



Roj: **STS 4038/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4038**

Id Cendoj: **28079120012018100598**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2018**

Nº de Recurso: **10195/2018**

Nº de Resolución: **591/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 3573/2018,**
STS 4038/2018

RECURSO CASACION (P) núm.: 10195/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 591/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 26 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Teodosio , Dña. Marisa , D. Jose Daniel , D. Carlos María y D. Carlos Antonio , contra sentencia dictada por la Sección de Apelación de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 5 de marzo de 2018, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado Miguel Ángel y desestimó los interpuestos por las representaciones de los también acusados Jose Daniel , Teodosio , Carlos María , Marisa y Carlos Antonio , contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 28 de julio de 2017, absolviendo a Miguel Ángel del delito de pertenencia a grupo criminal, manteniendo respecto a su persona y al resto de acusados los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia de la Audiencia Provincial, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados, respectivamente, por los Procuradores/as Sra.González Díaz; Sra. Martín López; Sr. Zabala Falcó; Sr. Olivo Luján y Sra. Cabra Izquierdo, y el recurrido acusado D. Miguel Ángel representado por la Procuradora Sra. Izquierdo Pedrero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 29 de Barcelona incoó Diligencias Previas con el nº 777 de 2016 contra Teodosio , Marisa , Jose Daniel , Carlos María , Carlos Antonio y otro, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, que con fecha 28 de julio de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declara probado que al menos desde enero de 2016 y hasta junio de 2016 los acusados, Carlos María mayor de edad con antecedentes penales condenado por sentencia firme de 23/11/12 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona a la pena de 7 años de prisión y multa de 3.758.000 euros por un delito contra la salud pública en el sumario 34/11; en prisión provisional por esta causa desde 23/6/16, y Teodosio mayor de edad sin antecedentes penales en prisión provisional por esta causa desde 23/6/13, junto con otros individuos que no han sido habidos en las presentes actuaciones, formaban un colectivo estructurado dedicado a la obtención de un ilícito beneficio económico mediante la ilícita introducción en España de importantes cantidades de cocaína a través del aeropuerto de El Prat. A tal fin, algunos de los miembros del entramado se encontraban establecidos en Colombia, siendo los encargados de aprovisionarse en primera instancia de la sustancia, así como de buscar sujetos que la transportasen ocultas en maletas hasta España. A su vez, los acusados Carlos María , y Teodosio en prisión provisional por esta causa desde 23/6/13 eran los encargados de coordinar el envío desde Barcelona, manteniéndose al corriente de la identidad y plan de vuelo de los viajeros que trajeran la cocaína para poder recibirlos en Barcelona y, a la mayor brevedad posible; estar en condiciones de proceder a la transmisión a terceros de la sustancia. Con el fin de optimizar su actividad de importación, evitando el riesgo de pérdidas de mercancías como consecuencia de eventuales aprehensiones por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la supervisión aeroportuaria, el equipo integrado por los mencionados Carlos María y Teodosio intentó establecer un contacto con algún agente de la Guardia Civil destinado en el aeropuerto de El Prat que, a cambio de un porcentaje de las ganancias que generaba la actividad de los acusados, dejase que los individuos que realizasen transportes de cocaína para el ellos pasasen el control de aduanas sin ser registrados. Tales gestiones de los acusados acabaron dando lugar a que el miembro de la Guardia Civil contactado fuese el agente encubierto identificado como " *Bucanero* " autorizado por Decreto de 27/1/06 de la Fiscalía Provincial de Barcelona. Entre enero y el 9 de junio de 2016 los acusados Carlos María y Teodosio mantuvieron reuniones presenciales con el agente encubierto identificado como " *Bucanero* " en fechas 28/1/16 y 10/2/16, enviaron fotografías de documentación de posibles viajeros que habrían de transportar cocaína desde Colombia, sirviéndose para estos contactos de la bandeja de " *Borradores* " de la cuenta de correo electrónico " DIRECCION000 <mailto: DIRECCION000 >" cuya contraseña le facilitaron. Sin embargo, en ese período no llegó a verificarse ninguna concreta operación de importación de sustancias. El 22/6/16 el colectivo dispuso que Miguel Ángel , mayor de edad y sin antecedentes penales, traería a Barcelona en el vuelo desde Colombia y a través del aeropuerto de El Prat, una maleta en la que transportaba cocaína conforme a la operativa diseñada en los meses anteriores. Carlos María y Teodosio anotaron esta información, así como fotografías de la documentación y reserva de viaje de Miguel Ángel , en un borrador de mensaje en la cuenta de correo electrónico " DIRECCION000 " para que tales datos llegasen al conocimiento de quien ellos creían agente corrupto de la Guardia Civil. Autorizado por nuevo Decreto de 22 de junio de 2016 de La Fiscalía Provincial de Barcelona, el agente encubierto identificado como " *Bucanero* ' ya sabedor de la identidad y apariencia del acusado procedente de Colombia, Miguel Ángel , que llegaría a primera hora de la tarde del mismo día en vuelo procedente de Bogotá NUM000 de AVIANCA, fue al encuentro del mismo en la zona de control aduanero del aeropuerto del Prat. Una vez juntos, el agente encubierto identificado como " *Bucanero* " y Miguel Ángel , con el equipaje de este se desplazaron en taxi hasta el centro comercial el Corte Ingles, sito en la avenida Diagonal nº 617 de Barcelona. Ubicación sido establecida como punto de reunión convenido de todos los acusados para que Miguel Ángel entregase su cargamento de cocaína a Carlos María y Teodosio , quienes inmediatamente se lo proporcionarían a los distribuidores Carlos Antonio y Marisa , ambos mayores de edad sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, a cambio del precio convenido. Por su parte; Jose Daniel mayor de edad sin antecedentes penales en situación de libertad provisional por esta causa (está en prisión por otra) sirvió de enlace entre los anteriores, Carlos María y Teodosio , y los adquirentes de la sustancia importada, Carlos Antonio y Marisa , conociendo su llegada desde Madrid y el lugar del encuentro en Barcelona; participando en la coordinación del mismo para verificar la transacción. Ya en dicha ubicación, Miguel Ángel , Carlos María y Teodosio permanecieron durante la tarde del mismo día en la cafetería del establecimiento con el agente Bucanero mientras Jose Daniel esperaba en el exterior la llegada de Carlos Antonio y Marisa . Estos llegaron en el vehículo marca y modelo Renault Megane, matrícula SLL ; cuando Carlos Antonio , Marisa y Jose Daniel se encontraron, los primeros estacionaron momentáneamente el vehículo en segunda fila para que Jose Daniel pudiera subir a los asientos traseros, reemprendiendo la marcha para aparcar definitivamente el vehículo en el parquin subterráneo del centro comercial. Carlos María , Teodosio , Jose Daniel y Miguel Ángel fueron detenidos, tenidos por un operativo policial cuando se disponían a intercambiar la sustancia



por el dinero, localizándose en el interior de la maleta Miguel Ángel la droga transportada: - Una tableta que resultó contener cocaína, con un peso neto de novecientos noventa y siete gramos y quinientos miligramos (997,5 g.) y una riqueza del 64,6% \pm 2,6% lo que equivale a 618 gramos de cocaína base. - Una tableta que resultó contener cocaína, con un peso neto de mil dos gramos y cuatrocientos miligramos (1.002,4 g.) y una riqueza del 79,5% \pm 2,6%, lo que equivale a 770 gramos de cocaína base. - Una tableta que resultó contener cocaína, con un peso neto de novecientos noventa y nueve gramos (999 g.) y una riqueza del 63,4% \pm 2,6%, lo que equivale a 608 gramos de cocaína base. - Una tableta que resultó contener cocaína, con un peso neto de novecientos noventa y seis gramos y doscientos miligramos (996,2 g.) y una riqueza del 65,2% \pm 2,6%, lo que equivale a 647 gramos de cocaína base. - Una tableta que resultó contener cocaína, con un peso neto de novecientos noventa y siete gramos y doscientos miligramos (997,2 g.) y una riqueza del 63,6% \pm 2,6%, lo que equivale a 608 gramos de cocaína base. Simultáneamente, se intervino en el interior de una maleta localizada dentro del vehículo Renault Megane, matrícula SLL, de Carlos Antonio y Marisa 50.000 euros distribuidos en dos paquetes plastificados. Asimismo, a Marisa le fueron intervenidos 1.500 euros en efectivo, y a Miguel Ángel 600 euros. Tales importes iban a ser destinados por los acusados Carlos Antonio y Marisa al pago de una fracción del precio de la cocaína importada que les iba a ser entregada por los otros acusados. A Carlos María 200 euros derivadas de la misma actividad. El total de la cocaína intervenida alcanza un peso de cuatro mil novecientos noventa y dos gramos y trescientos miligramos (4992,3 g.) y habría llegado en el mercado clandestino a un precio mínimo de 287.800 euros a razón de un precio aproximado de 57,65 euros el gramo de cocaína según la tabla de valoración para el primer semestre de 2016 emitido por la O.C.N.B. del Cuerpo Nacional de Policía".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a: Carlos María : Como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal ya definido a las penas de 18 meses de prisión, e inhabilitación especial para el sufragio pasivo por el mismo tiempo. Como autor por el delito contra la salud pública ya definido con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia a la pena de 8 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 1.150.000 euros, y al pago 2/12 avas partes de las costas procesales. Teodosio como autor de un delito consumado de pertenencia a grupo criminal ya definido a las penas de 18 meses de prisión, e inhabilitación especial para el sufragio pasivo por el mismo tiempo. Como autor de un delito contra la salud pública ya definido a la pena de 7 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 1.150.000 euros, y al pago 2/12 avas partes de las costas procesales. Miguel Ángel como autor de un delito consumado de pertenencia a grupo criminal ya definido a las penas de 18 meses de prisión, e inhabilitación especial para el sufragio pasivo por el mismo tiempo. Como autor de un delito contra la salud pública ya definido a la pena de 7 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 1.150.000 euros, y al pago 2/12 avas partes de las costas procesales. Jose Daniel Como autor de un delito contra la salud pública, en grado de tentativa ya definido a la pena de 4 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 863.400 euros, y al pago 1/12 avas partes de las costas procesales. Carlos Antonio Como autor de un delito contra la salud pública, en grado de tentativa ya definido a la pena de 4 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 863.400 euros. Así como al pago 1/12 avas partes de las costas procesales. Marisa Como autora de un delito contra la salud pública, ya definido a la pena de 4 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 863.400 euros. Así como al pago 1/12 avas partes de las costas procesales. DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a: Jose Daniel , Carlos Antonio y a Marisa del delito de pertenencia a grupo criminal por el que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal. Declaramos de oficio 3/12 avas partes de las costas procesales. Provéase sobre la solvencia de las personas acusadas. Procédase a la destrucción de la sustancia estupefaciente aprehendida, si no se hubiere ya realizado, incluidas las muestras. Se decreta el comiso del dinero, y objetos intervenidos que constan reseñados al folio 904 del Tomo 3º, dándose al mismo el destino legal. Para el cumplimiento de las penas que se han impuesto a cada una de las personas acusadas declaramos de abono todo el tiempo que hayan estado privadas de libertad por esta causa, siempre que no les hubiera sido computado en otra. Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación, para ante la Sala de Apelaciones del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en el plazo de DIEZ DÍAS, a partir de su notificación, conforme al art. 846 ter de la LECR".

Contra la sentencia de 28 de julio de 2017 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona se interpuso recurso de apelación dictándose sentencia por la Sección de Apelación de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 5 de marzo de 2018, que contiene el siguiente fallo:



"LA SECCIÓN DE APELACIÓN DE LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA HA DECIDIDO DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por las defensas de Jose Daniel , Teodosio , Carlos María , Marisa y Carlos Antonio contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 28 de julio de 2017, en sus autos de Procedimiento Abreviado num. 40/2017. ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Miguel Ángel , en el sentido de ABSOLVERLE del delito de pertenencia a grupo criminal del artículo 570 ter C.P., manteniendo respecto a su persona y al resto de acusados, los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia. Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación al amparo de lo prevenido en el artículo 847.1 a) 1º de la Lecrim."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Teodosio , Dña. Marisa , D. Jose Daniel , D. Carlos María y D. Carlos Antonio , 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 el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Teodosio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr. al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica con el mismo carácter que deba ser observada por la ley penal, por indebida aplicación del art. 282 bis de la L.E.Cr.

Segundo.- Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr. al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica con el mismo carácter que deba ser observada por la ley penal, por indebida aplicación del art. 368 del C. Penal.

Tercero.- Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr. al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo, por indebida aplicación del art. 570 ter del Código Penal.

Cuarto.- Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr. al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo, por indebida inaplicación del art. 16 en relación con los arts. 368 y 369.1º.5º del Código Penal.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Marisa** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se interpone el presente motivo al amparo del art. 849 nº 1 de la L.E.Crim. por aplicación indebida del art. 369.5º de la L.E.Crim. al ser condenada mi representada por un delito contra la Salud Publica en cantidad de notoria importancia, no concurriendo la agravante específica de notoria importancia, que la jurisprudencia ha establecido en 750 gr puros de cocaína para dicha aplicación.

Segundo.- Se interpone el presente motivo al amparo del art. 852 de la L.E.Crim. en relación al art 24 de la C.E. por vulneración del principio de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva, al no existir prueba de cargo suficiente, así como por la falta de motivación y juicio de inferencia.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Daniel** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley o precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal, y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión del art. 24.1 CE, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24.2 CE, así como el art. 1 de la LOPJ que establece que la justicia será administrada por jueces y magistrados, el art. 2 de LOPJ que establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales y el art. 26 LOPJ.

Segundo.- Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley o precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión del art. 24.1 CE, en relación con el derecho al proceso con las debidas garantías del art. 24.2 CE por inaplicación del contenido del art. 282 bis 1º, el art. 282 bis 3º de la LECrim y 570 bis 1º, párrafo último y 570 ter. 1º, párrafo último del CP. vulneración del artículo 263 bis de la LECrim, artículo 18.1 CE en cuanto al derecho a la intimidad personal, artículo 18.3 CE en cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones y artículo 24.2 CE en cuanto al derecho a no declarar contra sí mismo y, por ello, el derecho a la presunción de inocencia, así como en aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, el artículo 368 del CP.



Tercero.- Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley o precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal, con vulneración del artículo 263 bis de la LECrim, artículo 18.1 CE en cuanto al derecho a la intimidad personal, artículo 18.3 CE en cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones y artículo 24.2 CE en cuanto al derecho a no declarar contra sí mismo y, por ello, el derecho a la presunción de inocencia, así como en aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, el artículo 368 del CP.

Cuarto.- Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley o precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal, con vulneración del artículo 368 del CP, en cuanto a la no concurrencia de los elementos del tipo para considerar, respecto de mi representado, que se trata de sustancia que cause grave daño a la salud, y el derecho a la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión del art. 24.1 CE y el art. 24.2 CE, en cuanto al derecho a la presunción de inocencia al no haberse practicado prueba de cargo alguna en cuanto a dicha circunstancia y no poder inferirse de forma indiciaria si quiera, el conocimiento de la cualidad de la sustancia.

Quinto.- Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 24.1 CE respecto al derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, art. 24.2 CE en cuanto al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho al proceso con las debidas garantías, el derecho a no declararse culpable, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE y el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE.

IV.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Carlos María** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se interpone por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica con el mismo carácter que deba ser observada por la ley penal, por indebida aplicación del art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo.- Se interpone por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr., al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo por indebida aplicación del art. 368 y 369.1.5ª de Código Penal.

Tercero.- Se interpone por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo, por indebida aplicación del art. 570 TER del Código Penal.

Cuarto.- Se interpone por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo, por indebida inaplicación del art. 368, 369.1.5ª en relación con el art. 16 del Código Penal.

V.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Carlos Antonio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de Ley, con base en el art. 849.1º y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al haberse admitido una prueba obtenida mediante violación de derechos fundamentales, concretamente, los arts. 18.1 y 3 de la Constitución Española.

Segundo.- Por quebrantamiento de forma, con base en el art. 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que se ha denegado la práctica de una prueba, consistente en una pericial informática, que fue admitida y se entiende sustancial y pertinente para demostrar que el agente encubierto obró con violación de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18.1 y 3 de la Constitución Española, lo que conllevaría su declaración de nulidad.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, con base en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que se ha vulnerado el art. 24 de la Constitución Española, relativo a la presunción de inocencia, toda vez que se ha condenado a mi defendido por meras conjeturas y suposiciones, sin que exista prueba de cargo suficiente que acredite su culpabilidad.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, desestimó todos sus motivos, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 13 de noviembre de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Cataluña de fecha 5 de Marzo de 2018 que DESESTIMA los recursos de apelación interpuestos por las defensas de Jose Daniel , Teodosio , Carlos María , Marisa y Carlos Antonio contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 28 de julio de 2017, en sus autos de Procedimiento Abreviado num. 40/2017 y ESTIMA PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Miguel Ángel , en el sentido de ABSOLVERLE del delito de pertenencia a grupo criminal del artículo 570 ter C.P., manteniendo respecto a su persona y al resto de acusados, los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia.

En los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial se fijó que:

"Se declara probado que al menos desde enero de 2016 y hasta junio de 2016 los acusados, Carlos María mayor de edad con antecedentes penales condenado por sentencia firme de 23/11/12 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona a la pena de 7 años de prisión y multa de 3.758.000 euros por un delito contra la salud pública en el sumario 34/11; en prisión provisional por esta causa desde 23/6/16, y Teodosio mayor de edad sin antecedentes penales en prisión provisional por esta causa desde 23/6/13, junto con otros individuos que no han sido habidos en las presentes actuaciones, formaban un colectivo estructurado dedicado a la obtención de un ilícito beneficio económico mediante la ilícita introducción en España de importantes cantidades de cocaína a través del aeropuerto de El Prat.

A tal fin, algunos de los miembros del entramado se encontraban establecidos en Colombia, siendo los encargados de aprovisionarse en primera instancia de la sustancia, así como de buscar sujetos que la transportasen ocultas en maletas hasta España. A su vez, los acusados Carlos María , y Teodosio en prisión provisional por esta causa desde 23/6/13 eran los encargados de coordinar el envío desde Barcelona, manteniéndose al corriente de la identidad y plan de vuelo de los viajeros que trajeran la cocaína para poder recibirlos en Barcelona y, a la mayor brevedad posible; estar en condiciones de proceder a la transmisión a terceros de la sustancia.

