



Roj: **STS 207/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:207**

Id Cendoj: **28079120012020100042**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2020**

Nº de Recurso: **10426/2019**

Nº de Resolución: **682/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10426/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 682/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 28 de enero de 2020.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **10426/2019** interpuesto por **Adelaida**, representada por el procurador D. Leonardo Ruiz Benito y bajo la dirección letrada de D. Orlando Espejo Barona, **Samuel**, representado por la procuradora Sra. D^a. María Teresa del Rosario Campos Fragua y bajo la dirección letrada de D. Cándido Colorado Castellary **Y Severiano** representado por el procurador D. Fernando Lozano Moreno, contra Sentencia 83/2019 de 16 de mayo de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que estimando en parte el recurso de apelación se revocó parcialmente la Sentencia nº 601/2018, de 20 de julio de 2018, de la sección séptima de la Audiencia Provincial de Madrid (PA nº 1839/2018 del Juzgado de Instrucción nº 8 de Madrid) en causa seguida contra los recurrentes por delitos contra la salud pública y pertenencia a grupo criminal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 8 de Madrid, inició PA nº 183/2016, seguido contra Jose Carlos , Adelaida , Severiano , Jose Daniel y Samuel . Una vez concluso lo remitió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia con fecha 5 de febrero de 2019 con los siguientes **Hechos Probados**:

"Durante el mes de enero de 2016 se detectó por agentes de la UDYCO Central (Brigada Central de Estupefacientes) la posible existencia de un grupo de personas que podrían estar dedicándose a actividades relacionadas con el tráfico de cocaína procedente de Colombia y cuyo destino sería su distribución dentro de España.

Siguiendo esta línea de investigación, se tuvo conocimiento de que se iba a producir una reunión entre dichos individuos, el día 23-1-2016, sobre las 13:00 horas, en el restaurante "La Hispana", sito en la calle Príncipe de Vergara nº 252 de Madrid, por lo que se estableció un dispositivo de vigilancia en torno a las inmediaciones de dicho restaurante, asistiendo a dicha reunión los acusados, Jose Carlos , de nacionalidad mejicana y pasaporte de Méjico nº NUM000 , en período de estancia regular en España, mayor de edad y sin antecedentes penales y Adelaida , pareja del anterior, de nacionalidad colombiana y pasaporte nº NUM001 , en período de estancia regular en España, mayor de edad y sin antecedentes penales, quienes habían llegado a España el día 17 de enero de 2016, en vuelo procedente de Medellín (Colombia), para gestionar la entrada de maletas con cocaína en España, a través del aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid-Barajas, sin ser detectado por los servicios de seguridad del aeropuerto. En dicha reunión, la acusada Adelaida se sentó en otra mesa en actitud vigilante, mientras el acusado Jose Carlos , quien se identificó con el nombre de " Justiniano ", ponía en conocimiento de un agente de la policía nacional que ocultó dicha condición y que posteriormente fue autorizado a actuar como agente encubierto, que estaba planificando la realización en fechas próximas, de una operación consistente en la introducción de numerosas maletas a través del aeropuerto de Madrid-Barajas conteniendo cocaína y que todo estaba preparado para comenzar a realizar envíos desde Quito (Ecuador), siendo el primero de ellos de unos 10 kg y posteriormente envíos semanales de 30 kg, yendo la droga oculta en el forro de la maleta y en bolsas de unos 250 gr cada una, citándose nuevamente para verse el día 25-1-2016, a las 16:00 horas en el mismo lugar, para ultimar detalles de la operación, entregándole un PIN nº NUM002 , correspondiendo al teléfono móvil número NUM003 , a fin de estar en contacto a través del "Blackberry Messenger".

A la vista de lo anterior, se solicitó de la Fiscalía Especial Antidroga, la apertura de diligencias de investigación preprocesal y autorización para el nombramiento de un agente encubierto, incoándose las diligencias de investigación nº 5/2016 y autorizándose por decreto del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial Antidroga de fecha 25-1-2016, la actuación como agente encubierto de un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía cuya identidad consta en sobre cerrado unido a la pieza reservada y siendo su clave para su identificación en el presente procedimiento, " Raton ", decreto que fue ratificado por el auto de fecha 422016, del Juzgado de Instrucción nº 8 de Madrid, y que obra en pieza separada del presente procedimiento.

