, tiene razón el fiscal, cuando razona que la recurrente no fue citada por no haberse constituido en parte civil.

La segunda objeción tiene respuesta en la disposición del art, 127,4º Cpenal , en cuya virtud, el juez o tribunal podrá acordar el comiso, aun extinguida la responsabilidad penal, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita de lo que hubiera sido objeto de aquel. Y tal es el caso, a tenor de lo que consta en los hechos probados; y de que, desde el punto de vista probatorio, la única hipótesis razonable para la existencia de la indicada suma en poder de Antonio es la que ha contemplado y acogido la sala de instancia.

De este modo, el motivo tiene que desestimarse.

#### **III. FALLO**

Se estima el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Laureano , contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2012, dictada por la Sala Penal de la Audiencia Nacional , por delitos contra la salud pública y en consecuencia, casamos y anulamos parcialmente la referida resolución dictando una segunda sentencia con declaración de oficio en las costas causadas en este recurso.

En lo referente al motivo primero del recuso de casación interpuesto por la representación procesal de Elias se estima el aspecto formal, de que en el fallo, en lo relativo a la condena del acusado, deberá incluirse la mención relativa a la estimación de la atenuante, declarando de oficio las costas causadas en este recurso.



Declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por Carmelo , Erasmo , Gustavo , Rafael , Jose Luis , Juan Manuel y Felicisima en representación de su hija menor Maribel , contra la ya mencionada sentencia, condenándoles al pago de las costas causadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia Nacional, Sala Penal, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

## **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Noviembre de dos mil trece.

El Juzgado Central de instrucción número 2 instruyó sumario 34/2010, por delitos contra la salud pública contra Carmelo , Erasmo , Gustavo , Laureano , Rafael , Jose Luis , Elias , Juan Manuel , Felicisima en representación de su hija menor Maribel y, concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal , cuya Sección Primera dictó sentencia en fecha 10 de diciembre de 2012 , que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

### **I. ANTECEDENTES**

Se consideran como hechos probados los de la sentencia de instancia.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Por lo razonado en la sentencia de casación, la estimación del segundo de los motivos suscitados por Laureano , obliga a tomar en consideración la atenuante analógica de confesión postulada por el fiscal, con el consiguiente reflejo en la imposición de la pena. La condena es por un delito de tráfico de cocaína, de los arts. 368 , 369,5 y 370,3 Cpenal , lo que supone que habrá que operar en un marco punitivo comprendido entre seis y nueve años, para aplicar la pena en su mitad inferior ( art. 66,1ª Cpenal ), que va de seis años a siete años y seis meses. Y, siendo así, y habida cuenta del nivel de implicación de este acusado, sobre la que discurre muy razonadamente la sentencia, se le impondrá, de acuerdo asimismo con el fiscal en su informe, la correspondiente al grado mínimo de esa mitad inferior.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

También deberá estimarse la atenuante en el caso de Elias , aunque sin consecuencias, por lo ya dicho al resolver su recurso.

### **III. FALLO**

En el caso de Laureano , por la estimación de la atenuante analógica de confesión, la pena de privación de libertad será de siete años y seis meses; en el de Elias , con estimación de la misma atenuante, se mantiene, sin embargo, la pena impuesta en la sentencia de instancia, cuyo fallo permanecerá en sus términos en todo lo restante.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

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

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.