Con el fin de optimizar su actividad de importación, evitando el riesgo de pérdidas de mercancías como consecuencia de eventuales aprehensiones por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la supervisión aeroportuaria, el equipo integrado por los mencionados Carlos María y Teodosio intentó establecer un contacto con algún agente de la Guardia Civil destinado en el aeropuerto de El Prat que, a cambio de un porcentaje de las ganancias que generaba la actividad de los acusados, dejase que los individuos que realizasen transportes de cocaína para ellos pasasen el control de aduanas sin ser registrados.

Tales gestiones de los acusados acabaron dando lugar a que el miembro de la Guardia Civil contactado fuese el agente encubierto identificado como " Bucanero " autorizado por Decreto de 27/1/06 de la Fiscalía Provincial de Barcelona.

Entre enero y el 9 de junio de 2016 los acusados Carlos María y Teodosio mantuvieron reuniones presenciales con el agente encubierto identificado como " Bucanero " en fechas 28/1/16 y 10/2/16, enviaron fotografías de documentación de posibles viajeros que habrían de transportar cocaína desde Colombia, sirviéndose para estos contactos de la bandeja de "Borradores" de la cuenta de correo electrónico " DIRECCION000 " cuya contraseña le facilitaron. Sin embargo, en ese período no llegó a verificarse ninguna concreta operación de importación de sustancias.

El 22/6/16 el colectivo dispuso que Miguel Ángel , mayor de edad y sin antecedentes penales, traería a Barcelona en el vuelo desde Colombia y a través del aeropuerto de El Prat, una maleta en la que transportaba cocaína conforme a la operativa diseñada en los meses anteriores.

Carlos María y Teodosio anotaron esta información, así como fotografías de la documentación y reserva de viaje de Miguel Ángel , en un borrador de mensaje en la cuenta de correo electrónico " DIRECCION000 " para que tales datos llegasen al conocimiento de quien ellos creían agente corrupto de la Guardia Civil.

Autorizado por nuevo Decreto de 22 de junio de 2016 de La Fiscalía Provincial de Barcelona, el agente encubierto identificado como " Bucanero " ya sabedor de la identidad y apariencia del acusado procedente de Colombia, Miguel Ángel , que llegaría a primera hora de la tarde del mismo día en vuelo procedente de Bogotá NUM000 de AVIANCA, fue al encuentro del mismo en la zona de control aduanero del aeropuerto del Prat.

Una vez juntos, el agente encubierto identificado como " Bucanero " y Miguel Ángel , con el equipaje de este se desplazaron en taxi hasta el centro comercial el Corte Ingles, sito en la avenida Diagonal nº 617 de Barcelona. Ubicación sido establecida como punto de reunión convenido de todos los acusados para que Miguel Ángel entregase su cargamento de cocaína a Carlos María y Teodosio , quienes inmediatamente se



lo proporcionarían a los distribuidores Carlos Antonio y Marisa, ambos mayores de edad sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, a cambio del precio convenido.

Por su parte; Jose Daniel mayor de edad sin antecedentes penales en situación de libertad provisional por esta causa (está en prisión por otra) sirvió de enlace entre los anteriores, Carlos María y Teodosio, y los adquirentes de la sustancia importada, Carlos Antonio y Marisa, conociendo su llegada desde Madrid y el lugar del encuentro en Barcelona; participando en la coordinación del mismo para verificar la transacción.

Ya en dicha ubicación, Miguel Ángel, Carlos María y Teodosio permanecieron durante la tarde del mismo día en la cafetería del establecimiento con el agente Bucanero mientras Jose Daniel esperaba en el exterior la llegada de Carlos Antonio y Marisa.

Estos llegaron en el vehículo marca y modelo Renault Megane, matrícula SLL; cuando Carlos Antonio, Marisa y Jose Daniel se encontraron, los primeros estacionaron momentáneamente el vehículo en segunda fila para que Jose Daniel pudiera subir a los asientos traseros, reemprendiendo la marcha para aparcar definitivamente el vehículo en el parquin subterráneo del centro comercial.

Carlos María, Teodosio, Jose Daniel y Miguel Ángel fueron detenidos, detenidos por un operativo policial cuando se disponían a intercambiar la sustancia por el dinero, localizándose en el interior de la maleta Miguel Ángel la droga transportada:

- Una tableta que resultó contener cocaína, con un peso neto de novecientos noventa y siete gramos y quinientos miligramos (997,5 g.) y una riqueza del $64,6\% \pm 2,6\%$ lo que equivale a 618 gramos de cocaína base.
- Una tableta que resultó contener cocaína, con un peso neto de mil dos gramos y cuatrocientos miligramos (1.002,4 g.) y una riqueza del $79,5\% \pm 2,6\%$, lo que equivale a 770 gramos de cocaína base.
- Una tableta que resultó contener cocaína, con un peso neto de novecientos noventa y nueve gramos (999 g.) y una riqueza del $63,4\% \pm 2,6\%$, lo que equivale a 608 gramos de cocaína base.
- Una tableta que resultó contener cocaína, con un peso neto de novecientos noventa y seis gramos y doscientos miligramos (996,2 g.) y una riqueza del $65,2\% \pm 2,6\%$, lo que equivale a 647 gramos de cocaína base.
- Una tableta que resultó contener cocaína, con un peso neto de novecientos noventa y siete gramos y doscientos miligramos (997,2 g.) y una riqueza del $63,6\% \pm 2,6\%$, lo que equivale a 608 gramos de cocaína base.

Simultáneamente, se intervino en el interior de una maleta localizada dentro del vehículo Renault Megane, matrícula SLL, de Carlos Antonio y Marisa 50.000 euros distribuidos en dos paquetes plastificados. Asimismo, a Marisa le fueron intervenidos 1.500 euros en efectivo, y a Miguel Ángel 600 euros.

Tales importes iban a ser destinados por los acusados Carlos Antonio y Marisa al pago de una fracción del precio de la cocaína importada que les iba a ser entregada por los otros acusados.

A Carlos María 200 euros derivados de la misma actividad.

El total de cocaína intervenida alcanza un peso de cuatro mil novecientos noventa y dos gramos y trescientos miligramos (4992,3 g.) y habría llegado en el mercado clandestino a un precio mínimo de 287.800 euros a razón de un precio aproximado de 57,65 euros el gramo de cocaína según la tabla de valoración para el primer semestre de 2016 emitido por la O.C.N.B. del Cuerpo Nacional de Policía".

RECURSO DE CASACIÓN DE Teodosio

SEGUNDO.- 1.- Vulneración de los artículos 282 bis y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La queja del recurrente va centrada en los siguientes extremos:

- a.- Se produjeron encuentros previos entre agentes de la autoridad y los investigados, previos a la petición de autorización al Ministerio Fiscal. Concretamente, quedó acreditado que, cuando menos, se produjo una reunión en fecha 12 de enero de 2017.
- b.- Se dice que los señores Carlos María y Teodosio forman parte de una organización criminal que tienen antecedentes por delitos contra la salud pública y que no cuentan con medios de vida.
- c.- Se queja el recurrente de la primera prórroga de la autorización del agente encubierto, por cuanto, debiendo haberse solicitado autorización específica de agente encubierto informático, no se hizo. Y que respecto al uso del borrador del correo electrónico se alega que no se solicitó autorización específica de agente encubierto informático, puesto que se iban a intercambiar, y se intercambiaron, archivos ilícitos.



d.- La autorización por el Ministerio Fiscal de la medida de agente encubierto precisaba, además, de comunicación inmediata al Juez competente, no bastando la mera comunicación al Juzgado Decano. No pueden pretenderse exponer de nuevo motivos ya expuestos en la apelación, en cuanto esta Sala limita su actuación al ámbito que le es propio: control de la existencia de prueba de cargo razonada y expuesta de manera motivada en lugar de examen y análisis como tercera instancia que legalmente no existe.

Debemos dejar sentado, en primer lugar, que tanto en los que respecta a los motivos del presente recurso y los restantes que ante la nueva casación ante sentencias del TSJ que ya han resuelto en apelación las de las Audiencias Provinciales el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que, respecto a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Como se ha reiterado por la doctrina y la **Jurisprudencia de esta Sala ante la nueva vía de la casación ante sentencias dictadas por los TSJ:**

1.- La Sentencia contra la que se interponga el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación.

2.- Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

3.- Respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba.

Hay que destacar que en relación a este y otros motivos alegados existe adecuado proceso motivador del tribunal de apelación ante el que se ejercitó el motivo que se reitera en este caso. Frente a las alegaciones del recurrente reiterando las formuladas ante el Tribunal de apelación el proceso de motivación es suficiente, ya que queda implicado por las pruebas ya expuestas

Pues bien, realizada esta precisión hay que concretar que desarrollando los motivos de queja insertos en el primero expuesto por el recurrente hay que señalar que:

a.- No puede admitirse la queja, por cuanto el encuentro previo fue buscado de propósito por el condenado, a fin de tener un enlace por medio del cual realizar el buen fin operativo de la entrada de droga, y es cuando se produce el contacto, ese indicio lleva a la petición de autorización de la intervención del agente encubierto, ya que ésta no puede llevarse a cabo con anterioridad de forma prospectiva, con lo que metodología que se lleva a cabo es la correcta. Sería prospectiva si se llevara a cabo la misma petición a los efectos de comprobar si, en efecto, existían indicios de actividad delictiva, pero no es así, sino que la petición se lleva a cabo cuando los indicios existen.

A tal efecto señala el Tribunal de la Audiencia Provincial que:

"Si según se desprende de los oficios policiales y de las declaraciones de los testigos en particular del Instructor de las diligencias, **la iniciativa de buscar algún agente para allanar el camino de entrada en la aduana, parte de los investigados.**

Es precisamente a raíz de ello cuando se decide por la policía solicitar la autorización a la Fiscalía para el agente encubierto, que comienza una vez tiene la autorización.

Los contactos deben enmarcarse dentro de las labores de información que hace la policía.

Por las defensas se alega que este contacto previo, que consideramos irrelevante a los efectos de la validez de la prueba practicada, cobra especial importancia porque quieren vincularlo a que es el mismo agente quien intervino. Y éste, cuando declara como testigo, indica que solo interviene una vez tiene la autorización. La Sala concluye que esto no es determinante, si el primer contacto fue con la persona que luego fue agente encubierto, u otro policía, el que hizo ese contacto, o lo mantenía, o fue a través de confidentes, queda en el ámbito del actuar policial, y lo que se acredita por la prueba es que la concreción de las actuaciones del agente Bucanero, el método de contacto mediante la cuenta de correo, lo que de él esperan, lo que quieren del mismo, el precio que cobrara y como lo cobrara, lo fijan en las reuniones que se tienen una vez que ya está vigente el decreto. No puede considerarse esencial que el instructor en la declaración del juicio no haya sido más preciso en cuanto a quien concretamente se reunió antes de que se autorizara el agente encubierto.

Lo que importa es que una vez que se dan las **informaciones mínimamente consistentes**, la policía actúa correctamente solicitando la autorización para intervenir. El propio " Bucanero " (agente encubierto de la GC)



declara en el juicio que no se reunió antes con los investigados, pero, repetimos, ello en nada modifica el fondo del asunto, un aspecto es obtener y trabajar una información a través de la confidencia o los contactos, otro involucrarse en las actuaciones que para lo que se necesita la autorización".

Pues bien, sobre la figura del agente encubierto hay que recordar que la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas insta a los Estados, en su art. 2.1, ya obligaba a los Estados a adoptar las medidas necesarias, incluidas las legislativas, para cumplir las obligaciones de la Convención en la persecución del tráfico de drogas; admitiendo al tiempo, la Convención de Naciones Unidas de 15 de noviembre de 2000 contra la delincuencia organizada transnacional, en su art. 20, como técnica especial de investigación, las operaciones encubiertas, disponiendo al respecto que "los Estados adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio, con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada".

En el plano europeo, el Convenio de asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000, refiere a las investigaciones encubiertas como investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúan infiltrados o con una identidad falsa, investigación que habrá de realizarse conforme a la normativa interna del Estado en cuyo territorio se realice la investigación. El mismo Convenio, señala que los agentes encubiertos deberían tener una formación específica, y podría recurrirse a ellos en particular para que se infiltraran en una red delictiva con vistas a obtener información o a ayudar a identificar y detener a los miembros de esa red.

Pues bien, la metodología a seguir en estos casos "no excluye la posibilidad del contacto previo agente-sospechoso". Y ello no desnaturaliza la corrección del proceder de la fiscalía y los agentes.

Así, esta Sala de Tribunal Supremo en Sentencia 575/2013 de 28 Jun. 2013, Rec. 11276/2012 se pronuncia en el sentido de recoger que:

"La existencia de un contacto previo entre el recurrente y el agente encubierto, enmarcados en una relación derivada de las labores de prevención y captación de información propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en modo alguno conlleva una infracción de alcance constitucional... **Carecería de sentido, con el fin de sostener la validez de la diligencia de prueba, la exigencia de que la autorización del agente encubierto se produzca a ciegas, con exclusión de cualquier contacto previo entre la persona que va a infiltrarse en la organización y quienes aparecen como miembros sospechosos de una red delictiva.**

Es contrario a elementales máximas de experiencia concebir la infiltración en un grupo criminal como la respuesta a una invitación formal a un tercero que, de forma inesperada, curioseara entre los preparativos de una gran operación delictiva. La autorización judicial, por sí sola, no abre ninguna puerta al entramado delictivo que quiere ser objeto de investigación. Antes al contrario, la cerraría de forma irreversible. De ahí que esa resolución tiene que producirse en el momento adecuado que, como es lógico, no tiene por qué ser ajeno a una relación previa que contribuya a asentar los lazos de confianza".

Con ello, ese contacto previo no excluye la validez de la petición policial de autorización posterior, y, por consecuencia, no se invalida el proceder de la actuación policial del agente encubierto que no viene viciada por el encuentro previo, sino que sirve de base para la adopción de la medida en la misma posición que la exigente y suficiente investigación previa policial como paso previo a instar por oficio la medida de injerencia en el secreto de las comunicaciones mediante el dictado del auto de intervención telefónica.

También, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 277/2016 de 6 Abr. 2016, Rec. 10714/2015 se recoge que:

"Rebatiendo la alegación de que un agente encubierto había empezado a actuar sin contar con autorización judicial, dirá la STS 835/2013, de 6 de noviembre:

"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...".

Se desestima este submotivo.

b.- Esta cuestión entra dentro de la previa labor de investigación acerca de la identidad de los sospechosos y sus circunstancias personales, sin que ello arroje ningún vicio invalidante y determinante ni de indefensión ni de nulidad de las pruebas obtenidas con la intervención del agente.

Señala con acierto sobre ello el TSJ que:

"Aparte de la salvedad que debe hacerse en cuanto a la utilización del término jurídico organización (porque, en realidad, ambos vienen condenados como miembros de un grupo criminal del artículo 570 ter C.P.), los fundamentos que emplea el Tribunal de instancia para entender a ambos como miembros de un grupo criminal, se comparten plenamente en esta alzada.

Así, los Sres. Carlos María y Teodosio son quienes entran en contacto con el agente encubierto, con quienes éste tendrá varias reuniones, quienes le proponen la introducción de cocaína en España a través de pasajeros que la llevan en su equipaje, solicitando del agente encubierto que se ocupara de que las maletas no tuvieran registro ni inspección alguna en la Aduana, quienes hacen varios intentos de introducir la sustancia a través de diferentes personas, cuyos datos de filiación, facilitan a Bucanero a través de la bandeja de borrador del correo electrónico del que dan al agente clave de acceso, quienes, en definitiva, mantienen los contactos entre Colombia y Barcelona, por cuanto es obvio que la elección de personas que pudieran hacer los meritados viajes con sustancia en el equipaje precisaba de otras personas que, desde Colombia, hicieran esa selección, obtuvieran la droga, la prepararan para el viaje, la colocaran en el equipaje, adquirieran el billete de avión y, por tanto, tras toda esa preparación (que requiere de tiempo y de organización), hicieran posible la llegada del viajero y de la maleta con la sustancia hasta el aeropuerto de El Prat.

Como acertadamente se recoge, además, en la sentencia, en algunos de los mensajes que se intercambiaban los investigados con el agente encubierto a través de la bandeja del borrador del correo electrónico, se utilizan expresiones que dan clara idea de una organización: a folio 35 se dice (correo de 9 de junio de 2016) "...hemos cancelado la operación -en referencia a uno de los intentos de introducción de cocaína a través de El Prat- debido a que nos hemos reunido para recoger el dinero y el señor nos cambió los mínimos y la forma de trabajar... (...)

Dice el amigo mayor que si es tan amable de darnos una reunión de urgencia para día lunes o martes para explicar unas gestiones muy reales...".

Pero otros mensajes también dan buena muestra de la estructura organizada en que se movían los acusados: el 6 de febrero escriben: "..mi hermano dice que si podemos mirar.."; el 11 de febrero: "..están esperando el ok los de abajo para empezar..".

Y a folio 21 se reproduce por los investigados el mensaje que, a su vez, han recibido -se desprende que de Colombia- en relación a una de las operaciones que intentaban llevar a cabo, y el 24 de mayo (folio 32) tras una de estas operaciones frustradas, los investigados escribirán al agente encubierto "...nos acaban de decir que la señora no salió...(..) nos aseguran que el jueves para el viernes sale..." en clara referencia a la información que sobre todos estos pormenores reciben regularmente los investigados de Colombia.

No puede prosperar, pues, las alegaciones del recurrente según las cuales no se identifica en la instrucción un solo hecho criminal o indicio de su comisión.

En cuanto a la existencia de antecedentes penales, en los Hechos Probados de la sentencia se recoge que Carlos María cuenta con una condena firme de 23 de noviembre de 2012 por la Sección Sexta de la A.P. de Barcelona por un delito contra la salud pública, y respecto del Sr. Teodosio, nada se dice en relación a condenas penales anteriores. El hecho de que se hiciera mención a que ambos contaban con antecedentes penales en las diligencias remitidas por la Guardia Civil a la Fiscalía en la solicitud de autorización de un agente



encubierto, en nada cambia la validez del Decreto que finalmente se dicta, por cuanto los razonamientos contenidos en el mismo en ningún momento apuntan a la condición de penados de los investigados como elemento de valoración para decidir la oportunidad de la autorización de un agente encubierto que se insta por el Servicio Especial de Antidroga y Delincuencia Organizada. Tampoco deviene determinante que carecieran de medios de vida, por la misma razón".