El día 25-1-2016, a través del "Blackberry Messenger", el acusado Jose Carlos , retrasó la reunión prevista a las 16:00 horas, hasta las 21:00 horas y así, sobre las 20:55 horas el acusado Jose Carlos se reunió nuevamente con el agente encubierto en el restaurante "La Hispana", donde el acusado Jose Carlos le informó del precio que iba a pagar por cada kilo de cocaína que le entregase el agente encubierto, 8.500 euros por kilogramo, la mitad a la entrega de la maleta y la otra mitad unos días después, manifestando el acusado que esta era "su forma habitual de trabajar" y que el vuelo no iba a salir desde Quito (Ecuador), como habían hablado, sino desde Cali (Colombia), directo a Madrid, y que próximamente le facilitaría una dirección de e-mail y contraseña para que pudiera acceder a los borradores del correo electrónico, de manera que pudiese ver una foto de la maleta con la droga sin tener que enviar la foto y que a través del "Blackberry Messenger" le comunicaría el vuelo en el que llegará la maleta con la cocaína y que tendrá todo listo en Cali para efectuar envíos de cocaína en maletas de manera continuada por lo que va permanecer en Madrid durante 3 meses. Tras salir del restaurante, el acusado Jose Carlos se reunió en la confluencia de las calles Príncipe de Vergara y Serrano, con el también acusado Jose Daniel , de nacionalidad colombiana, con NIE nº NUM004 y residencia legal en España, mayor de edad y sin antecedentes penales, subiéndose ambos al vehículo Volvo V70, matrícula CPM y dirigiéndose al domicilio de Jose Daniel en la CALLE000 , nº NUM005 , de Boadilla del Monte (Madrid), domicilio donde los acusados Jose Carlos y Adelaida , residían desde su llegada a España.

Tras ello, el Grupo 45 de la Brigada Central de Estupefacientes de la UDYCO, solicitó del Juzgado de Guardia de Madrid, en oficio de fecha 27-1-2016, la apertura de diligencias previas e intervenciones telefónicas, autorizadas por auto de la misma fecha.

El día 6-2-2016, a las 18:00 horas, el agente encubierto tuvo otra reunión con el acusado Jose Carlos en el restaurante "La Hispana", reunión a la que acudió también la acusada Adelaida , sentándose en una mesa contigua, en labores de vigilancia, y en la que el acusado Jose Carlos le dijo al agente encubierto que le informase de los vuelos de la compañía Iberia con origen en Guayaquil, Cali y Quito y destino Madrid, tras lo



que le confirmaría el avión en el que vendrá la maleta con la cocaína, volviéndole a reiterar que van a hacer envíos al principio más pequeños para más tarde enviar unos 30 kilos de cocaína de forma continuada.

El día 9-2-2016, a las 9:30 horas, el agente encubierto tuvo otra reunión con el acusado Jose Carlos en el restaurante "La Hispana", reunión a la que acudió también la acusada Adelaida, y en la que el acusado Jose Carlos manifestó que los vuelos que mejor le venían a su organización para enviar cocaína eran los que tenían su origen en Guayaquil, Quito y Cali, y que habría un envío muy pronto y que se podría utilizar el vuelo NUM006, con origen Quito y Guayaquil, que sale los lunes, miércoles y domingos, llegando a Madrid a las 14:15 horas del día siguiente, o el vuelo NUM007, con origen en Cali, que sale los miércoles y viernes, con llegada a Madrid a las 13:20 horas del día siguiente.

A las 17:30 horas del día 18-2-2016, el agente encubierto recibe llamada telefónica del acusado Jose Carlos, quien le dice tener "muy buenas noticias", conviniendo en verse a las 18:00 horas del día siguiente.

Ante lo que parece ser la llegada inminente de la maleta conteniendo la cocaína y por motivos de seguridad, se solicitó en oficio de fecha 19-2-2016, autorización de otro funcionario del Cuerpo Nacional de Policía para la actuación como agente encubierto, lo que fue autorizado por auto de fecha 19-2-2016 y cuya identidad consta en sobre cenado unido a la pieza reservada y siendo su clave para su identificación en el presente procedimiento, "Sardina".