Vuelve a reiterarse este extremo en la casación estando debidamente motivado por el Tribunal que resuelve la apelación.

Se desestima este submotivo.

c.- De alguna manera se incide en la validez del origen de la investigación por la fiscalía y la prórroga. Pues bien, respecto a este punto señala el Tribunal de instancia que:

"En cuanto a la insuficiencia de la información que se da para emitir los decretos autorizantes, en particular el oficio de 21/1/16 (fol.203), y posterior decreto de 27/1/16 (fol.205) que autoriza la intervención del agente por dos meses debe significarse que de una atenta lectura del mismo se deduce la explicación de que existen indicios con referencia a personas que tenían ya condenas anteriores por delito contra la salud pública lo cual es suficiente para iniciar la investigación, el agente encubierto en este caso cumple la función de comprobación de estos indicios.

El segundo decreto explica los contactos y reuniones habidas (fols. 219,220 y 212) se han presentado resultados de las entrevistas de fechas 28/1/16 y, 11/2/16, y los seguimientos de los investigados. Dándose de nuevo cuenta al decanato por oficio de la mencionada prórroga (fol. 215). Los oficios contienen esta información básica para iniciar las diligencias, y se abren las de Investigación n° 30/16, de la Fiscalía, constan aportados todos los oficios sucesivos para la renovación de las autorizaciones, y en los que se da cuenta de la evolución de la gestión para traer a personas con droga para la organización, asimismo, constan no solo los pantallazos y transcripción de los correos electrónicos sino también los resultados de los seguimientos y las diversas reuniones mantenidas por algunos de los investigados y el agente encubierto, todo lo cual obra en el atestado que se presenta al juzgado, folios 6 al 39, así como en los diferentes decretos, quedando resumido en el decreto de 27/6/16, por el que se acuerda el cierre de las diligencias de investigación y entrega al Juzgado de Instrucción n° 29 de Barcelona que se hizo cargo de los detenidos (fol. 199 T-1). Se hacen constar también el decreto de cierre de 10/6/16 por ausencia de elementos probatorios suficientes, lo que pone de manifiesto el control efectivo de la Fiscalía sobre las actuaciones.

En cuanto a la denunciada intervención del agente encubierto sin autorización el día de los hechos, cabe decir que el nuevo decreto, por la comunicación del 22/6/16, reabre y renueva la autorización ante la información de que la organización se encuentra llevando a cabo un transporte. Fecha esta en la que tuvo lugar la intervención de la sustancia y detención de las personas implicadas.

Las defensas han manifestado también con motivo de solicitar la nulidad, que la intervención del agente encubierto el día 22/6/16 se produce porque él (Bucanero) había tenido conocimiento de la operación sin estar autorizado en ese momento, es decir le atribuyen la entrada en la cuenta de correo electrónico, de la que concluyen obtuvo la información de que el transportista de la sustancia estaba ya volando. Debemos rechazar esta conclusión.

Es cierto que hubo un archivo en las diligencias de Fiscalía y el cese de la autorización del agente encubierto, pero también lo es que el mismo día 22/6/16, se tiene noticia policial de que se está produciendo el transporte, lo que activa la solicitud de nueva autorización. Nos consta la declaración del sargento, instructor de las diligencias GC con TIP NUM001 , que indica de una parte el conocimiento que tiene a través de la policía Colombiana en el aeropuerto de "El Dorado de Bogotá" con el que mantiene contacto y además que tenían en marcha varias operaciones sobre posible transportes; se indica que tiene conocimiento a primera hora de la mañana (sobre las ocho) hora española, que solicita la autorización a Fiscalía para que el agente encubierto actúe entre las 12 y las 13 horas y que la recibe, autorización que se recogió según consta en el folio 355 de las actuaciones a las 14.07 horas, por un agente de policía judicial. Siendo a partir del momento en que se conoce la vigencia de la autorización, que actúa el agente encubierto, comprueba la cuenta de correo, y se monta el dispositivo en el aeropuerto para la recepción".

Es decir, que consta debidamente detallado el proceso seguido para la recepción de los oficios, el análisis de la suficiencia y la prórroga de la medida con la dación de cuenta con proceso llevado a cabo ante la fiscalía como órgano encargado del proceso de control, ya que recordemos que el párrafo 3° del art. 282 bis LECRIM señala que: *La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.*



Por ello, es la fiscalía quien lo ha validado y el Tribunal de instancia hace cumplida referencia a esta cuestión en torno a la validez del proceso seguido a tal efecto.

Ante este tema del origen del proceso de investigación en la sentencia del TSJ al resolver el recurso de apelación se puntualiza que:

"Por lo que hace al contenido del **Decreto de la Fiscalía de 27 de enero de 2016** (dictado en el seno de las Diligencias de Investigación Penal 30/2016 de la Fiscalía Provincial de Barcelona, obrantes a folios 198 y siguientes), el mismo trae causa del **Oficio no 391 de 25 de enero** presentado por el Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga de la Guardia Civil (EDO) en el que se relacionan unos **hechos concretos, que involucran a personas determinadas en la consecución de ilícitos típicos, también determinados**.

Así, se informa de que "Existen dos personas que han estado realizando intensas gestiones con el objeto de acceder a un miembro corrupto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, al objeto de comprar sus servicios para materializar la entrada de importantes partidas de droga".

Se facilita la identidad completa de esas dos personas: nombre y apellidos, NIE, fecha y lugar de nacimiento, y se afirma que cuentan con antecedentes, en ambos casos, contra la salud pública y estafa, además de por delitos de falsedad en el caso de uno de ellos, Carlos María .

La exactitud de tales datos queda fuera de toda duda, a la vista del desarrollo de la investigación, pues, efectivamente, los Sres. Carlos María y Teodosio resultarán finalmente, objeto de investigación y, posteriormente acusados en autos, por la introducción en España de una cantidad importante de cocaína.

Pero se informa de más cosas. Así, se pone en conocimiento de la Fiscalía que estas personas tienen intención de contactar con algún miembro de Cuerpo Policial que les permitiera materializar la entrada en España de droga, vía aérea, concretamente por el aeropuerto de El Prat. Se dice también "Que ambas personas formarían parte de una organización de narcotraficantes asentada presuntamente en la provincia de Barcelona, realizando funciones de intermediación, siendo el objetivo de ésta introducir maletas por el aeropuerto de El Prat, ocultando cocaína en ellas".

Y, asimismo, se señala que "De los últimos contactos mantenidos con Carlos María y Teodosio , se tiene conocimiento de que han tratado con una organización que se dedicaría a enviar de manera regular cantidades de sustancia estupefaciente, cocaína, y están demandando una reunión, de modo inminente, con un funcionario corrupto, con el objeto de asegurarse la introducción de ésta en España para poder recepcionarla y posteriormente ponerla a la venta".

El conjunto de información que se facilita a la Fiscalía es suficiente para la autorización que se insta en aras a la actuación de un miembro de esa Unidad Operativa como agente encubierto.

Como se constata de inmediato, en el oficio se mencionan datos precisos que evidencian la voluntad coordinada de los finalmente imputados para la introducción en España de cocaína (como finalmente, ocurrió), por vía aérea, a través del aeropuerto de El Prat, de forma regular, y contando con la intervención de un agente corrupto que salvara los obstáculos que dicha introducción podía presentar en los controles policiales (como, finalmente, ocurrió).

El requisito de tratarse de actividades propias de delincuencia organizada que exige el artículo 282 bis Lecrim. para la autorización de esta actuación de un funcionario de Policía bajo identidad supuesta también se cumple, pese a las objeciones que a ello opone la defensa.

A su juicio, el oficio policial sólo habla de dos personas que quieren importar sustancia estupefaciente, censurando las apreciaciones hechas en la sentencia de instancia, que estima que los contactos de los dos investigados en Colombia permitían inferir su pertenencia a una organización criminal, como posteriormente se ha demostrado, con la existencia de un enlace (el propio Sr. Jose Daniel) que puso en contacto a Carlos María y Teodosio con terceras personas interesadas en la adquisición de la sustancia o en su distribución".

Se relacionan, pues, las circunstancias habilitantes para la investigación y las razones para llevarlo a cabo, no tratándose de una autorización de la fiscalía infundada, o basada en meras sospechas, sino en datos relevantes que, además, habían sido obtenidos, obviamente, del previo contacto, lo que da lugar a la investigación y profundización, llegando a un punto en el que se tiene por necesario el dictado de la autorización de la fiscalía para la continuidad de la investigación mediante la definitiva introducción del agente encubierto de construcción legal en base a la necesidad de creación de esta figura contra este tipo de criminalidad, una vez constatado, como se ha hecho la existencia de indicios que precisan ser corroborados para la obtención de indicios determinantes de la comisión de un ilícito penal, como aquí finalmente ocurrió con el desenlace final de la detención, tal y como se relata en el resultado de hechos probados.



Sobre la necesidad de autorización específica para el acceso al correo electrónico lo descarta el Tribunal alegando que:

"El derecho a la intimidad en ningún caso ha sido vulnerado, pues la cuenta a la que se accede por el agente encubierto con la debida autorización es una cuenta creada para la ocasión pero lo que más importa es que **son los propios investigados los que le dan al Agente " Bucanero " la dirección y las claves de esa cuenta para acceder y comunicarse, es en ella donde se recibirán los avisos, es donde de depositara (bandeja borrador) las documentaciones de los posibles viajeros para ver si estaban "limpios" es decir sin antecedentes", y por ello podrían ser "correos" idóneos, y es de esta bandeja borrador de donde se extraen los pantallazos.**

Por otro lado, como ya ha quedado explicado a lo largo del juicio en particular en la mecánica de actuación por parte del agente Bucanero y por los policías que han declarado ratificando sus diligencias anteriores; ésta, consistente en que los mensajes se leían, pero no se enviaban sino que eran puestos en la bandeja borrador del programa de correo electrónico "out look" para ser leídos, desde luego por quienes tuvieran acceso a la cuenta, con las claves que le habían sido facilitadas. Véase incluso como consta en el atestado y como se hacía ver en el auto dictado por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 10/2/17 (fol.813 y sigtes.), los propios investigados que al inicio le dieron al agente encubierto la contraseña de " DIRECCION001 ", con la que inician el acceso a la cuenta y la comunicación, el 15/2/16 le piden que la cambie a " DIRECCION002 ". Por tanto, desde el punto de vista del origen de la cuenta, como de los mecanismos de acceso, partiendo de que la autorización era correcta, se rechazan las alegaciones relativas al derecho a la intimidad. Todos quienes participaban en la cuenta sabían su finalidad como medio de comunicación entre las personas del grupo por lo que con dificultad puede sostenerse esa tesis.

En definitiva, rechazamos las denuncias relativas a que se viola el secreto de las comunicaciones, pues no se trata de comunicaciones en el sentido traslativo, sino que la bandeja borrador de la cuenta era el lugar donde se depositaba información, no eran llamadas telefónicas, que sí hubieran requerido autorización judicial, ni tampoco eran intervenciones informáticas especializadas para adentrarse en espacio de comunicación privados excluyentes de otras personas sin su conocimiento, o entrar en las redes sociales lo que también requeriría autorización judicial. Aquí ellos (los investigados) le dieron la cuenta y las claves de acceso, haciéndole usuario de la misma, sin que hubiera expectativa alguna de privacidad, precisamente en la reunión de 28/1/16, siendo el decreto de fecha 27/1/16".

No se trata, pues, de una injerencia en la intimidad del afectado, sino en un acto voluntario de intercambiar mensajes en una dirección de correo mediante una actuación voluntaria, no lo olvidemos, de facilitar clave de acceso para la inserción de mensajes de borrado instantáneo. Por ello, no hay injerencia alguna en el secreto de las comunicaciones, sino libre disposición de las mismas por el ahora recurrente cuando cuestiona un acceso al que se le facilita libre entrada, por lo que no hay la pretendida vulneración de un derecho sobre el que la parte provoca y efectúa una libre cesión del sistema de acceso a la información mediante la cual el fin era la comisión de un hecho delictivo, y el agente ya estaba investido de la autoridad que le otorgaba su condición de agente encubierto, sin que, por ello, éste haya llevado a cabo ninguna injerencia, sino compartir acceso a una información con el propio autor del delito.

Incidir, también, en que con respecto a la autorización para la figura del agente encubierto se desenvuelve en el terreno de la "delincuencia organizada", y a estos efectos lo extendemos a lo que se entiende en el art. 570 Bis CP como organización criminal y al art. 570 ter CP de grupo criminal, ya que cuando el art. 282 bis LECRIM se refiere a que " **cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez,** se está refiriendo a cualquiera de estas dos modalidades antes citadas, y no solo a la del art. 570 bis CP. En cualquier caso, los hechos probados describen ese grupo criminal que tenía ese objetivo concreto de utilizar esa vía de entrada de droga para lo que se diseñó el operativo, y contando, nada menos, con una infraestructura tan importante, como era la de las gestiones para contactar con un agente policial que les "abriera las puertas" del acceso sin inconvenientes, lo que evidencia una conducta reiterada y actitud propia de la delincuencia organizada, y no un hecho aislado de codelincuencia.

Con respecto a la necesidad de la articulación de la vía del agente encubierto informático del art. 282 bis.6 LECRIM debe descartarse la necesidad de poner en marcha el mecanismo autorizante de esta vía, dado que el Tribunal argumenta con acierto que no era necesario que: " se hubiera hecho autorización específica de un agente encubierto informático una vez se conoció el medio a través del cual iban a establecerse las comunicaciones entre los investigados y Bucanero . No existe vulneración a la intimidad ni al secreto de las comunicaciones por el hecho de acceder a una cuenta de correo de la que se ha facilitado la contraseña por su titular; por ello, el hecho de que esa forma de comunicación se instaurara por los investigados desde el principio de sus reuniones con el agente encubierto en nada incide en la corrección de la autorización, ni hacía necesario dar inmediata cuenta de ello al Ministerio Fiscal autorizante, porque no afectaba a derechos



fundamentales y no precisaba, pues, de confirmación judicial. Contemplado en el inciso.6 del artículo 282 bis Lecrim (introducido por LO 13/2015 de 5 de octubre) el agente encubierto informático es una de las nuevas figuras desarrolladas en la reforma de la LECrim. relativa a la regulación de las medidas de investigación tecnológica. El inciso 6 amplía el catálogo de delitos que permiten el uso de la figura, de manera que a los que contempla el 282 bis .4 se añaden los delitos previstos en el artículo 588 ter .a, esto es, delitos dolosos con pena máxima de al menos 3 años de prisión, organizaciones o grupos criminales y terrorismo (por remisión al 579.1) "...o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación".

La autorización de su actuación bajo identidad supuesta debe ser concedida por el Juez de Instrucción, exclusivamente, y su función esencial prevista es la de "actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación". Y es aquí donde, con claridad, se desvela la innecesariedad del agente infiltrado informático que, a juicio del apelante, se ofrece indispensable en estos autos: no asistimos a una incorporación del agente encubierto Bucanero a una red cerrada de comunicación entre usuarios; antes al contrario, el agente es invitado por los titulares de la cuenta de mail a participar en ella, intercambiándose mutuamente información y facilitando, para ello, la contraseña que, con el consentimiento, por tanto, de los investigados, le permite acceder al mail. Por tanto, asistimos a un interlocutor (los investigados) que de forma activa y voluntaria han consentido la introducción en su canal de comunicación de un tercero (el agente encubierto) que, por tanto, participa con normalidad en el intercambio de información. Tampoco las facultades reconocidas por el artículo al agente encubierto informático tienen encaje en la actuación que llevó a cabo Bucanero : el legislador prevé que pueda intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de esos archivos. Y nada de eso hizo el agente de autos. En definitiva, ninguna razón justificaba la incorporación a la investigación de un agente encubierto informático."

En efecto, la vía del agente encubierto informático no era preciso al no constatarse una injerencia externa en medios tecnológicos de comunicación, sino una coparticipación directa entre los implicados y el agente encubierto en un mecanismo "compartido" entre ellos de información interna para facilitar la información de las llegadas de cocaína, lo que no implica un canal cerrado de comunicación en el que el agente encubierto quedaba fuera, sino que estaba dentro del mismo por la invitación a su uso compartido para conocer la información de las llegadas de droga.

Se desestima este submotivo.

d.- Se cuestiona el incumplimiento de la dicción literal del art. 282 bis LECRIM en cuanto señala que *el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.*

El objeto de la queja es que no se ha dado la "dación de cuenta al juez", por entender que no se ha hecho al juez de guardia, sino al juez Decano.

Pues bien, sobre ello la Audiencia Provincial señala que:

"La intervención judicial como hemos indicado no era necesaria para operar, y la comunicación que la ley establece **se ha efectuado de forma correcta al haberse indicado al Decanato de Barcelona.** En efecto, **cuando se da comienzo a la investigación no puede determinarse el juzgado competente, y siendo válida la autorización efectuada por el decreto de la fiscalía, se da cuenta del mismo a la autoridad competente del lugar en este caso al Decanato** de la ciudad de Barcelona que es donde se producen los contactos (en el mismo sentido la resolución de la AN de 3/1/17, auto 23/17) en la que consta la dación de cuenta al decanato en caso tramitado por el mismo procedimiento, esto es decreto autorizante del Ministerio Fiscal.

En este caso incluso algunos de los investigados tenían domicilios en otros lugares diferentes de Barcelona, donde se producían las reuniones, como Segur de Calafell (Tarragona) lo que se deduce de los seguimientos efectuados por la policía cuando después de las reuniones (28/1/16 y 11/2/16) Carlos María y Teodosio volvían la citada localidad, o iban al locutorio en la misma. Ello se ha ratificado en el acto de la vista. Los contactos eran con Colombia, y no estaba determinado donde se producirá la operación. Ello se explica en el oficio al decanato (fol. 209) dación de cuenta del primer decreto de Fiscalía, y de la de prórroga (fol. 215). Por tanto, no podemos asimilar la falta de comunicación directa al juzgado que luego resultaría competente para la instrucción de la causa a la invalidez de la comunicación, porque se efectúa al Decanato cuando está indeterminada la competencia final para la misma. En suma basta la comunicación al Decanato, cuando aún no se sabe cuál es el órgano competente, que en su momento es quien procederá al reparto del asunto, y quien recibe en sus servicios todas las comunicaciones referidas a los órganos del partido judicial, con obligación de custodia".