El día 19-2-2016, a las 18 horas, tuvo lugar la reunión en el restaurante "La Hispana" entre el acusado Jose Carlos y los dos agentes encubiertos, manifestando el acusado tenerlo todo preparado para efectuar el envío de la maleta en el vuelo de Iberia NUM006 con salida desde Quito (Ecuador), el miércoles 24 de febrero y llegada a Madrid el día 25 y que la maleta transporta 25 kg de cocaína. Así mismo, les comunica que un "socio" de Madrid quiere conocerles, que es colombiano como él, que trabaja en una oficina cercana al restaurante y que es una persona muy importante en el negocio de la cocaína, siendo éste el acusado Severiano, de origen colombiano y nacionalizado español, con DNI nº NUM008, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien se personó en el restaurante, dando concretos detalles del envío, así, que la maleta era roja, de la cual aportará una foto en los próximos días y detalles sobre cómo irá oculta la cocaína, así, parte en el armazón y parte entre la ropa y afirmando que él puede organizar envíos diarios en maletas de República Dominicana.

El día 23-2-2016, a las 19:00 horas, el acusado Jose Carlos y la acusada Adelaida acudieron al restaurante "La Hispana" donde, mientras la acusada entraba en el restaurante, el acusado se reunía con el agente encubierto "Sardina", al que comunicó el nombre de Roberto, como el nombre de la persona que iba a figurar en etiqueta de la maleta, así como que se trataba de un vuelo procedente de Cali (Colombia), con llegada a España el día 25 de febrero y con 25 kg de cocaína y que planean mandar otra maleta con otros 25 kg procedente de Santo Domingo (República Dominicana), que llegaría a España el 29 de febrero y otra con 16 kg procedente de Quito (Ecuador), con llegada a Madrid el 1 de marzo. Al poco tiempo se personó un individuo no identificado quien le muestra al agente encubierto las fotografías del exterior e interior de la maleta, tipo trolley, de color negro, así como los datos del vuelo de la compañía Iberia, NUM007, salida de Cali (Ecuador), a las 20:55 horas y llegada a la terminal 4 satélite del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, a las 13:20 horas del día siguiente y una fotografía con la etiqueta identificativa del vuelo y nombre del pasajero. Finalmente, el acusado Jose Carlos le dijo al agente encubierto "Sardina" que cuando llegase la maleta, su amigo (refiriéndose al agente encubierto "Raton") se pusiese en contacto con él.

El día 24-2-2016, el acusado Jose Carlos comunicó al agente encubierto "Raton" que la maleta no había podido ser enviada el día 24 por lo que sería enviada el día 26 para que llegase a Madrid el día 27 y así, tras varios intentos fallidos de enviar la maleta y varias reuniones mantenidas los días 26 y 27 de febrero para convenir la nueva fecha, el día 28 de febrero, a las 12 horas, el agente encubierto "Sardina" se reunió una vez más con el acusado Jose Carlos en el restaurante "La Hispana", quien le entregó la cantidad de 4.000 euros como compensación por el último retraso en el envío de la cocaína, dinero que ha sido ingresado en la cuenta de Consignaciones Judiciales, así como los 1.000 euros que también le entregó el día 29 de febrero por la misma razón, concretando que iba a llegar una maleta con 25 kg de cocaína en un vuelo de Iberia NUM007, con salida de Cali (Colombia), a las 20:55 horas del día 2 de marzo, y llegada al aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, a las 13:20 horas del día siguiente, facilitándole el día 2 de marzo, en la terraza del restaurante "La Hispana", el nombre de Roberto, como el nombre de la persona que figurará en la etiqueta de la maleta, precisando que la hora de llegada del vuelo es a las 12:26 horas y **personándose nuevamente el acusado Samuel**, quien le muestra unas fotos de la maleta que el agente encubierto fotografía a su vez con su teléfono móvil, conviniendo en que Jose Carlos avisará a "Raton" cuando la maleta esté en el avión.

El día 3-3-2016, en el vuelo de Iberia NUM007, procedente de Cali (Colombia) llegó al aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas una maleta tipo trolley transportada en las bodegas, marca Samsonite, de color negro, con un ribete rojo, un lazo en el asa de color rojo y amarillo y etiqueta a nombre de "Roberto", sospechosa de contener



en su interior cocaína, por lo que se solicitó judicialmente la intervención y apertura de la misma en presencia del Juez y del Letrado de la Administración de Justicia así como autorización para la circulación y entrega vigilada, autorizándose por auto de fecha 3-3-2016 la intervención y apertura de la misma en sede judicial, encontrándose en su interior 18 paquetes con un peso bruto total de 20,597 kg, y un total de 29 envases con un peso bruto total de 4.959 gr, así como 3 carpetas y dos bolsos con la misma sustancia que no se pudieron abrir por temor a perder el contenido en su totalidad. Por auto de fecha 4-3-2016, se autorizó la entrega vigilada a fin de identificar a todas las personas que pudieran estar relacionadas con el hecho delictivo, quedando la sustancia estupefaciente intervenida, debidamente custodiada en las dependencias del Grupo 45 de la Brigada Central de Estupefacientes.