Ahora bien, relevante es en la materia objeto de estudio la referencia a la forma de operar en estos casos, lo que entra de lleno en materia propia de organización judicial, y, en concreto, en la aplicación de lo dispuesto en el **art. 25.3 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales**, que señala que:

3. Desde la presentación de la demanda, denuncia, querrela o cualquier pretensión principal que se ejercite ante los órganos judiciales, los servicios del Decanato, o el órgano judicial, en su caso, atribuirán al procedimiento un número de identificación del que quedará constancia en todos sus trámites, incidentes, fases e instancias, sin perjuicio del número de registro que en cada caso se le asigne. El número de identificación se incluirá en todas las comunicaciones que se entiendan con las partes del procedimiento y con los demás interesados en el mismo.

Por un lado, pues, cabe que la petición se dirija al decanato del partido judicial y que éste, luego, la turne al juzgado competente para su conocimiento, pero la dicción del art. 282 bis LECRIM de la autorización de la fiscalía de la intervención del agente encubierto "dando cuenta al juez" no puede ni debe quedar viciada por la circunstancia de que se realice el juez decano, ya que es éste luego el que en base al antes citado art. 25.3 la turnaría al juzgado competente.

Por otro lado, estas cuestiones deben provocar una situación de indefensión que no es el caso, ya que no consta en modo alguno que la mera dación de cuenta al Juez decano, que, por otro lado, es lo que marca la normativa de organización judicial le haya producido situación de indefensión al recurrente, ya que se trata de un acto de mera "dación de cuenta", no de un acto exigido de habilitación, o una expresa autorización validante de la actuación de la fiscalía. El legislador, cuando regula al agente encubierto otorga un doble y alternativo sistema de autorización, ya que se lo concede al Juez de Instrucción competente, es decir, el que ya estuviere conociendo de una investigación ya abierta, o el Ministerio Fiscal, en cuyo caso debe atribuirse a éste esa inicial función investigadora sin proceso judicial abierto para autorizar la intervención del agente encubierto, con una mera "comunicación no exigente de confirmación alguna" al "juez" sin añadir nada más. Por ello, en los casos en los que no exista investigación judicial abierta cumple el Ministerio Fiscal con su función comunicándolo al juez decano para que, a su vez, éste pueda repartirlo al juez que le corresponde por las normas aprobadas de reparto y aprobadas por la sala de Gobierno del TSJ correspondiente.

Por todo ello, el motivo se desestima en las modalidades ya expuestas.

TERCERO.- 2.- RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica con el mismo carácter que deba ser observada por la ley penal, por indebida aplicación del art. 368 del Código Penal (DELITO PROVOCADO).

Considera el recurrente que estamos ante un supuesto de delito provocado, por la conducta del agente encubierto "Bucanero", y que sin la participación del agente encubierto no se hubiera dado inicio a ningún plan criminal, puesto que no existe ni prueba ni indicio de ninguna operación de importación previa a la aparición del agente encubierto y no existe indicio de posesión, mediata o inmediata, de sustancia estupefaciente alguna" y, en consecuencia, nos encontraríamos ante un delito provocado.

Pues bien, sobre el delito provocado podemos recordar que ya esta Sala del Tribunal Supremo señaló que es el que surge "por obra y a estímulos de provocación" (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1972). Pues bien, el delito provocado es aquél que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera simulando primero allanar y desembarazar el iter criminis y obstruyéndolo finalmente, en el momento decisivo, con lo cual se consigue que por el provocador no sólo la casi segura detención del inducido sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas.

Y esta Sala ya señaló en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997, núm. 702/97, rec. 1204/1996, que "... por delito provocado se entiende aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad que, deseando la detención de sospechosa, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiese producido, aunque de otro lado su compleja ejecución resulte prácticamente imposible por la prevista intervención ab initio de la fuerza policial. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático de Derecho y desde luego desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad a los poderes públicos contenidos en el art. 9.3 de la CE".

La doctrina apunta que la estructura del delito provocado se articula en base a tres elementos, en concreto:



- a) como elemento objetivo debe existir una iniciativa en el agente provocador efectuada sobre el provocado, de tal modo que éste actúa a consecuencia de la incitación de que es objeto, incitación que tiene como fin objeto obtener del provocado la respuesta esperada;
- b) como elemento subjetivo, la intención que anima al provocador es la de perseguir al sujeto provocado (sentencias del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1950 y 3 de febrero de 1964), de tal modo que con independencia de los concretos móviles que pueda tener el provocador, el elemento subjetivo común de todo delito provocado es obtener el castigo del incitado, y para ello se le provoca la comisión de un hecho delictivo como medio de obtener la calculada, prevista y querida actividad delictiva.
- c) Por último, el agente provocador ha puesto las medidas precautorias adecuadas para evitar que se pueda alcanzar el resultado desaprobado. Por ello en el delito provocado la imposibilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido es consecuencia de la intervención directa o indirecta del propio provocador.

Del análisis de la jurisprudencia de esta sala, sin embargo, debemos destacar como datos y elementos relevantes en las relaciones operativas entre la figura del agente encubierto y el delito provocado que:

1.- Existencia de ánimo delictivo propio en los autores.

Se rechaza la existencia del delito provocado al constatar que existió un *animus delictivo propio* (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1989). En este caso este ánimo opera con claridad, ya que en el hecho probado se constata que *Con el fin de optimizar su actividad de importación, evitando el riesgo de pérdidas de mercancías como consecuencia de eventuales aprehensiones por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la supervisión aeroportuaria, el equipo integrado por los mencionados Carlos María y Teodosio intentó establecer un contacto con algún agente de la Guardia Civil destinado en el aeropuerto de El Prat que, a cambio de un porcentaje de las ganancias que generaba la actividad de los acusados, dejase que los individuos que realizasen transportes de cocaína para ellos pasasen el control de aduanas sin ser registrados. Tales gestiones de los acusados acabaron dando lugar a que el miembro de la Guardia Civil contactado fuese el agente encubierto identificado como "Bucanero" autorizado por Decreto de 27/1/06 de la Fiscalía Provincial de Barcelona.*

2.- La actividad policial es meramente investigadora.

No hay delito provocado cuando la actividad policial tiene un *animus* tendencial dirigido a realizar una investigación de la actividad de las personas que son sometidas a investigación, y se llevan a cabo operaciones en base a las conversaciones con los implicados que son los que tienen el *animus* inicial delictivo (Así, en la Sentencia de esta Sala de fecha 26 de septiembre de 1990 se recoge que En este caso se había montado un dispositivo por la Guardia Civil quien, por confidencias, sabía que en una avenida de Marbella se traficaba con droga. El condenado ofreció en el momento de su detención a quien resultó ser un agente encubierto la cantidad de 150 kilos de hachís creyendo que era un comprador de droga. La Sala reitera su doctrina al afirmar "no hay pues, en este caso, como en otros análogos, provocación propiamente dicha, para la comisión de un delito, sino actividad encaminada a descubrir una infracción penal cometida o que se está cometiendo, actuación esta última que pertenece a las medidas de prevención y represión de hecho, constitutivos de delito de tanta gravedad y trascendencia como lo son los que hacen referencia al tráfico de drogas de tan importante incidencia en la salud mental y física de las personas, y especialmente de los jóvenes").

3.- La conducta del agente es consecuencial a la conducta de los investigados.

No es el agente encubierto el que lleva a cabo las iniciales conversaciones para la operación a desplegar, sino al revés. Que este acepte no quiere decir que sea un delito provocado, sino que éste recibe la información de los investigados y actúa en su calidad de agente encubierto, facilitando la operación a los superiores y fiscalía para el resultado de la operación y la detención. Según los hechos probados se evidencia que "el propósito criminal" ya existía en la mente de los investigados. El agente encubierto lo que actúa es para recibir la información y facilitar la detención, pero no provoca la comisión del delito.

4.- No debe confundirse la investigación del agente encubierto con tomar la iniciativa el autor de una intención delictiva preexistente.

Hay que distinguir entre el delito provocado y la forma de averiguación de un verdadero delito contra la salud pública, supuesto en el que el hecho delictivo ya existe y viene determinado por la actuación espontánea del autor, que quiere realizarlo sin estar previamente estimulado por un agente provocador.

5.- Es delito provocado "incitar" a cometerlo con actos manifiestos y claros.

La provocación existe desde el momento en que se incita a estas personas para que participaran en una operación de traída de droga, pero no es esto lo que resulta del hecho probado, sino una conducta del agente



que viene determinada por la inicial de los investigados, y ahora recurrente, con un claro propósito de buscar un agente policial que les facilitara la operación. La circunstancia de que este agente hubiera sido designado no lo convierte, por sí mismo, en autor de un delito provocado.

La Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 690/2010, de 1 de julio señala que "en el delito provocado resulta ante todo imprescindible el hecho de la inexistencia previa de cualquier actividad delictiva en trance de comisión del concreto delito de que se trate, de modo que si la ejecución del mismo da comienzo sólo a partir de la intervención del funcionario o agente provocador, pudiendo llegar a afirmarse con seguridad que de no haberse producido tal intervención provocativa el delito no se hubiera llegado a cometer, al menos en las circunstancias concretas en las que el mismo se produjo, sí que deviene procedente la calificación, como "delito provocado", de esa conducta ilícita y, por consiguiente, con fundamento en lo inadmisibles de dicha provocación por parte de las Autoridades entendida como contribución eficaz y determinante a la comisión de un delito, la procedencia de su carácter impune. Pero cuando, como aquí, no es que se hubiese iniciado la ejecución del ilícito sino que los actos realizados por los diferentes partícipes, poseyendo y trasladando la sustancia prohibida, ya podían considerarse integrantes de la consumación de semejante infracción, el que uno de los funcionarios, en concreto un guardia civil, objeto de ofrecimientos constitutivos de delito de cohecho activo, simulase, siguiendo instrucciones de sus superiores, atender a dichos requerimientos delictivos, a fin de colaborar en el completo conocimiento, y posterior acreditación, de las actividades de quienes pretendían corromperle, en modo alguno puede significar "provocación" para la comisión de un delito que, como decíamos, ya se había cometido antes de la intervención, por otro lado no buscada por él, del referido guardia que tan ejemplarmente actuó".

6.- La labor del agente infiltrado no pretende la comisión del delito. El agente se limita a comprobar la actuación del sujeto, recogiendo pruebas de delitos ya cometidos o que se están cometiendo, como apuntan las Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2003 y 5 de octubre de 2004, e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el investigado, como añade la sentencia de esta sala de 12 de junio de 2002, que previamente habrá esperado o buscado terceros para la coejecución o agotamiento del delito, habiéndose ofrecido el agente infiltrado, adoptando para ello una apariencia de persona normal o simulando ser delincuente, como recoge la sentencia de esta Sala de septiembre de 1993. En este caso concreto no se desprende, ni mucho menos, que sea la actuación del agente la que determina que el delito se cometa, sino que de los hechos probados se evidencia con claridad la preexistencia de esa intención en los autores que es lo que motiva la autorización del art. 282 bis LECRIM.

7.- El dolo en el autor o autores ya existe antes de la designación del agente encubierto.

El delito arranca de la determinación del sujeto activo, libre, voluntaria y anterior a la intervención del agente policial (SSTS 5 de octubre de 2004 y 13 de noviembre de 2006), desarrollándose conforme a aquella ideación sin que el agente pueda crear el dolo en los autores, puesto que éstos ya están obrando dolosamente (STS 23 de junio de 1999).

8.- La actuación policial será lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito, y tal circunstancia no consta en modo alguno en los hechos probados.

9.- La provocación de la prueba en el delito provocado.

Señala la doctrina que en el delito provocado, la intervención se realiza generalmente por un agente policial o un colaborador de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad -el agente provocador- antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible [SSTS 23 de junio de 1999 y 25 de enero de 2007] y se realiza en virtud de la inducción engañosa que, con el objetivo de conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta delictiva que se espera [STS 16 de febrero de 2006], incitándole a perpetrar una acción, que previamente no tenía propósito de cometer, de forma que, de no existir ésta, el delito no se habría producido [SSTS 3 de marzo de 2004, 6 de junio de 2006 y 13 de noviembre de 2006], pues la voluntad de delinquir no surge por su propia y libre decisión [STS 13 de junio de 2006], sino a través de una especie de instigación o inducción [STS 15 de septiembre de 1993], en los términos del art. 28.a) CP.

10.- Elementos del delito provocado.

1) elemento objetivo/teleológico: patentizado en la iniciativa del agente provocador, efectuada sobre el provocado, de manera que éste actúa a consecuencia de la incitación de que es objeto, y que tiene por intención obtener del provocado la respuesta esperada, con la finalidad última de detenerle;

2) elemento subjetivo: constituido por la creación que realiza un agente policial de un dolo de delinquir en un tercero, mediante la incitación a la comisión de un delito, si bien esta inducción es engañosa.



3) elemento material: integrado por la ausencia de riesgo o puesta en peligro para el bien jurídico protegido, porque la operación, desde su ideación, está bajo el control policial. Por tanto, la acción es atípica, no cabiendo acción punible, ni sanción.

11.- Diferencias entre el agente encubierto y el agente provocador.

Destacamos las notas distintivas que la doctrina rescata en las diferencias con el agente encubierto, y que son evidentes:

- a.- El agente provocador no se infiltra en la organización criminal, sino que tiene un contacto limitado con la misma o con algún delincuente;
- b.- El agente provocador no usa una identidad ficticia, sino que se limita a ocultar su condición de agente de policía, engañando así a los delincuentes;
- c.- Al ser el engaño menor y la relación con los delincuentes más corta, el riesgo de vulneración de derechos fundamentales es mucho menor en la actuación del agente provocador que en la del agente encubierto; y,
- d.- La finalidad de la actuación del agente provocador es detener al delincuente en el instante, impidiendo el agotamiento del delito, mientras que el agente encubierto recaba información, ya que por encima de la incautación de efectos del delito o detenciones concretas está la desarticulación de una organización criminal.

En este caso la figura del agente era "encubierto" del art. 282 bis LECRIM, con un objetivo de investigación y control, no para llevarles a la comisión de un delito, ya que esta comisión ya estaba predefinida, restando la operativa acerca de cómo llevarlo a cabo y cómo evitar riesgos, para lo que el hecho probado señala el diseño de la pretensión de colaboración con un agente policial.

Pues bien, dicho esto el TSJ motiva con acierto, al serle planteado este mismo motivo que:

"No se ha sustanciado prueba alguna que concluya que asistiéramos a un delito provocado, por cuanto nada se ha acreditado que, ni siquiera de modo indiciario, permitiera considerar que la iniciativa criminal corrió a cargo del agente encubierto. Los agentes han sido lo suficientemente explícitos, dentro de las reservas propias de su actividad de investigación, para dejar claro que reciben información sobre la voluntad de Carlos María y Teodosio en contactar con un agente que estuviera dispuesto a eliminarles los obstáculos administrativos y aduaneros de la llegada a España de la droga. No se detecta una ocultación interesada de información.

Se hace difícil considerar la provocación que se alega por el recurrente si tenemos en cuenta, además, que la infraestructura necesaria para la entrada de cocaína por vía aérea procedente de Colombia no puede improvisarse de ninguna manera.

Ya hemos dicho en más de una ocasión a lo largo de la presente resolución que los hechos evidencian que los Sres. Carlos María y Teodosio contaban con personas en Colombia que llevaban a cabo labores de selección de los correos humanos, adquisición de la sustancia y su entrada en España, que precisaba de tiempo, contactos, dinero y gestión de la documentación necesaria para viajar, de modo que se hace difícil imaginar que el agente encubierto hubiera invitado a los investigados a cometer delitos que les obligaban, antes que nada, a contactar con personas en Colombia dispuestas a participar en hechos de este calibre y, además, a tener dinero suficiente para hacer frente a los gastos que todo ello conlleva".

La construcción del recurrente de que para cometer el delito les hacía falta un agente que se prestara a colaborar con ellos no convierte el hecho en delito provocado, ya que la función adecuada del agente es la que hizo, a fin de continuar el "modus operandi" previamente diseñado por los autores, lo que desconecta toda posibilidad de concurrencia de delito provocado, como se ha explicado anteriormente. Es a través de las informaciones que llegan a la Guardia Civil, que se tiene conocimiento de la existencia de una actividad delictiva previa y grave, no solo por el transporte de importantes cantidades de cocaína desde Colombia sino por la búsqueda de un agente de la Guardia Civil que les facilitara la entrada en el aeropuerto de Barcelona y, en consecuencia, es por ello que se solicita al Ministerio Fiscal que autorice la intervención de un agente encubierto. Es el agente encubierto quien les da la seguridad de que esa actividad delictiva ya ideada y previamente planificada va a tener éxito. En esta ocasión la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente encubierto, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo, por indebida aplicación del art. 570 TER del Código Penal.



La queja por la inclusión en el grupo criminal que prevé el art. 570 ter CP debe rechazarse por la propia redacción del hecho probado, según el cual:

*"... desde enero de 2016 y hasta junio de 2016 los acusados, Carlos María y Teodosio, **junto con otros individuos que no han sido habidos en las presentes actuaciones, formaban un colectivo estructurado dedicado a la obtención de un ilícito beneficio económico mediante la ilícita introducción en España de importantes cantidades de cocaína a través del aeropuerto de El Prat.** A tal fin, algunos de los miembros del entramado se encontraban establecidos en Colombia, siendo los encargados de aprovisionarse en primera instancia de la sustancia, así como de buscar sujetos que la transportasen ocultas en maletas hasta España. A su vez, los acusados Carlos María y Teodosio eran los encargados de coordinar el envío desde Barcelona, manteniéndose al corriente de la identidad y plan de vuelo de los viajeros que trajeran la cocaína para poder recibirlos en Barcelona y, a la mayor brevedad posible; estar en condiciones de proceder a la transmisión a terceros de la sustancia.*

Con el fin de optimizar su actividad de importación, evitando el riesgo de pérdidas de mercancías como consecuencia de eventuales aprehensiones por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la supervisión aeroportuaria, el equipo integrado por los mencionados Carlos María y Teodosio intentó establecer un contacto con algún agente de la Guardia Civil destinado en el aeropuerto de El Prat que, a cambio de un porcentaje de las ganancias que generaba la actividad de los acusados, dejase que los individuos que realizasen transportes de cocaína para el ellos pasasen control de aduanas sin ser registrados..."

Para la correcta operatividad de esta calificación se exige la unión de más de dos personas, y, de otra, una finalidad criminal, es decir, el concierto previo y coordinado para delinquir.

El Tribunal de instancia ha valorado la prueba practicada y depura y define con detalle a quién le aplica la comisión del delito del art. 570 ter CP y a quien no. Y para ello señala que:

"En el caso de autos solo cabe atribuir el delito de grupo criminal a los tres primeros acusados, es decir a Carlos María y Teodosio y Miguel Ángel (aunque el TSJ absuelve posteriormente en su sentencia a este último del delito del art. 570 ter CP, pero ello no afecta a una exclusión de los anteriores de este tipo penal).

Los **dos primeros** intervienen en la preparación la búsqueda del funcionario, son los que se reunían con él, constan los seguimientos (28/1/16 y 11/2/16) en Barcelona en la cafetería de El Corte Ingles siendo ellos quienes mantienen las relaciones con el agente encubierto, quienes le facilitan el número de cuenta y contraseña estableciendo el método de comunicación y contacto entre ellos, es decir imponen las reglas.

Son los que mantienen los contactos en Colombia y quienes reciben la información de las operaciones cuando están preparados los correos para el transporte. De hecho, en los mensajes depositados en varias ocasiones se habla de mi "hermano" (por hermano de Teodosio) lo que se confirma con la declaración del agente encubierto Bucanero; es a través de la cuenta por la que se toma conocimiento de quienes traerían sustancia.

Por tanto **al iniciarse las actuaciones y autorizar al agente encubierto, al menos dos personas en España y otra en Bogotá (aparte los correos) estaban concertadas para la realización de los envíos, concurriendo serios indicios de la estructura del grupo, al que se incorpora luego el correo como explicaremos.**

El hecho de que hubiera varios intentos de envíos da cuenta de que se mantiene una cierta estructura, que **se estaba haciendo el seguimiento de las incidencias en un circuito, conocimiento de cómo funcionaba el aeropuerto en Bogotá, las alertas policiales en el miso, la comprobación de que los correos estaban "limpios" cuando ellos lo dicen incluso en los email "mírame estas posibilidades"; ello explica que no se trataba de una sola operación sino de la concertación para cometer varios delitos del mismo tipo.**

En ese sentido también la intervención del testigo Bucanero, al que los acusados Carlos María y Teodosio explicaron en sus contactos.

Consta incluso un mensaje en la bandeja borrador (fol. 35), en el que se habla de que han cancelado una operación (el 9/6/16) debido a que "nos hemos reunido para recoger el dinero y el señor nos cambió los mínimos y las formas de trabajar entonces para evitar... se dice que no".

El correo que finalmente trae la droga, es Miguel Ángel, sus datos fueron colocados en la bandeja el 1/6/16 (folio 32). Como se decía anteriormente no es exigible que estén en el mismo lugar los que integran el grupo, ni tampoco es óbice que estas personas, u otras que colaboraban en España o fuera no hayan sido habidas.

La sentencia que citábamos establece claramente que "el acuerdo de voluntades y la asunción de cometidos pueden realizarse a distancia, sin necesidad de compartir el mismo escenario".



Por ello para estas personas sí concurren las exigencias legales y jurisprudenciales para la consideración de que su conducta se integra en el tipo penal, que requiere: 1º) Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas; y 2º) Finalidad criminal: que tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

Aunque como decimos se materializa el transporte en fecha 22/6/16, habiendo facilitado también las referencias de identidad fotografías de la maleta y ticket del transporte para facilitar la identificación, que se haya consumado un solo acto no varía la conclusión de que hay grupo criminal en el caso. El hecho de que alguien facilite a otras personas su identificación personal con antelación implica el conocimiento del objeto de su viaje, que al final se consumó el 22 de junio con el transporte, día en el que se depositan en las bandejas las fotos que identifican las maletas.

Por último señalar que son ellos Carlos María y Teodosio también quienes conocen también a Jose Daniel que es quien contacta finalmente con quienes van a adquirir la droga, es decir tiene preparada la salida de la "mercancía".

Este último con residencia en Madrid aparece en Barcelona el día 22/6/16 contactando con Teodosio y Carlos María "el hombre de la sudadera" y luego con los que llevaban el dinero metiéndose en el coche de ellos Carlos Antonio y Marisa donde se ocupó el dinero. Es decir que ello refuerza la afirmación de que constituyen un grupo los tres primeros con una mecánica de actuación programada.

A lo señalado cabe añadir que las declaraciones de los Guardias Civiles y así lo han ratificado los testigos intervinientes, tanto el sargento TIP NUM001 como el agente encubierto Bucanero, que precisamente la intención de los acusados era la búsqueda de consolidación del circuito, para ir haciendo envíos, que intentaron hasta cuatro veces, por lo que el hecho de que no se hubieran consumado los anteriores al que ha dado lugar a estas diligencias el 22/6/16, en nada empece a la consideración de que se trata de la figura de grupo criminal del que tras la prueba practicada concluimos formaban parte los tres primeros acusados.

Por lo expuesto se dicta sentencia condenatoria, respecto de ellos.

No respecto de Jose Daniel, Carlos Antonio y Marisa que si bien participaron en el delito contra la salud pública, concluimos que no ha quedado probada su concertación en la planificación y la intención, que tuvieran conocimiento de los intentos anteriores o que hubieran mantenido contactos o estuvieran al corriente de la mecánica y los planes, por lo que hay que estar a la hipótesis más favorable y es que se trató de un única intervención.

En realidad Jose Daniel y el matrimonio Carlos Antonio Marisa aparecen solo el último día, nunca habían sido detectados, no se había hecho ningún seguimiento no constaba dato alguno, según la propia declaración de Bucanero, sabe que es un matrimonio que viaja con niños quien al parecer lleva el dinero, mientras están esperando en el centro comercial, en el último momento es decir el mismo día, teniendo que esperarles pues venían desde Madrid, y después de que miembros del grupo hubieran retrasado operaciones anteriores por la falta de acuerdo en cuanto al pago. Por ello respecto de estos va a dictarse sentencia absolutoria por el delito de pertenencia a grupo criminal".

Por su parte, ante este mismo alegato ante el TSJ en el recurso de apelación, este Tribunal razona para desestimar este mismo motivo que:

"Los Sres. Carlos María y Teodosio son quienes entran en contacto con el agente encubierto, con quienes éste tendrá varias reuniones, quienes le proponen la introducción de cocaína en España a través de pasajeros que la llevan en su equipaje, solicitando del agente encubierto que se ocupara de que las maletas no tuvieran registro ni inspección alguna en la Aduana, quienes hacen varios intentos de introducir la sustancia a través de diferentes personas, cuyos datos de filiación, facilitan a Bucanero a través de la bandeja de borrador del correo electrónico del que dan al agente clave de acceso, quienes, en definitiva, mantienen los contactos entre Colombia y Barcelona, por cuanto es obvio que **la elección de personas que pudieran hacer los meritados viajes con sustancia en el equipaje precisaba de otras personas que, desde Colombia, hicieran esa selección, obtuvieran la droga, la prepararan para el viaje, la colocaran en el equipaje, adquirieran el billete de avión y, por tanto, tras toda esa preparación (que requiere de tiempo y de organización), hicieran posible la llegada del viajero y de la maleta con la sustancia hasta el aeropuerto de El Prat.**

Como acertadamente se recoge, además, en la sentencia, en algunos de los mensajes que se intercambiaban los investigados con el agente encubierto a través de la bandeja del borrador del correo electrónico, **se utilizan expresiones que dan clara idea de una organización: a folio 35 se dice (correo de 9 de junio de 2016) "...hemos cancelado la operación -en referencia a uno de los intentos de introducción de cocaína a través de El Prat- debido a que nos hemos reunido para recoger el dinero y el señor nos cambió los mínimos y la forma de trabajar... (...).**



Dice el amigo mayor que si es tan amable de darnos una reunión de urgencia para día lunes o martes para explicar unas gestiones muy reales...".

Pero **otros mensajes también dan buena muestra de la estructura organizada en que se movían los acusados: el 6 de febrero escriben: "...mi hermano dice que si podemos mirar.."; el 11 de febrero: "...están esperando el ok los de abajo para empezar.."**. Y a folio 21 se reproduce por los investigados el mensaje que, a su vez, han recibido -se desprende que de Colombia- en relación a una de las operaciones que intentaban llevar a cabo, y el 24 de mayo (folio 32) tras una de estas operaciones frustradas, los investigados escribirán al agente encubierto "...nos acaban de decir que la señora no salió...(...) nos aseguran que el jueves para el viernes sale..." en clara referencia a la información que sobre todos estos pormenores reciben regularmente los investigados de Colombia.

No puede prosperar, pues, las alegaciones del recurrente según las cuales no se identifica en la instrucción un solo hecho criminal o indicio de su comisión".

Esta actuación organizada de los dos citados contaba, también, con la persona o personas que desde Colombia se encargan de contratar a aquellos individuos que mediante precio actúen de correos, en este caso Miguel Ángel, personas aquéllas que si bien no han sido identificadas es obvia su existencia y coordinación con Carlos María y Teodosio. Por ello, no se trata de un hecho aislado, sino de una concertación predeterminada para una actuación con síntomas de permanencia en el tiempo al ir nutriéndose de una estructura con reparto de funciones, y en cuyo engranaje les era preciso contar con un agente policial que les facilitara su labor de introducción de la droga.

Y la circunstancia de que en la sentencia del TSJ se haya absuelto al Sr. Miguel Ángel no desnaturaliza la condena a los recurrentes, sres. Carlos María y Teodosio por el delito del art. 570 ter CP, dado que la concertación con otras personas que consta como dato en el hecho probado permite llegar a esta deducción.

El Tribunal configura la pertenencia a los condenados por su inclusión en grupo criminal, que no organización criminal, por lo que se reducen las exigencias de lo que se entiende por "grupo criminal, frente a la organización criminal, de tal manera que debemos recordar que el art. 570 bis.1, párrafo 2º se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delito, pero no se predica ello del grupo criminal, ya que el art 570 ter.1, párrafo 2º CP lo define como la unión de más de dos personas, que, sin reunir alguna u algunas de las características de la OC definidas en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

Quiere ello decir que las notas características de la primera serán las de:

- 1.- Constitución por más de dos personas,
- 2.- La estabilidad en el tiempo,
- 3.- El reparto de funciones entre los miembros y
- 4.- El fin delictivo.

Sin embargo, no lo serán éstas del grupo criminal que operará de manera residual con menor importancia cualitativa y cuantitativa, aunque sí que se exigen dos conceptos esenciales que sí se dan en el objeto analizado por el Tribunal, a saber:

- 1.- La pluralidad de más de dos personas y
- 2.- La finalidad delictiva.

Y, además, en el grupo criminal puede faltar la estabilidad temporal y el reparto de funciones, con lo que en el presente caso se cuestiona la condena por la consideración de grupo criminal, pero notemos que el grupo criminal es una entidad menor que la de la organización criminal, donde sí se requiere una mayor estabilidad temporal en sus miembros.

La doctrina, por ello, ha considerado que se trata de la organización criminal como hermana mayor del grupo criminal. Y que la menor entidad de este último se manifiesta ya en los verbos nucleares utilizados en relación con los sujetos responsables.

Nótese que estaríamos en la finalidad de cometer cualquier otro delito grave del apartado b) en el art. 570 ter 1 CP entre los que están los delitos contra la salud pública.

Dichos grupos, sin reunir las notas de complejidad necesarias para ser organización, sí que advierten la existencia de una serie de medios y recursos que dotan de una cierta estructura interna a sus miembros,



algunos de los cuales son intercambiables en sus funciones, presentando una estructura muy básica, sin sofisticación, ni perfilada definición en el reparto de papeles, pero con capacidad para obtener droga y transportarla, cuál era el objetivo y la prueba evidente de permanencia, incluso, era que la colaboración de un agente policial les era imprescindible para conseguir el fin previsto que consta en los hechos probados.

En cualquier caso, la doctrina también ha fijado con acierto en relación al elemento de la estabilidad temporal que alguna se exige, ya que el plus de peligrosidad que representan los grupos criminales se deriva del carácter colectivo y de la facilidad de cometer los delitos, y la falta de este elemento es lo que lleva a la dificultad de diferenciarlo de las formas de participación.

Debemos destacar, asimismo, el elemento de la "concertación" en el grupo criminal, ya que lo exige el art. 570 ter CP, al referirse a la perpetración concertada de delitos. Por eso, apunta la doctrina que en la definición de los grupos criminales, y con relación a la alusión a la "concertación" debe existir algún elemento aglutinador de todos ellos, ya que en el caso contrario estaríamos ante un claro ejemplo de coautoría. Por ello, se apunta que la carencia de conexión entre los integrantes del grupo criminal debe ser suplida a través de una mínima estructura entre sus integrantes y tipificada en esta misma línea si se pretende configurar el grupo criminal como un delito autónomo diferente de una forma de participación.

Por ello, el Tribunal ha fijado las conexiones existentes.

En cuanto al elemento de la estabilidad y permanencia que es propio de las organizaciones criminales y no se exige del grupo criminal, al ser "su hermana menor", se recuerda, también, que esta falta del carácter de estabilidad o indefinición en el tiempo en el grupo es lo que venía siendo propio de las "organizaciones transitorias" criminalizadas en referencia con muchos delitos, y que ahora se integra en el grupo criminal, por lo que si ante un caso concreto se comprueba la inexistencia probatoria de la duración indeterminada y el claro reparto de funciones bajo una estructura nos llevaría a la consideración de grupo criminal si se dan los dos elementos antes citados.

Ello, sin embargo, no nos debe llevar a que el grupo criminal sea como una especie de "cajón de sastre" donde, "si no cabe la organización criminal, cabe el grupo criminal", ya que será preciso definir los límites frente a la conspiración y la coautoría como forma de participación frente al delito autónomo, y, así, aunque no se exijan como tales, deberá existir algún mínimo reparto de tareas y un mínimo acuerdo de voluntades con alguna permanencia aunque no con la duración que se exige en la organización criminal y, como apunta algún autor, supera la simple consorciabilidad del acuerdo.

En cualquier caso, como apunta la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 389/2018 de 25 Jul. 2018, Rec. 1171/2017, "concurría grupo criminal dado el reducido número y lo sencillo del entramado de los acusados. Con ello, para excluir la mera coautoría como forma de participación y entrar en el delito autónomo, al menos existiría un cierto entramado que se debe colegir de la prueba practicada, y que en los casos de delitos contra la salud pública queda acreditado con las conversaciones telefónicas, y seguimientos policiales donde se detecta ese cierto entramado entre más de dos personas para organizarse de alguna manera para recoger la droga, transportarla y llevarla a algún lugar, o tenerla a disposición para su venta con algún mínimo control que lo distingue de la simple coparticipación en el delito".

Y esto es lo que ha ocurrido en el caso analizado en la sentencia por el Tribunal, descartando la mera coautoría.

También, como poníamos de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo 216/2018 de 8 May. 2018, Rec. 941/2017 en los grupos criminales no se trata de una "unión fortuita para la comisión inmediata de un solo delito", que es el caso de la sentencia de esta sala 271/2014 de 25 de Marzo, sino que los grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes". "La estructura de las nuevas infracciones -añade la exposición de motivos de la LO 5/2010- responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas".

Y se añade en esta sentencia para describirlo:

"El concepto de grupo criminal es, pues, de carácter residual frente al de organización criminal, con el que presenta algunas semejanzas, como el hecho de estar constituido por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos; sin embargo, se crea sobre los conceptos negativos de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta

la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que surja la figura de grupo criminal.

En definitiva y a tenor de la anterior definición legal el grupo criminal sólo requiere de dos elementos:

a.- Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas.

b.- Finalidad criminal: pues debe tener por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos.

... el grupo deberá presentar una cierta estabilidad, aunque sea menor de la exigida para la organización criminal, lo que permitiría apreciar su existencia aun cuando su formación tenga por objeto la comisión de un solo delito, siempre que esté presente una cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares".

Estas circunstancias que se han expuesto concurren en el presente caso, y han sido analizadas por el Tribunal en los supuestos de condena.

De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión.

Por lo tanto, para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codeincuencia o, incluso, de grupos criminales.

La distinción entre organización y grupo, por lo tanto, se encuentra perfectamente clarificada.

Diferenciación entre ambas figuras. Entre otras, las STS núm. 309/2013, de 1 de abril; STS núm. 855/2013, de 11 de noviembre; STS núm. 950/2013, de 5 de diciembre; STS núm. 1035/2013, de 9 de enero de 2014, STS núm. 371/2014, de 7 de mayo o STS núm. 426/2014, de 28 de mayo.

En las STS núm. 855/2013 y 950/2013, se recordaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles:

"1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis.

2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter".

Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que determinan una distinta gravedad en la sanción penal.

En consecuencia, debe evitarse que, influidos por la inercia de la antigua doctrina jurisprudencial referida al viejo art 369 1 2º CP, se incurra en alguno de los dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor:

1º) utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal.

2º) acudir a una interpretación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización. En ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura del grupo criminal".

Como se suele decir, el relato de hechos y la fundamentación permiten apreciar en el juicio histórico los contactos entre los miembros del grupo. Y así, refleja, también, esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo 289/2014 de 8 Abr. 2014, Rec. 2158/2013 que "deben constar la existencia de relaciones o contactos personales entre el acusado y los restantes miembros del grupo criminal por el que se ha formulado condena. En efecto, la pertenencia al grupo criminal al que se refiere el art. 570 ter del CP exige una actuación concertada de más de dos personas, concebida para la perpetración de delitos. Y esto es lo que se describe precisamente en el factum.

El precepto no incluye como elemento del tipo objetivo, ni el contacto personal entre los integrantes del grupo ni la presencia necesaria de todos y cada uno de los integrantes del grupo en todas y cada de las infracciones que al mismo se atribuyan. La concertación a que se refiere aquel precepto no evoca, ni siquiera en su significado



genuinamente gramatical, la proximidad física entre aquellos que se concertan. Dicho de forma más gráfica, el acuerdo de voluntades y la asunción de cometidos pueden realizarse a distancia, sin necesidad de compartir el mismo escenario. Es más, no son descartables los casos en los que esa falta de conocimiento personal entre quienes delinquen concertados sea la consecuencia de una elemental estrategia delictiva orientada a evitar la delación".

Diferencia entre el grupo criminal de los supuestos de mera codelinuencia.