El día 7-3-2016, a las 16:00 horas, el acusado Jose Carlos se reunió con los dos agentes encubiertos en el restaurante habitual "La Hispana" donde les comentó que tenía listas otras dos maletas para enviar a España, con 25 kg de cocaína cada una y que en el momento en el que le fuese entregada la cocaína que ya había llegado a Madrid procedente de Cali, él facilitaría un vehículo con una "caleta" (zona oculta), para que metiesen 6 kg de cocaína y hacer una prueba de calidad, pagando el precio convenido por kilo y posteriormente recogería los 19 kg restantes. Así, el día 9-3-2016, le comunicó al agente encubierto "Sardina", que el vehículo para cargar los 6 kg de cocaína era un Volkswagen Phaeton, de color azul y matrícula GTW, sin especificar letras y que lo iba a dejar aparcado en una zona de estacionamiento situada frente al restaurante "La Hispana", al otro lado de la calle Príncipe de Vergara.

Para ello, el día 10-3-2016 y a fin de proceder a la entrega controlada, por el Jefe del Grupo 45 de la Brigada Central de Estupefacientes se procedió a extraer del lugar de custodia, 6 de los paquetes conteniendo la cocaína, que fueron introducidos en el vehículo Volkswagen Phaeton de color azul y matrícula GTW, conducido por el agente encubierto "Sardina", cuyas llaves le habían sido entregadas, sobre las 11:00 horas, por el acusado Jose Carlos, diciéndole que fuera a por la cocaína y que en la parte trasera del vehículo había un hueco o caleta para introducir la droga y que por cada kilo le daría 6.000 euros.

Sobre las 17 horas del mismo día, acudieron al restaurante "La Hispana", a bordo del vehículo Volvo V70, matrícula CPM los acusados Jose Carlos y Adelaida, permaneciendo ésta en el exterior en actitud vigilante y llegando posteriormente el agente encubierto "Sardina", quien estacionó el vehículo Volkswagen Phaeton en el mismo lugar donde lo había recogido por la mañana, un parking situado enfrente del restaurante, entregándole las llaves al acusado Jose Carlos, quien a su vez, le entregó al agente encubierto un sobre con 36.000 euros, en billetes de 500 euros, procediendo el acusado Samuel, quien se personó 10 minutos después, a hacerse cargo del vehículo Volkswagen Phaeton de color azul y matrícula GTW, siendo detenidos los tres acusados, Jose Carlos, Adelaida y Samuel y recuperándose los 6 paquetes conteniendo la cocaína en el compartimento oculto del vehículo, debajo de la rueda de repuesto, siendo ingresados los 36.000 euros entregados al agente encubierto, en la cuenta de Consignaciones Judiciales.

El acusado Severiano fue detenido ese mismo día en las inmediaciones de su domicilio de la CALLE001 n° NUM009, chalet, de la localidad de Las Rozas (Madrid) y el acusado Jose Daniel, al salir de su domicilio de su madre, en la CALLE002, n° NUM010 de Madrid, a las 01:00 horas del día 11-3-2016.

Ese mismo día, 10-3-2016, por el Juzgado de Instrucción n° 10 de Madrid en funciones de Guardia, se dictó auto de entrada y registro en el domicilio del acusado, Jose Daniel, y en el que también residían en España los acusados Jose Carlos y Adelaida, sito en la CALLE000, NUM005 de la localidad de Boadilla del Monte (Madrid), así como en el domicilio del acusado, Severiano, sito en la CALLE001 n° NUM009, chalet, de la localidad de Las Rozas (Madrid), autorizándose su práctica a partir de las 20:30 horas, siendo intervenido en este último domicilio, en el registro practicado a las 21:36 horas del día 10-3-2016, en presencia del acusado, Severiano, un teléfono móvil marca Samsung, un Ipad, varias joyas y relojes, un ordenador y un vehículo BMW, matrícula-YLJ y en el domicilio de la CALLE000, bloque NUM005 de la localidad de Boadilla del Monte (Madrid), en el registro practicado a las 00:36 horas del día 11-3-2016, en presencia de los acusados Jose Carlos y Adelaida, dos teléfonos marca Blackberry, un Iphone y un Ipad, así como dos billetes de 500 euros, dentro del bolsillo de un traje del acusado Jose Carlos.