Lo concreta diferencia que afecta al presente caso consta en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 15/2018 de 16 Ene. 2018, Rec. 374/2017 donde se recoge que:

"La STS 309/2013 nos dice que la codelinuencia se apreciará, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el mismo sentido la STS ya citada, 277/2016 señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelinuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelinuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno".

Por todo ello, los hechos probados describen con acierto un grupo de personas, más de dos, que tenían como finalidad introducir a través del Aeropuerto de El Prat cantidades de cocaína de cierta relevancia, y la prueba evidente era la concertación con un agente policial que facilitara la concertación con los inspiradores del proyecto delictivo para garantizar el buen fin de las operaciones. Pese a la negativa de la existencia de un plan criminal que se alega, la propia redacción de los hechos probados evidencia la existencia del mismo, y la determinación del agente policial en su colaboración que pretendían no lo era para un caso concreto, sino que el recurrente con Carlos María, y, según consta en los hechos probados, "junto con otros individuos que no han sido habidos en las presentes actuaciones, formaban un colectivo estructurado dedicado a la obtención de un ilícito beneficio económico mediante la ilícita introducción en España de importantes cantidades de cocaína a través del aeropuerto de El Prat", y pretendían orquestar la llegada de droga mediante el sistema operativo diseñado y descrito en los hechos probados, a saber: ... *A tal fin, algunos de los miembros del entramado se encontraban establecidos en Colombia, siendo los encargados de aprovisionarse en primera instancia de la sustancia, así como de buscar sujetos que la transportasen ocultas en maletas hasta España. A su vez, los*



acusados Carlos María , y Teodosio en prisión provisional por esta causa desde 23/6/13 eran los encargados de coordinar el envío desde Barcelona, manteniéndose al corriente de la identidad y plan de vuelo de los viajeros que trajeran la cocaína para poder recibirlos en Barcelona y, a la mayor brevedad posible; estar en condiciones de proceder a la transmisión a terceros de la sustancia.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo, por indebida inaplicación del art. 16 en relación con el art. 368 y 369.1°.5° del Código Penal.

Postula el recurrente indebidamente inaplicado el art. 16 del Código Penal por considerar que su conducta, de resultar delictiva, lo sería en grado de tentativa. Reclama que los hechos debieron calificarse en el grado imperfecto de ejecución de tentativa, toda vez que el recurrente no era el destinatario de la mercancía y nunca llegó a tener disponibilidad mediata o inmediata sobre la droga intervenida, por cuanto era una operación totalmente controlada por la Guardia Civil.

Los hechos declarados probados no describen en modo alguno una intervención en grado de tentativa con respecto al recurrente, sino de delito consumado. Y para ello el Tribunal de instancia señala que:

"En el caso que tratamos concluimos que no puede hablarse en absoluto de tentativa inidónea, por supuesto no en relación a Carlos María y Teodosio o Miguel Ángel . Para ellos el delito contra la salud pública es consumado.

Pero en el caso de la persona que interviene como intermediarias Jose Daniel y los compradores distribuidores es decir, quienes iban a comprar al menos una parte de la droga, pues llevaban 50.000 euros preparados que no han justificado, solo se les detecta cuando ya la policía tiene montado el operativo para la entrega "vigilada" Carlos María y Teodosio por Miguel Ángel .

Se ha probado que Jose Daniel sabía la llegada de la droga aunque no podamos establecer el momento de ello. Es una persona que vive en Madrid y estaba en Barcelona el día y hora de la entrega, la policía le sitúa por primera vez el día de la llegada hablando con Teodosio en la calle frente al Corte Ingles, mientras estaba el Agente Bucanero con el correo, Miguel Ángel , las maletas y Carlos María en la cafetería esperando que les dieran el ok los compradores, a cuyo encuentro sale Jose Daniel en la entrada del parking del centro comercial, montándose en el Renault Megane en el que iba el matrimonio con los niños, lo cual se deduce de las declaraciones de los policías que observan el hecho, concretamente el NUM002 y NUM003 , incorporándose después a la cafetería con el resto (Carlos María Bucanero , Miguel Ángel y Teodosio), así dice Miguel Ángel que llega un tercer hombre y lo dice Bucanero .

Posteriormente se procedió a la detención de los viajeros de ambos coches el matrimonio de una parte y de otra a los ocupantes del coche en el que había la maleta con droga. Esta persona, actuó de enlace entre los organizadores Carlos María y Teodosio con el matrimonio que traía el dinero para la compra.

Consta de las testificales de los Guardias Civiles que dan cuenta de los seguimientos no solo su contacto ese día con Teodosio sino también como espera muy cerca de la entrada del aparcamiento del "El Corte Ingles" de la Avda. Diagonal la llegada del Renault Megane que, cuando llega al punto convenido ralentiza la marcha, se saludan y se monta en la parte de atrás del mismo, bajándose ya dentro del parquin. Tanto Miguel Ángel como Bucanero dicen que llegó a la cafetería del centro comercial una tercera persona (aparte de Carlos María y Teodosio) era Jose Daniel "la persona que llevaba sudadera". La siguiente vez que se le ve es el interior del vehículo con Bucanero , Miguel Ángel , Carlos María y Teodosio en el momento de la detención y aprehensión de la sustancia.

Los compradores que llegan esa tarde provenientes de Madrid llevando 50.000 euros. Solo por la distancia que hay entre Barcelona y Madrid (630 KM.) en un Renault Megane y llevando dos niños precisaban de un mínimo de 6 ó 7 horas para llegar, horas que restándolas al momento de la detención implica que salieron cuando el pasajero estaba llegando o llegó, sobre las tres de la tarde. Es decir cuando se prepara el operativo. Tampoco de ellos sabemos desde cuándo y que sabían de la operación, y si sabían que el correo llegaba a Barcelona. Pero sí nos parece asimilable su posición a la de las personas receptoras del paquete, a las que va destinado, es decir unas personas que van a recoger el envío, que sí saben que ha llegado. Aunque por la interceptación policial en el momento de las detenciones no tenga el dominio sobre la sustancia. En definitiva la intervención de estas tres personas se produce después de que se inicia el operativo, y al margen del mismo, a la hipótesis de decisiones de intervención en el tráfico solamente con acreditada posterioridad al momento de asunción de control por la policía respecto a la posesión de la droga. Por lo que a ellos tres se les va a condenar en grado de tentativa.



Rechazamos de plano la versión de que el matrimonio venía con sus hijos de vacaciones, que el dinero lo habían recibido por parte del marido de una herencia de su abuela en Colombia, dinero que le habían ido trayendo personas que venían de allí, y que lo tenía para comprarse un "Lexus" y hacer de conductor (blá blá car) en Madrid ya que se había quedado sin trabajo; que vinieron a Barcelona para mirar el coche y que habían quedado con un señor al día siguiente, y que fueron al corte inglés a comprar bañadores porque luego iban a Castelldefels, estas declaraciones se enmarcan dentro del legítimo derecho de defensa, pero no tienen ninguna virtualidad y en nada cambian la conclusión a la que llegamos, siendo meras alegaciones huérfanas de cualquier objetivación. La cantidad de dinero que llevaban apunta a que iban a comprar parte de la droga que se había transportado, teniendo en cuenta que el kilo viene a ser unos 34.000 euros. De manera que por lo expuesto se procederá la condena por el delito contra la salud pública en grado de tentativa ya que su actuación es punible".

El Tribunal de instancia ha sido riguroso en cuanto a la calificación de los hechos en los condenados por delito contra la salud pública en grado de tentativa, dado que así lo señala esta Sala, por ejemplo, en sentencia 172/2015 de 26 Mar. 2015, Rec. 10874/2014, donde se condenó al receptor de droga en caso de entrega controlada por delito intentado contra la salud pública al señalar que: *El recurrente ha sido condenado como autor de un delito intentado contra la salud pública, en uno de los supuestos en los que restrictivamente la jurisprudencia de esta Sala admite las formas imperfectas de ejecución en este tipo de delitos. Esto es, la recogida de un paquete que contiene droga y que ha sido sometido al régimen de entrega controlada, sin que conste que el acusado hubiera tenido intervención previa en las actuaciones que confluyeron en ese envío, ni siquiera vía concierto con aquellos que lo organizaron.* Resulta procedente, por ello, calificarlo como tentativa solo en el supuesto de la recogida de un paquete que contiene droga y que ha sido sometido al régimen de entrega controlada, sin que conste que el acusado hubiera tenido intervención previa en las actuaciones que confluyeron en ese envío, ni siquiera vía concierto con aquellos que lo organizaron, pero no cabría extender este régimen atenuado en la calificación de los hechos cuando se trate de los que han previsto, organizado y preparado todo el operativo con la entrega controlada de droga por el agente encubierto, en cuyo caso los de origen que están detectados cometen el delito en grado de delito consumado, no de tentativa, de lo que solo puede beneficiarse el receptor no integrado en los primeros.

Esta Sala del Tribunal Supremo señala en Sentencia 5/2009 de 8 Ene. 2009, Rec. 10819/2008 que: *Es doctrina de esta Sala, expuesta precisamente en supuestos de "entrega vigilada" (Cfr. SSTs de 12-5-2001, nº 835/2000 ; de 9-12-2002, nº 2104/2002), que la regla general en este tipo delictivo es la de su consumación, ya que se trata de un delito de mera actividad y de riesgo abstracto. Concretamente en los casos de envío de la sustancia de un lugar a otro se considera que desde que una de las partes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga el delito queda consumado. Ello siempre que exista un pacto o convenio previo entre los que envían la droga y los que la han de recibir (Cfr. STS 1435/2000, de 29 de septiembre). Excepcionalmente, cuando no existe este previo acuerdo de voluntades y los acusados son, por ejemplo, meros transportistas contratados por los organizadores de la operación para esa misión concreta, si los mismos fueran detenidos antes de tener en momento alguno la disponibilidad de la droga, el delito habría quedado en grado de frustración, hoy tentativa acabada (Cfr. STS 405/1997, de 26 de marzo).*

También, hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo 640/2014 de 8 Oct. 2014, Rec. 128/2014 que:

Esta Sala ha dicho (Cfr STS 28-10-2005, nº 1415/2005) que, como principio general, al configurarse el delito de tráfico de drogas como de mera actividad y riesgo abstracto, resulta difícil concebir formas imperfectas de ejecución; siendo suficiente para la consumación del delito que la sustancia haya quedado sujeta a la voluntad del destinatario, sin necesidad de un contacto físico o de una posesión material de la droga. En definitiva, es problemático admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995 , es difícil que en cualquier acción dirigida a acercar las sustancias estupefacentes al consumidor, no pueda subsumirse en alguno de los verbos nucleares de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, siempre que se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (SS. de 17 y 30-6-1982, 21-1, 19-4 y 30-9- 1988, 15 y 21-3, 27-10 y 14-11-1989, 4-3-1992, 2, 13 y 16-7-1983, 30-5 y 8-8-1994, 3-4-1997 y 1567/1998 de 7-12, entre otras muchas). Y los requisitos que se requieren para estimar la tentativa delictiva, se encuentran vinculados a la concurrencia de los siguientes elementos:

1º) Que no se haya intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero.

2º) No ser el destinatario de la mercancía.



3º) *No llegar a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas .*

Y la STS de 24-4-2008, nº 205/2008 , que invoca el tribunal de instancia, precisa que "la jurisprudencia ha considerado la posibilidad de la tentativa delictiva, en el delito de narcotráfico, sobre todo en los casos de envío de droga desde un país extranjero, por correo u otro medio de transporte, respecto a la persona que recoge la mercancía, en donde se deben distinguir dos posiciones distintas:

a) Si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia, es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico.

b) Si la intervención del acusado tiene lugar después de que la droga se encuentre ya en nuestro país, habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber participado en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma, o justamente en ese momento, se trata de un delito intentado (STS 1673/2003 (LA LEY 442/2004), de 2 de diciembre). En definitiva:

1º) Sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero.

2º) Sin ser el destinatario de la mercancía.

3º) Sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas (Ver SSTS de 26 de marzo de 1997 , 3 de marzo y 21 de junio de 1999 a 12 de mayo de 2001, núm. 835/2001)".

Por ello, los requisitos de viabilidad para la determinación de la concurrencia de la tentativa solo pueden predicarse de los condenados por el Tribunal en esa forma de ejecución, pero no al recurrente ni a Carlos María , ni a Miguel Ángel para los que la calificación es de delito consumado, por la ordenación a este destino y la preparación *ex origen*, aunque se excluya la pertenencia formal al grupo criminal de éste último, pero no a los receptores con las condiciones ya expuestas.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN DE Carlos María

SEXTO.- 1.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica con el mismo carácter que deba ser observada por la ley penal, por indebida aplicación del art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Este motivo de casación ya ha sido explicado y analizado anteriormente. Por ello, se desestima.

SÉPTIMO.- 2.- Por aplicación del art. 849.1 LECRIM al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo por indebida aplicación del art. 368 y 369.1.5ª de Código Penal.

Este motivo de casación ya ha sido explicado y analizado anteriormente. Por ello, se desestima. No hay delito provocado.

OCTAVO.- 3.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo, por indebida aplicación del art. 570 TER del Código Penal.

La conformación de los elementos de la pertenencia al grupo criminal ha sido debidamente estudiado con motivo del anterior recurso.

Señala el TSJ que "los Sres. Carlos María y Teodosio son quienes entran en contacto con el agente encubierto, con quienes éste tendrá varias reuniones, quienes le proponen la introducción de cocaína en España a través de pasajeros que la llevan en su equipaje, solicitando del agente encubierto que se ocupara de que las maletas no tuvieran registro ni inspección alguna en la Aduana, quienes hacen varios intentos de introducir la sustancia a través de diferentes personas, cuyos datos de filiación, facilitan a Bucanero a través de la bandeja de borrador del correo electrónico del que dan al agente clave de acceso, quienes, en definitiva, mantienen los contactos entre Colombia y Barcelona, por cuanto es obvio que la elección de personas que pudieran hacer los meritados viajes con sustancia en el equipaje precisaba de otras personas que, desde Colombia, hicieran esa selección, obtuvieran la droga, la prepararan para el viaje, la colocaran en el equipaje, adquirieran el billete de avión y, por tanto, tras toda esa preparación (que requiere de tiempo y de organización), hicieran posible la llegada del viajero y de la maleta con la sustancia hasta el aeropuerto de El Prat. Como acertadamente se recoge,



además, en la sentencia, en algunos de los mensajes que se intercambiaban los investigados con el agente encubierto a través de la bandeja del borrador del correo electrónico, se utilizan expresiones que dan clara idea de una organización." Es decir, que del propio hecho probado que resulta de las declaraciones efectuadas en el plenario, ya que el Tribunal de instancia recuerda que " *cabe añadir que las declaraciones de los Guardias Civiles y así lo han ratificado los testigos intervinientes, tanto el sargento TIP NUM001 como el agente encubierto Bucanero , que precisamente la intención de los acusados era la **búsqueda de consolidación del circuito, para ir haciendo envíos, que intentaron hasta cuatro veces, por lo que el hecho de que no se hubieran consumado los anteriores al que ha dado lugar a estas diligencias el 22/6/16, en nada empece a la consideración de que se trata de la figura de grupo criminal del que tras la prueba practicada concluimos formaban parte los tres primeros acusados . Por lo expuesto se dictará sentencia condenatoria, respecto de ellos***".

En consecuencia, como señala el TSJ "Son los (recurrentes condenados por la vía del art. 570 ter CP) que mantienen los contactos en Colombia y quienes reciben la información de las operaciones cuando están preparados los correos para el transporte. De hecho, en los mensajes depositados en varias ocasiones se habla de mi "hermano" (por hermano de Teodosio) lo que se confirma con la declaración del agente encubierto Bucanero ; es a través de la cuenta por la que se toma conocimiento de quienes traerían sustancia.

Por tanto, al iniciarse las actuaciones y autorizar al agente encubierto, al menos dos personas en España y otra en Bogotá (aparte los correos) estaban concertadas para la realización de los envíos, concurriendo serios indicios de la estructura del grupo, al que se incorpora luego el correo como explicaremos.

El hecho de que hubiera varios intentos de envíos da cuenta de que se mantiene una cierta estructura, que se estaba haciendo el seguimiento de las incidencias en un circuito, conocimiento de cómo funcionaba el aeropuerto en Bogotá, las alertas policiales en el mismo, la comprobación de que los correos estaban "limpios" cuando ellos lo dicen incluso en los email "mírame estas posibilidades"; ello explica que no se trataba de una sola operación sino de la concertación para cometer varios delitos del mismo tipo. En ese sentido también la intervención del testigo Bucanero , al que los acusados Carlos María y Teodosio explicaron en sus contactos.

Consta incluso un mensaje en la bandeja borrador (fol. 35), en el que se habla de que han cancelado una operación (el 9/6/16) debido a que "nos hemos reunido para recoger el dinero y el señor nos cambió los mínimos y las formas de trabajar entonces para evitar... se dice que no". El correo que finalmente trae la droga, es Miguel Ángel , sus datos fueron colocados en la bandeja el 1/6/116 (folio 32). Como se decía anteriormente no es exigible que estén en el mismo lugar los que integran el grupo, ni tampoco es óbice que estas personas, u otras que colaboraban en España o fuera no hayan sido habidas".

Los requisitos de la pertenencia al grupo criminal constan acreditados para el Tribunal de instancia y ha sido debidamente analizado por la sentencia del TSJ con la debida motivación.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 4.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido un precepto legal de carácter sustantivo, por indebida inaplicación del art. 368, 369.1.5ª en relación con el art. 16 del Código Penal.

Este motivo de casación ya ha sido explicado y analizado anteriormente. Por ello, se desestima. El delito lo es en grado de consumación.

RECURSO DE CASACIÓN DE Marisa

DÉCIMO.- 1.- Al amparo del art. 849 n° 1 de la L.E.Crim. por aplicación indebida del art. 369 5° de la L.E.Crim. al ser condenada por un delito contra la Salud Publica en cantidad de notoria importancia, no concurriendo la agravante específica de notoria importancia, que la jurisprudencia ha establecido en 750 gr puros de cocaína para dicha aplicación.