Severiano, Samuel, Jose Carlos y Adelaida, fueron detenidos por estos hechos el día 10-3-2016 y Jose Daniel, el día 11-3-2016.

El dinero en metálico ocupado fue utilizado para la realización de las actividades descritas o proceden de las mismas.

La sustancia incautada, una vez analizada, resultó ser cocaína, con un peso neto de 24.528 gr y 17.863,9656 gr de cocaína pura, según resulta de la siguiente tabla:



MUESTRA PUREZA COCAÍNA REDUCIDO A PUREZA			
1	1002,6	69	691.794
2	1001,7	71,3	714.2121
3	999,2	73	729.416
4	1002,2	68,2	683.5004
5	1005,7	75,3	757.2921
6	979,9	73,1	716.3009
7	975,8	72,1	703.5518
8	1007,2	71,9	724.1769
9	986	73,7	726.682
10	1004,5	69,9	702.1455
11	1002,3	68,8	689.5824
12	1003,8	73,1	733.7778
13	1002,8	73,1	733.0468
14	1002,4	71,4	715.7136
15	1002,8	69,1	692.9348
16	1003,1	72,9	731.2699
17	1004,1	74,1	744.0381
18	1001,2	74	740.888
19	1580,5	75,9	1199.5995
20	1611,4	75	1206.55
21	1282,8	74,2	951.8376
22	968,8	75,6	733.9328
23	297,7	75,5	224.7635
24	208,8	76,8	160.3784
25	493,4	77,1	380.4114
26	597,3	75,8	452.7534
		TOTAL	47863.9656
		COCAÍNA:	

La cocaína incautada tiene un precio en el mercado ilícito de 992.701,58 euros, si la venta es al por mayor, de 2.629.539,84 euros, si la venta es al por menor y de 4.901.752,47 euros, si la venta es por dosis".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia establece:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A: Jose Carlos , como autor responsable:

- De un delito contra la salud pública, previsto en el art. 368.1° y 369.1.5° del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de NUEVE AÑOS de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de duración de la condena; multa de 7.500.000 euros.
- De un delito de pertenencia a grupo criminal, previsto en el art. 570 ter 1 b) y párrafo último del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, la pena de DOS AÑOS de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de duración de la condena
- Pago de la quinta parte de las costas causadas en este juicio.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A: Adelaida , Severiano , Jose Daniel y Samuel ,

- De un delito contra la salud pública, previsto en el art. 368.1° y 369.1.5° del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, la pena de NUEVE AÑOS de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de duración de la condena; multa de 7.500.000 euros.
- De un delito de pertenencia a grupo criminal, previsto en el art. 570 ter 1 b) y párrafo último del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, la pena de UN AÑO y SEIS MESES de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de duración de la condena
- Pago de la quinta parte de las costas causadas en este juicio, cada uno.

Procede decretar el comiso de la cocaína intervenida, procediéndose a su destrucción. Asimismo de la cantidad de 1.000 € ocupados a Jose Carlos .

Firme que sea la presente resolución, levántense las medidas cautelares adoptadas sobre los vehículos intervenidos, entregándose a sus legítimos dueños, conforme a la acreditación que aporten.

Y para el cumplimiento de las penas principales de prisión, les abonamos el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de apelación, en el plazo de diez días, ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid".



TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por Adelaida , Severiano , y Samuel , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó Sentencia, con fecha 9 de mayo de 2019 que con modificación del hecho probado en el sentido de: " suprimir la locución "**personándose nuevamente el acusado Samuel** " , (resaltaba tipográficamente al transcribirla en el primer antecedente) que se sustituye por la frase: "**personándose nuevamente un individuo no identificado**", sentó la siguiente parte dispositiva:

1º.- Que ESTIMAMOS ÍNTEGRAMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Jose Daniel , REVOCANDO la sentencia. 601/2019, de 3 de septiembre de 2018, dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dejando la misma sin efecto y dictando la presente, en su lugar, por la que debemos ABSOLVER como ABSOLVEMOS a Jose Daniel de los delitos por 'los que venia siendo acusado; sin especial imposición de las costas de este recurso, declarándose de oficio 115 de las devengadas en la primera instancia.