Los hechos probados en cuanto a la recurrente y el posterior recurso de Carlos Antonio son los siguientes:

"Una vez juntos, el agente encubierto identificado como " Bucanero " y Miguel Ángel , con el equipaje de este se desplazaron en taxi hasta el centro comercial el Corte Ingles, sito en la avenida Diagonal n° 617 de Barcelona. Ubicación sido establecida como punto de reunión convenido de todos los acusados para que Miguel Ángel entregase su cargamento de cocaína a Carlos María y Teodosio , quienes inmediatamente se lo proporcionarían a los distribuidores Carlos Antonio y Marisa , ambos mayores de edad sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, a cambio del precio convenido.

Por su parte; Jose Daniel mayor de edad sin antecedentes penales en situación de libertad provisional por esta causa (está en prisión por otra) sirvió de enlace entre los anteriores, Carlos María y Teodosio , y los



adquirentes de la sustancia importada, Carlos Antonio y Marisa , conociendo su llegada desde Madrid y el lugar del encuentro en Barcelona; participando en la coordinación del mismo para verificar la transacción.

Ya en dicha ubicación, Miguel Ángel , Carlos María y Teodosio permanecieron durante la tarde del mismo día en la cafetería del establecimiento con el agente Bucanero mientras Jose Daniel esperaba en el exterior la llegada de Carlos Antonio y Marisa .

Estos llegaron en el vehículo marca y modelo Renault Megane, matrícula SLL ; cuando Carlos Antonio , Marisa y Jose Daniel se encontraron, los primeros estacionaron momentáneamente el vehículo en segunda fila para que Jose Daniel pudiera subir a los asientos traseros, reemprendiendo la marcha para aparcar definitivamente el vehículo en el parquin subterráneo del centro comercial.

Carlos María , Teodosio , Jose Daniel y Miguel Ángel fueron detenidos, tenidos por un operativo policial cuando se disponían a intercambiar la sustancia por el dinero, localizándose en el interior de la maleta Miguel Ángel la droga transportada:.....".

Simultáneamente, se intervino en el interior de una maleta localizada dentro del vehículo Renault Megane, matrícula SLL , de Carlos Antonio y Marisa 50.000 euros distribuidos en dos paquetes plastificados. Asimismo, a Marisa le fueron intervenidos 1.500 euros en efectivo, y a Miguel Ángel 600 euros.

Tales importes iban a ser destinados por los acusados **Carlos Antonio y Marisa** al pago de una fracción del precio de la cocaína importada que les iba a ser entregada por los otros acusados.

A Carlos María 200 euros derivadas de la misma actividad.

El total de la cocaína intervenida alcanza un peso de cuatro mil novecientos noventa y dos gramos y trescientos miligramos (4992,3 g.) y habría llegado en el mercado clandestino a un precio mínimo de 287.800 euros a razón de un precio aproximado de 57,65 euros el gramo de cocaína según la tabla de valoración para el primer semestre de 2016 emitido por la O.C.N.B. del Cuerpo Nacional de Policía".

Pues bien, sobre la justificación de la aplicación de la agravación de la notoria importancia hay que añadir que se apunta por el Tribunal de instancia que: "En este caso la sustancia transportada por el acusado era cocaína, incorporada a la Lista I del Convenio de Viena de 1971, ratificado por España por Orden de 30 de mayo de 1986, cuya conceptualización jurisprudencial es la de sustancia causante de grave daño a la salud, y lleva además a la aplicación del subtipo agravado del art. 369.1.5a del Código Penal, dada su notoria importancia, con arreglo a los criterios establecidos en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2a del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, al haberse intervenido una cantidad de cocaína a los acusados superior al límite jurisprudencial de los 750 gramos de cocaína pura y que el Tribunal Supremo ha establecido para la aplicación del mentado subtipo agravado".

De suyo, la cantidad intervenida alcanzó un peso de casi 5 kilos de cocaína con valor en venta de 287.800 euros y a la recurrente se le intervienen 50.000 euros para la compra de droga, por lo que aunque se le haya condenado en grado de tentativa no puede exonerarse de su corresponsabilidad en la sustancia, y aunque lo fuera por la que iba a adquirir por los 50.000 euros ya superaría esos 750 gramos a partir de los cuales es posible la aplicación del subtipo agravado, por cuanto las cantidades del valor de droga que se exponen en la sentencia no son de valor en venta a mercado, pero es inferior, obviamente, el valor de esa misma droga en la compraventa de quien la trafica para su venta al distribuidor, por lo que dado el escenario de personas que estaban en el lugar de la operación **el grado de asunción de la responsabilidad de la droga aprehendida de la recurrente y de Carlos Antonio permiten la aplicación de la agravante de notoria importancia.**

En cualquier caso, no puede aceptarse el argumento del recurrente en torno a que aunque participa en un operativo para recoger droga enviada por cantidad de casi 5.000 gramos de cocaína, cuya pureza conlleva a que suponga más cantidad de los 750 gramos que operan como límite, no puede parcelarse la responsabilidad por la cantidad de la droga que vaya a recoger como si se tratara de una responsabilidad derivada por el quantum de la droga a recibir, sino que existe una corresponsabilidad con los que envían la sustancia, y aunque lo sea en grado de tentativa, y no le afecten el delito del art. 570 ter CP, ello no altera la responsabilidad compartida en cuanto a la agravación, porque la droga se interviene en su conjunto, no por partes especificadas con destino propio a determinado detenido, sino que forma un todo, que es lo que lleva a la apreciación de la notoria importancia.

Como decimos, no se trata de un envío por partes, sino que es una operación de tráfico de drogas con coparticipación de la recurrente y la intervención del dinero en cuantía importante (50.000) para la compra y la droga aprehendida que le hace alcanzar la agravación por la cantidad de droga aprehendida.

Nótese que la droga como cocaína base intervenida en total valorando la pureza nos da un total de 3.251 gramos de cocaína que, evidentemente, excede de los 750 gr, exigidos para apreciar la notoria importancia, y



que la suma intervenida para comprar la droga a la recurrente y su pareja era de 50.000 euros, no pudiendo equipararse el precio de compra de la droga en el mercado con el precio de la droga entre traficante y comprador de la droga para revenderla. Pero nótese que el TSJ en su sentencia reseña que "la adquisición de 750 gramos alcanzaría en el mercado los 43.000 euros (cálculo que no es exacto, porque el precio en el mercado ilícito se refiere al gramo para consumir, no al gramo en cantidad pura)".

Pero nótese, también, que el hecho probado señala que: "Una vez juntos, el agente encubierto identificado como " Bucanero " y Miguel Ángel , con el equipaje de este se desplazaron en taxi hasta el centro comercial el Corte Ingles, sito en la avenida Diagonal nº 617 de Barcelona. Ubicación sido establecida como punto de reunión convenido de todos los acusados para que Miguel Ángel entregase su cargamento de cocaína a Carlos María y Teodosio , quienes inmediatamente se lo proporcionarían a los distribuidores Carlos Antonio y Marisa , ambos mayores de edad sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, a cambio del precio convenido.

Por su parte; Jose Daniel mayor de edad sin antecedentes penales en situación de libertad provisional por esta causa (está en prisión por otra) sirvió de enlace entre los anteriores, Carlos María y Teodosio , y los adquirentes de la sustancia importada, Carlos Antonio y Marisa , conociendo su llegada desde Madrid y el lugar del encuentro en Barcelona".

Y las sumas que se intervienen en dinero son: *Carlos Antonio y Marisa 50.000 euros distribuidos en dos paquetes plastificados. Asimismo, a Marisa le fueron intervenidos 1.500 euros en efectivo, y a Miguel Ángel 600 euros.*

Ello evidencia el alto grado de participación en el encargo de adquisición para distribuir, como consta en el hecho probado y la aplicación directa de la agravante de notoria importancia por el relevante quantum de la droga intervenida y el importe que a la recurrente se le interviene. Por ello, es correcta la penalidad impuesta de cuatro años de prisión atendidas la agravación de la notoria importancia y la comisión del delito como tentativa.

El motivo se desestima.

UNDÉCIMO. - 2.- Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim. en relación al art 24 de la C.E. por vulneración del principio de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva, al no existir prueba de cargo suficiente, así como por la falta de motivación y juicio de inferencia.

De las investigaciones policiales se conoce la llegada del cargamento de droga, y en este caso se estaba a la espera de las personas que iban a aparecer a la recogida, lo que, obviamente, les iba a incriminar en la concertación para colaborar en recogerlo, y al tratarse de una cantidad importante de cocaína con presunción de su distribución para la venta. Así, apunta el Tribunal de instancia que:

"Se ha probado que Jose Daniel sabía la llegada de la droga aunque no podamos establecer el momento de ello. Es una persona que vive en Madrid y estaba en Barcelona el día y hora de la entrega, la policía le sitúa por primera vez el día de la llegada hablando con Teodosio en la calle frente al Corte Ingles, mientras estaba el Agente Bucanero con el correo, Miguel Ángel , las maletas y Carlos María en la cafetería esperando que les dieran el ok los compradores, a cuyo encuentro sale Jose Daniel en la entrada del parking del centro comercial, montándose en el Renault Megane en el que iba el matrimonio con los niños, lo cual se deduce de las declaraciones de los policías que observan el hecho, concretamente el NUM002 y NUM003 , incorporándose después a la cafetería con el resto (Carlos María Bucanero , Miguel Ángel y Teodosio), así dice Miguel Ángel que llega un tercer hombre y lo dice Bucanero .

Posteriormente **se procedió a la detención de los viajeros de ambos coches el matrimonio de una parte y de otra a los ocupantes del coche en el que había la maleta con droga.** Esta persona, actuó de enlace entre los organizadores Carlos María y Teodosio con el matrimonio que traía el dinero para la compra.

Consta de las testificales de los Guardias Civiles que dan cuenta de los seguimientos no solo su contacto ese día Con Teodosio sino también como espera muy cerca de la entrada del aparcamiento del "El Corte Ingles" de la Avda. Diagonal la llegada del Renault Megane que, cuando llega al punto convenido ralentiza la marcha, se saludan y se monta en la parte de atrás del mismo, bajándose ya dentro del parquin. Tanto Miguel Ángel como Bucanero dicen que llego a la cafetería del centro comercial una tercera persona (aparte de Carlos María y Teodosio) era Jose Daniel "la persona que llevaba sudadera". La siguiente vez que se le ve es el interior del vehículo con Bucanero , Miguel Ángel , Carlos María y Teodosio en el momento de la detención y aprehensión de la sustancia.

Los compradores que llegan esa tarde provenientes de Madrid llevando 50.000 euros. Solo por la distancia que hay entre Barcelona y Madrid (630 KM.) en un Renault Megane y llevando dos niños precisaban de un



mínimo de 6 o 7 horas para llegar, horas que restándolas al momento de la detención implica que salieron cuando el pasajero estaba llegando o llegó, sobre las tres de la tarde. Es decir cuando se prepara el operativo. Tampoco de ellos sabemos desde cuándo y que sabían de la operación, y si sabían que el correo llegaba a Barcelona. Pero sí nos parece asimilable su posición a la de las personas receptoras del paquete, a las que va destinado, es decir unas personas que van a recoger el envío, que sí saben que ha llegado. Aunque por la interceptación policial en el momento de las detenciones no tenga el dominio sobre la sustancia. En definitiva la intervención de estas tres personas se produce después de que se inicia el operativo, y al margen del mismo, a la hipótesis de decisiones de intervención en el tráfico solamente con acreditada posterioridad al momento de asunción de control por la policía respecto a la posesión de la droga. Por lo que a ellos tres se les va a condenar en grado de tentativa.

Rechazamos de plano la versión de que el matrimonio venía con sus hijos de vacaciones, que el dinero lo habían recibido por parte del marido de una herencia de su abuela en Colombia, dinero que le habían ido trayendo personas que venían de allí, y que lo tenía para comprarse un "Lexus" y hacer de conductor (blá blá car) en Madrid ya que se había quedado sin trabajo; que vinieron a Barcelona para mirar el coche y que habían quedado con un señor al día siguiente, y que fueron al corte inglés a comprar bañadores porque luego iban a Castelldefels, esta declaraciones se enmarcan dentro del legítimo derecho de defensa, pero no tienen ninguna virtualidad y en nada cambian la conclusión a la que llegamos, siendo meras alegaciones huérfanas de cualquier objetivación. La cantidad de dinero que llevaban apunta a que iban a comprar parte de la droga que se había transportado, teniendo en cuenta que el kilo viene a ser unos 34.000 euros. De manera que por lo expuesto se procederá la condena por el delito contra la salud pública en grado de tentativa ya que su actuación es punible".

Debe entenderse que la inferencia está correctamente construida, dado que existe la intervención del dinero y la espera ante el operativo de entrega de droga y su recepción con el dinero preparado para el pago.

Así, a la hora de valorar la negativa de la recurrente a aceptar que existan indicios de su responsabilidad penal se recoge por el TSJ que:

"Al examinar las declaraciones de los agentes que intervinieron en los diferentes operativos del día 22 de junio, hemos hecho hincapié en cómo aquéllos explican que el matrimonio formado por la Sra. Marisa y el también acusado Carlos Antonio, llega a las inmediaciones de El Corte Inglés en un Renault Mégane en el que, tras hacerle un gesto, se introducirá el acusado Jose Daniel, después de haber hablado, por unos minutos, en la calle, con Teodosio.

Es cierto que los agentes, cuando localizan el vehículo en el interior del aparcamiento de El Corte Inglés, no ven ya en su interior al Sr. Jose Daniel -que dice en el acto del juicio que se dio cuenta de que se había equivocado de vehículo al subir en el del matrimonio Carlos Antonio Marisa, y decide bajarse en el comienzo de la rampa del aparcamiento de el Corte Inglés-, es cierto, decimos, que no visualizan al Sr. Jose Daniel y que ven cómo el matrimonio junto a sus hijos, menores de edad, entra en el centro comercial y que al salir del mismo y dirigirse al vehículo, se practica su detención, pero no lo es menos que en una de las maletas de los menores se localiza un total de 50.000 euros, distribuidos en dos paquetes plastificados, de los que el matrimonio acusado no ha sabido dar razón alguna, ni sobre por qué llevaban consigo tanto dinero, ni por qué en una de las maletas de uno de los menores, que dejan dentro del coche cuando se dirigen al centro comercial, ni por qué estaba dividido en dos paquetes plastificados.

El Tribunal a quo no ha otorgado credibilidad a las declaraciones de Carlos Antonio sobre su decisión de venir a pasar unos días a Barcelona y de adquirir un coche, con lo que explica el hallazgo del dinero: no hay prueba de que hubiera contactado con ningún concesionario para la compra de un coche, ni de lo que costaba, ni de la procedencia del dinero (que dice en el plenario que era de una herencia y que lo había ido acumulando poco a poco de los envíos de sus familiares y amigos) y tampoco es claro en cuanto al destino concreto al que iba la familia (pues primero dice que iban a una zona de playa y luego que a la Sagrada Familia, que, primero iban a comprar el coche y que luego decidirían el hotel que, no tenían reservado, a pesar de las fechas estivales y de que iban con dos niños pequeños).

Y tampoco explica adecuadamente cómo puede entenderse que el Sr. Jose Daniel pudiera subirse en su coche sin su consentimiento.

El Tribunal a quo, rechaza de plano la versión del matrimonio, como adecuadamente razona en su sentencia, que analiza correctamente, y, a la vista del conjunto de lo actuado, debe estarse a esa valoración, que se ofrece razonable y lógica".

Es decir, que el proceso de inferencia es correcto y en el entramado del operativo la recurrente y su pareja formaban pieza esencial para recoger la droga, pagarla con el dinero aprehendido y distribuirla. Además, el



lugar donde aparece la sustancia no le podría ser desconocido a ninguno de los dos miembros de la pareja. Esto es así, porque los agentes policiales declaran sobre el movimiento del vehículo, la subida en el mismo del acusado sr. Jose Daniel , que según el hecho probado Jose Daniel mayor de edad sin antecedentes penales en situación de libertad provisional por esta causa (está en prisión por otra) sirvió de enlace entre los anteriores, Carlos María y Teodosio , y los adquirentes de la sustancia importada, Carlos Antonio y Marisa , conociendo su llegada desde Madrid y el lugar del encuentro en Barcelona; participando en la coordinación del mismo para verificar la transacción. Este engarce entre los anteriores recurrentes y la presente se constata por la aprehensión del dinero bien guardado y del que responden tanto el sr. Carlos Antonio como la recurrente, sin que conste debidamente acreditado de dónde procedía el dinero y cuál era su fin al margen del que claramente se deducía del juicio de inferencia al que llega el Tribunal de instancia y que, también valida con acierto el TSJ en su sentencia al desestimar este motivo.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 49/2017 de 2 Feb. 2017, Rec. 1155/2016 que "La jurisprudencia constitucional y la de esta Sala han establecido que, en ausencia de prueba directa, es posible recurrir a la prueba circunstancial, indirecta o indiciaria, cuya validez para enervar la presunción de inocencia ha sido admitida reiteradamente por ambos Tribunales. A través de esta clase de prueba, es posible declarar probado un hecho principal mediante un razonamiento construido sobre la base de otros hechos, los indicios, que deben reunir una serie de condiciones. Concretamente, desde el punto de vista material, que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que éstos sean varios; que estén acreditados; que se relacionen reforzándose entre sí. Y, desde el punto de vista formal, que el juicio de inferencia pueda considerarse razonable y que la sentencia lo exprese". En este caso, tanto el Tribunal de instancia, como la sentencia del TSJ llevan a cabo un esfuerzo de motivación de la inferencia de la participación de los recurrentes en los hechos probados. Cada uno en su respectivo ámbito de responsabilidad. Y es sabido que en los delitos contra la salud pública debe admitirse la prueba de indicios en base a no poder exigirse siempre y en todo caso pruebas directas. Pese a ello en el presente caso existe una aprehensión de cantidad importante de droga, investigaciones previas, intervención de agente encubierto, ideación de los dos recurrentes iniciales de contactar con un agente policial para que facilitara la entrada de droga por el aeropuerto, determinación de día de la operación, encargo de la persona porteadora de la droga y recogida de la misma y detención del porteador y de los receptores de la droga que con 50.000 euros pretendían comprar el envío, o una parte importante del mismo. Con ello, en modo alguno pueden prosperar los motivos que se han expuesto.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN DE Jose Daniel

DUODÉCIMO.- 1.- Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley o precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal, y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión del art. 24.1 CE, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24.2 CE, así como el art. 1 de la LOPJ que establece que la justicia será administrada por jueces y magistrados, el art. 2 de LOPJ que establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales y el art. 26 LOPJ.