2º.- Que debemos ESTIMAR EN PARTE el recurso, de apelación interpuesto por la representación procesal de Samuel , y REVOCAMOS la sentencia 601/2018, de 3 de septiembre de 2018, dictada por la por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid._ En su lugar:

ABSOLVEMOS a Samuel del Delito de pertenencia a grupo criminal por el que venia siendo acusado:

–CONDENSAMOS a Samuel como autor de un delito contra la salud pública previsto en los arts. 368.1 369.1.5º del Código Penal, sin la circunstancia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de SEIS AÑOS v UN DÍA de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 7.500.000 euros; sin especial Imposición de las costas de este recurso, condenándole al ahorro de 1110 parte de las devengadas en la instancia y declarándose de oficio 1.110 parte de las mismas.

Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Jose Carlos , REVOCAMOS la sentencia 601/2018, de 3 de septiembre de 2018, dictada por la per la Sección. 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid. condenándole como autor de un delito contra la salud pública, previsto en los arts. 368.1 y 369.1. del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES de prisión. con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 7.500.000 euros; CONFIRMAMOS sus condenas como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal en los términos de la Sentencia apelada y al abono de 1/5 parte de las costas de la instancia, sin especial imposición de las devengadas en este recurso.

Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Adelaida , REVOCAMOS la sentencia 601/213.1S, de 3 de septiembre de 2018, dictada par la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid, condenándola como autora de un delito contra la salud pública, previsto en los arts. 368.1 y 369.11, 5' del Código Penal. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. a la pena de SIETE AÑOS de prisión; con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 7.500.000 euros; CONFIRMAMOS sus condenas como autora de un delito de pertenencia a grupo criminal en los términos de la Sentencia apelada y al abono de 1/5 parte de las costas de la instancia, sin especial imposición de las devengadas en este recurso.

Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Severiano , REVOCAMOS la sentencia 601/213.1S, de 3 de septiembre de 2018, dictada par la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid, condenándola como autora de un delito contra la salud pública, previsto en los arts. 368.1 y 369.11, 5' del Código Penal. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. a la pena de SIETE AÑOS de prisión; con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 7.500.000 euros; CONFIRMAMOS sus condenas como autora de un delito de pertenencia a grupo criminal en los términos de la Sentencia apelada y al abono de 1/5 parte de las costas de la instancia, sin especial imposición de las devengadas en este recurso.

6º.- Se confirman los restantes pronunciamientos de la Sentencia apelada sobre comiso, alzamiento de medidas cautelares y abono de las penas principales de prisión.

7º.- Se acuerda, en consecuencia, la inmediata puesta en libertad del acusado, Jose Daniel , por la presente causa, a cuyo efecto deberá librarse exhorto a la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que será remitido con esta misma fecha, a fin de que proceda a su cumplimiento, librando los mandamientos correspondientes y dando cuenta a este Tribunal de su resultado.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 de la Ley



de enjuiciamiento Criminal, mediante escrito autorizado por abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional por Adelaida , Samuel , Severiano y Jose Carlos que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Adelaida .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y del art. 24 CE (presunción de inocencia). **Motivo segundo.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 454, en relación con el art. 451.2 CP (excusa absoluta por encubrimiento del cónyuge o pareja). **Motivo tercero.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 16 CP en relación con los arts. 368.1 y 369.5 y 570 ter 1 b) CP.

Motivos alegados por Samuel .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y del art. 24 CE. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 368.1 y 3, 69.1.5º CP. **Motivo tercero.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Motivos alegados por Severiano .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración de lo dispuesto en el art. 282 bis LECrim. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 368 y 369.5 CP. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 por aplicación indebida del art. 570 ter 1 b) CP. **Motivo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 368 y 369.5 CP.

QUINTO.- El recurrente Jose Carlos desistió del recurso anunciado por escrito de fecha 8 de julio de 2019 .

SEXTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos solicitando su inadmisión y subsidiariamente su desestimación. La Sala los admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 18 de diciembre de 2019, prolongándose la deliberación hasta el día 21 de enero de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso de Severiano

PRIMERO.- El primer motivo se articula a través del art. 852 LECrim por conculcación del art. 282 bis LECrim.