Se ha tratado ya este motivo del primer recurso en el motivo número 1, letra d) de nuestra motivación.

El motivo se desestima.

DECIMOTERCERO.- 2.- Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley o precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión del art. 24.1 CE, en relación con el derecho al proceso con las debidas garantías del art. 24.2 CE por inaplicación del contenido del art. 282 bis 1º, el art. 282 bis 3º de la LECrim y 570 bis 1º, párrafo último y 570 ter. 1º, párrafo último del CP. vulneración del artículo 263 bis de la LECrim, artículo 18.1 CE en cuanto al derecho a la intimidad personal, artículo 18.3 CE en cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones y artículo 24.2 CE en cuanto al derecho a no declarar contra sí mismo y, por ello, el derecho a la presunción de inocencia, así como en aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, el artículo 368 del CP.

Este motivo ya ha sido analizado con ocasión del primer motivo del primer recurso letras a y c de nuestra motivación dando validez a las labores de investigación previa del agente policial, y así indicamos que consta en el folio 205 del tomo I de las actuaciones el Decreto que tiene su origen en el oficio policial de fecha 25 de enero de 2016 y que obra al folio 202, y en el cual se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal por parte de la EDOA (Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga) que dos individuos a los que identifica como Carlos María , con antecedentes por tráfico de drogas, y Teodosio , también con antecedentes contra la salud pública,



intentaban captar a un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para facilitarles el pase de la aduana en el Aeropuerto de El Prat de Barcelona para introducir en España importantes cantidades de cocaína procedentes de Sudamérica.

Pues bien, ya hemos hecho referencia a que se trata de un grupo criminal y su constancia en el hecho probado y el operativo que diseñaron al respecto los dos primeros recurrentes, que la actuación previa del agente es necesaria para valorar los movimientos que se están llevando a cabo para evitar la investigación posterior prospectiva, y luego es con el oficio cuando se dicta el decreto motivado por los indicios. Lo que no puede cuestionarse es la investigación previa y al mismo tiempo que la posterior autorización es prospectiva, ya que se ha realizado la previa para dar lugar a la intervención posterior por el decreto de fiscalía de autorización. La dación de cuenta al juez ya se ha explicado de forma razonada y en consecuencia procede la desestimación del motivo.

DECIMOCUARTO.- 3.- TERCERO.- Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley o precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal, con vulneración del artículo 263 bis de la LECrim, artículo 18.1 CE en cuanto al derecho a la intimidad personal, artículo 18.3 CE en cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones y artículo 24.2 CE en cuanto al derecho a no declarar contra sí mismo y, por ello, el derecho a la presunción de inocencia, así como en aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, el artículo 368 del CP.

CUARTO.- Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley o precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal, con vulneración del artículo 368 del CP, en cuanto a la no concurrencia de los elementos del tipo para considerar, respecto de mi representado, que se trata de sustancia que cause grave daño a la salud, y el derecho a la tutela judicial efectiva produciéndose indefensión del art. 24.1 CE y el art. 24.2 CE, en cuanto al derecho a la presunción de inocencia al no haberse practicado prueba de cargo alguna en cuanto a dicha circunstancias y no poder inferirse de forma indiciaria si quiera, el conocimiento de la cualidad de la sustancia.

QUINTO.- Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 24.1 CE respecto al derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, art. 24.2 CE en cuanto al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho al proceso con las debidas garantías, el derecho a no declararse culpable, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE y el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE.

La actuación del agente encubierto en modo alguno es nula, y por ello sus investigaciones tampoco. Se produce una investigación preliminar, se dicta el decreto de fiscalía en base al oficio policial y se autoriza la intervención lo que lleva a la labor interna con el grupo de la investigación y el resultado final confirmado de la veracidad de las sospechas constatadas en los hechos probados con la aprehensión de casi 5.000 gramos de cocaína.

Sobre la intervención en el correo electrónico ya ha sido tratado con motivo del primer recurso, motivo 1º letra c).

Con respecto a la entrega vigilada del art. 263 bis LECrim señala el TSJ en su sentencia que "En el caso que nos ocupa, es obvio que no asistimos a una remesa de drogas de la que pudiera temerse, en un momento dado, una pérdida de su control, por cuanto la sustancia salía de Colombia, en un vuelo concreto, y en una maleta facturada en ese vuelo a nombre de Miguel Ángel, que llegó al aeropuerto de El Prat de Barcelona con dicha maleta, siendo que en la misma, finalmente, fue intervenida la sustancia en cuestión, como se desprende del conjunto de lo actuado. No asistimos, pues, a un necesario control de la injerencia de la actuación policial en derechos fundamentales, por lo que, habida cuenta del dictado del Decreto de la Fiscalía de Barcelona de 27 de enero de 2016 -sobre el que luego volveremos, en pronunciamiento sobre otros motivos de apelación alegados por las defensas de éste y otros investigados- así como del que se dicta posteriormente el 17 de marzo, o el posterior de 10 de junio, todos ellos, y a la vista de la prolija información facilitada por la Policía Judicial, ya existía el necesario control de la entrada en España de la cocaína finalmente intervenida, sus incidencias y vicisitudes en nuestro país control ejercido, prima facie, a través de la actuación del agente encubierto y de la sucesiva información que fue suministrando conforme su integración en el grupo criminal fue haciéndose efectiva".

Hay que recordar que lo que consta en el hecho probado es que "El 22/6/16 el colectivo dispuso que Miguel Ángel, mayor de edad y sin antecedentes penales, traería a Barcelona en el vuelo desde Colombia y a través del aeropuerto de El Prat, una maleta en la que transportaba cocaína conforme a la operativa diseñada en los meses anteriores. Carlos María y Teodosio anotaron esta información, así como fotografías de la

documentación y reserva de viaje de Miguel Ángel , en un borrador de mensaje en la cuenta de correo electrónico " DIRECCION000 " para que tales datos llegasen al conocimiento de quien ellos creían agente corrupto de la Guardia Civil Autorizado por nuevo Decreto de 22 de junio de 2016 de La Fiscalía Provincial de Barcelona, el agente encubierto identificado como " Bucanero ' ya sabedor de la identidad y apariencia del acusado procedente de Colombia, Miguel Ángel , que llegaría a primera hora de la tarde del mismo día en vuelo procedente de Bogotá NUM000 de AVIANCA, fue al encuentro del mismo en la zona de control aduanero del aeropuerto del Prat".

Con ello, la autorización y validación de la actuación del agente encubierto se da por la propia fiscalía, y no se trata de una entrega controlada del art. 263 bis LECRIM, ya que, en efecto, la entrega vigilada o controlada es una técnica policial, consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de ser objeto típico de los delitos enumerados en el art. 263 bis circulen por el territorio español, o entren o salgan de él, bajo vigilancia, pero sin interferencia de la autoridad, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión del ilícito, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines, pero en este caso el hecho probado evidencia otra operativa cual la del viaje de Miguel Ángel llevando una maleta con droga, y es la que es intervenida. No se trata de una droga controlada por los agentes, sino que es el portador de la droga el que viaja con ella estando facilitado en la creencia de la colaboración que al dispositivo les prestaba el agente encubierto. Con ello, la autorización de intervención del agente encubierto valida la prueba obtenida y no existe injerencia en derechos fundamentales como han rechazado tanto el Tribunal de instancia, como el TSJ en fase de apelación desestimando este motivo de igual modo.

No hay, pues, un control policial de la droga, sino que esta se lleva a cabo por su propio porteador que va con ella en el viaje y que es quien la recoge para proceder a su entrega a sus destinatarios previo pago de su precio, que es el operativo que se diseña y que es desmontado por la intervención policial en base a la intervención del agente encubierto autorizado por la Fiscalía por nuevo Decreto de 22 de junio de 2016; esto es, no lo era por la vía del art. 263 bis LECRIM sino por la vía del art. 282 bis LECRIM.

Recordemos que la entrega vigilada se basa en que " *Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los arts. 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal , circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines*".

No se dan estas circunstancias en el caso de autos, ya que el hecho probado es que "el agente encubierto identificado como " Bucanero ' ya sabedor de la identidad y apariencia del acusado procedente de Colombia, Miguel Ángel , que llegaría a primera hora de la tarde del mismo día en vuelo procedente de Bogotá NUM000 de AVIANCA, fue al encuentro del mismo en la zona de control aduanero del aeropuerto del Prat".

La frontera entre la entrega vigilada y la técnica del agente encubierto pueden yuxtaponerse, ir por separado, y actuar de distintas maneras, pero que se actúe con la segunda no quiere decir que sea exigente actuar con la primera y viceversa, por lo que actúan, y pueden hacerlo, en sus diferentes campos de acción y actuación, y en este caso queda perfectamente definido el modus operandi del art. 282 bis LECRIM con validación de la fiscalía. Por ello, la droga intervenida es aprehensión válida y no queda anulada.

Por último en cuanto a la cadena de custodia señala la sentencia del TSJ que:

"Se apunta también por el apelante en su escrito de recurso una falta de supervisión por parte del agente encubierto y del resto de agentes actuantes, en relación con la entrada en territorio nacional de la mochila o maleta y el efectivo contenido de la sustancia que, se dice, estuvo sin supervisión durante más de cinco horas. En concreto, se aduce que desde el momento en que el acusado Miguel Ángel llega al aeropuerto de El Prat y toma un taxi, junto con Bucanero , para ir al centro comercial de El Corte Inglés de Diagonal, en Barcelona, la maleta en cuestión permanece descontrolada durante unas cuatro horas, con la consecuente duda que, según afirma el recurrente, se cierne sobre si la tan repetida maleta que llevaba como equipaje el apelante contenía, en realidad, al bajar del avión, la cocaína que fue finalmente intervenida en autos.

Este motivo de impugnación exige verificar cuál fue la declaración en el plenario de los agentes actuantes, además de lo que al respecto relató el agente encubierto Bucanero .



Verificada el acta de juicio, se constata que **los agentes NUM004 y NUM005 fueron los encargados de hacer el seguimiento del pasajero que llegaba de Colombia con equipaje que, según les informaron, venía con droga.**

Los dos testigos coinciden en manifestar que fueron advertidos con muy poca antelación de la llegada del vuelo al aeropuerto de El Prat de Barcelona, a donde acudieron hacia las dos de la tarde, informándose del número de vuelo y de la hora de llegada; se desplazaron hasta el finger del avión y, mediante la fotografía que, ya en el aeropuerto, les fue remitida al Whatsapp de uno de los agentes, **conocieron el rostro del pasajero que llegaba con droga en la maleta, al que rápidamente localizaron.**

Observan que sale del avión con una maleta de mano y, desde ese mismo momento, le siguen. Así, observan cómo se dirige a recoger su equipaje (otra maleta más) en la zona de recogida, y cómo, ya en la zona de Aduanas, es retenido por un agente, esperando el viajero en una zona acristalada, siempre en posesión de sus dos maletas (la de mano y la que había recogido como facturada) hasta la llegada del agente encubierto, Bucanero, al que ninguno de los agentes, según refieren en el plenario, conocían personalmente, aunque les había sido mostrada una fotografía suya en reuniones anteriores.

Ambos agentes coinciden en manifestar, ante las reiteradas preguntas de las defensas, que **en ningún momento, desde que sale del finger del avión, perdieron de vista al pasajero ni sus maletas, que llevaba constantemente consigo.**

Su vigilancia continua, siguiendo, en su vehículo, al taxi que el agente encubierto y el pasajero, con las dos maletas, cogen en el mismo aeropuerto, y que llega hasta el Corte Inglés de Diagonal, en Barcelona, donde otro operativo, formado por otros agentes, se encarga de la vigilancia del acceso al centro comercial del agente encubierto y del pasajero procedente de Colombia.

Estos dos mismos agentes que hacen el seguimiento desde El Prat participarán más tarde en la detención de los cinco individuos (Bucanero entre ellos, así como el pasajero de constante referencia) localizados dentro de un vehículo, en el aparcamiento del El Corte Inglés; en ese turismo también estaban las maletas del pasajero y, en una de ellas, se localizará la cocaína que fue objeto de intervención. Y afirman en el plenario tener la seguridad de que la maleta donde se halló la droga era la misma que habían visto que el pasajero llevaba consigo a la salida del aeropuerto.

El agente NUM004 estuvo presente cuando se apertura la misma, que contenía cinco tabletas de lo que resultó ser cocaína.

Desde el momento en que el agente encubierto y el pasajero suben a bordo del taxi, el control sobre su equipaje lo realiza el agente encubierto (Bucanero), con cuya declaración también se ha contado en el acto del juicio. Asevera que desde que recogió al pasajero en la zona de Aduanas, donde otros agentes le habían retenido, las maletas siempre están con el viajero, que no se separa de ellas en ningún momento; durante las horas de espera en la cafetería de los almacenes hasta que, finalmente, bajan al aparcamiento de El Corte Inglés y son detenidos, el equipaje, sigue diciendo el testigo, continúa, siempre, en manos del pasajero (Miguel Ángel), insistiendo en que **en ningún momento las maletas se depositaron en ningún sitio, ni en ningún turismo y que cuando, tras varias horas en la cafetería de El Corte Inglés, bajaron todos al aparcamiento (es decir, Bucanero, Miguel Ángel, Teodosio, Carlos María y Jose Daniel), la maleta se introduce en ese mismo turismo al que todos suben y donde todos son, casi de inmediato, detenidos por la Guardia Civil.**

También los agentes encargados de la vigilancia en el exterior de El Corte Inglés ven llegar al taxi en cuestión y ven entrar al agente encubierto y a la persona que lo acompañaba, al centro comercial.

Así las cosas, **las alegaciones del recurrente relativas a la falta total de vigilancia de la maleta donde se halló la sustancia estupefaciente no se sostienen en modo alguno, siendo que, por el contrario, dicha maleta estuvo controlada desde el primer momento,** siendo varios los testigos policiales que la vieron, la siguieron y la reconocieron como la que, desde el principio, llevaba Miguel Ángel al salir del aeropuerto.

La prueba ha sido sustanciada con todos los requisitos procesales que la hacen válida y apta para enervar el principio de presunción de inocencia, por lo que no cabe, tampoco, estimar este motivo de impugnación".

En consecuencia, el motivo se desestima. Ha existido un riguroso control de la maleta por los agentes que deponen y es por ello por lo que no hay nulidad del contenido aprehendido. Ha habido prueba de cargo y suficiente para estimar suficiente su participación debidamente motivada por el Tribunal de instancia y la sala de apelación. La prueba habida es de cargo, suficiente y la motivación es válida.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN DE Carlos Antonio



DECIMOQUINTO.- 1.- Recurso de casación por infracción de ley al amparo de los arts. 849.1º y 2º de la ley de enjuiciamiento criminal.

Este motivo ya ha sido objeto de análisis y razonamiento y por ello se desestima.

DECIMOSEXTO.- 2.- Recurso de casación por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850.1º de la ley de enjuiciamiento civil.

Se queja el recurrente a través de este motivo de que una prueba propuesta por la representación de Jose Daniel en su escrito de calificación no fue practicada tal y como había sido propuesta. Pero nótese que se está refiriendo a la prueba propuesta por otro recurrente que no puede hacer suya el ahora recurrente por no pertenecerle la esfera del derecho a la proposición de prueba de otra de las partes del proceso penal.

Nótese que en el proceso penal cada parte marca las reglas de juego de su proposición de prueba y puede discutir sobre la inadmisión de su prueba, pero no sobre las consecuencias de la prueba de la contraria, al punto de que no basta, por ejemplo, una leve referencia a que "hago más las pruebas de la parte...", sino que se exige una específica proposición de prueba que permita dominar las consecuencias de la inadmisión y su protesta y queja, pero le está vedado a las partes suscitar cuestiones de la prueba de los demás no propuesta de forma específica como propia, de tal manera que no podrán impugnar las decisiones del Tribunal, sino que nada más que las que se refieran a la propia parte .

En cualquier caso, el TSJ ya hace mención en su sentencia a que:

"Por auto de 18 de mayo de 2017, el Tribunal de instancia admite dicha prueba, y por oficio de 2 de junio de 2017, la Guardia Civil informa de las operadoras a que pertenecen dichas IPS, y las mismas serán requeridas para que informen del usuario y hora de acceso de las conexiones a la cuenta de correo de los acusados.

Por oficio de 11 de julio de 2017, se informa al Tribunal de que sólo la operadora VODAFONE ha facilitado esos datos, siendo que la operadora ORANGE precisa de más datos para facilitar dicha información.

De todo ello se informó a las partes al inicio de las sesiones de juicio, habiendo instado la defensa del Sr. Jose Daniel la suspensión del mismo para completar la prueba admitida en su día, lo que fue denegado por el Tribunal.

Pero lo cierto es que la práctica de la prueba en el sentido que interesaba la defensa del Sr. Jose Daniel no fue admitida por el Tribunal, con la consecuente denegación de la suspensión del juicio, sin que conste, verificada que ha sido el acta de juicio oral (video 2) que se formulara protesta por la defensa interesada, de modo que, al amparo del artículo 786.2 in fine Lecrim., no cabe reproducir en esta alzada la sustanciación de dicha prueba, además de que la única parte legitimada para solicitarlo (aun sin que le asistiera razón procesal, por lo dicho) era la defensa del Sr. Jose Daniel , y no el ahora apelante, Sr. Carlos Antonio ".

El motivo se desestima.

DECIMOSÉPTIMO.- 3.- Recurso de casación por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la ley de enjuiciamiento criminal.

Con respecto a este motivo ya se ha explicado la participación en los hechos del recurrente con motivo del recurso de Marisa . Está clara su intervención, como consta y es por ello por lo que se desestima el motivo como se ha explicado anteriormente al desarrollar el motivo nº 1 y 2 de la recurrente Marisa .

El motivo se desestima.

DECIMOCTAVO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados D. Teodosio , Dña. Marisa , D. Jose Daniel , D. Carlos María y D. Carlos Antonio , contra sentencia dictada por la Sección de Apelación de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 5 de marzo de 2018, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado Miguel Ángel y desestimó los interpuestos por las representaciones de los también acusados Jose Daniel , Teodosio , Carlos María , Marisa y Carlos Antonio , contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 28 de julio de 2017, absolviendo a Miguel Ángel del delito de pertenencia a grupo criminal, manteniendo respecto a su persona y al resto de acusados los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia de la Audiencia Provincial. Condenamos a dichos recurrentes



al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a indicada Sección de Apelación del Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Diaz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