Se dice que faltaba un presupuesto para autorizar la intervención de **agentes encubiertos**: que se tratase de actividades enmarcables en el concepto de **delincuencia organizada**, entendiéndose por tal la asociación de al menos tres personas para realizar de manera permanente o reiterada, entre otros posibles, actos constitutivos de delitos contra la salud pública.

El recurrente argumenta que se hablaba de dos únicas personas, lo que no puede ser un grupo organizado en el sentido manejado por el art. 282 bis.

La argumentación es falaz y sesgada. Llevada a sus últimos términos obligaría a entender que solo hay organización cuando se conoce la identidad de todos sus miembros; o, al menos, de tres de ellos. Hay actividades llevadas a cabo por grupos organizados en que la investigación alcanzará a detectar solo a uno de ellos. Uno de los objetivos de la investigación será justamente identificar otras persona implicadas (lo que puede lograrse o no); y/o confirmar que en efecto los indicios de que se está ante una estructura organizada se confirman. Pero obviamente cuando se investiga por contarse con datos indicativos de esa realidad, que necesitados de confirmación pues son provisionales, pueden utilizarse los métodos previstos en las leyes para esas pesquisas que, por resultar más dificultosas, requieren medios especiales (entre ellos, el uso de agentes encubiertos). Lo exigible es que exista base indiciaria valorada en un juicio *ex ante* de esa realidad. Es indiferente que luego se confirme o no. La investigación basada en esas metodologías, habilitadas para casos especiales, será irregular cuando no exista esa, al menos, apariencia fundada de estar ante una organización criminal; incluso aunque luego se llegue a constatar que en efecto era una organización. Por el contrario,



será válida y utilizable sin matiz alguno cuando se cuente con esos indicios fundados que luego se ven desvirtuados por la investigación desarrollada llegándose a la conclusión de que no existía estructura alguna, sino actuaciones individuales descoordinadas y desconectadas.

Que el agente solo conociese a dos personas y solo interactuarse con una no significa que no pudiera existir una organización; es más: contaba con datos que permitían llegar a la estimación contraria. Desde luego, aludir a una red preparada para el envío reiterado y sucesivo de droga a través del aeropuerto de Madrid-Barajas desde Ecuador, es algo que ineludiblemente evoca una organización. No puede sostener esa infraestructura solo una persona, con la exclusiva ayuda de otra que se limita a vigilar para que las entrevistas no sean captadas o controladas por nadie sospechoso. Que no se conozca a los demás integrantes de la organización; entre otras cosas porque un grupo de ellos debería permanecer en el país de origen de la droga para efectuar los envíos de forma coordinada con los que estaban en España, no hace desaparecer la organización. No son especulaciones; son premisas lógicas elementales. El sistema en el que participaba en aquellos primeros momentos el principal implicado exigía contar con unos proveedores concertados en los países de origen y de envío; y contar con circuitos en España para distribuir la droga. No podía hacerlo todo él. Ni siquiera le bastaría la exclusiva ayuda de su esposa.

Ese panorama legitima el uso de esa medida de investigación (agente encubierto) que, por otra parte, no es necesariamente intrusiva de derechos fundamentales. Dos personas instaladas en España para importar droga desde Colombia a través de envíos en vuelos regulares reclama el concurso planificado de otras personas necesariamente. Entender que había indicios de una actividad organizada no es voluntarismo; es pura y sencilla lógica bastante elemental.

Recordemos en todo caso el fundamento de la necesaria autorización para la actuación mediante agentes encubiertos. Solo algunas de sus tareas exigirían *per se* esa autorización.

La STS 277/2016, de 6 de abril se pregunta el porqué de esa necesaria autorización judicial:

"... las razones radican tanto en las posibles injerencias en derechos fundamentales amparadas en un engaño o simulación (derecho a no declararse culpable o a no declarar contra sí mismo; inviolabilidad del domicilio); en la afectación de un derecho de nueva generación como es la autodeterminación informativa (*recht auf informationelle selbstbestimmung*); así como también en la necesidad de dotar al agente encubierto de *inmunidad*-en sentido figurado- respecto de actuaciones que objetivamente podrían ser típicas y, por tanto, susceptibles de persecución penal. Por eso el art. 282 bis LECrim establece implícitamente las actuaciones que ineludiblemente reclaman esa autorización: la utilización de identidad supuesta y la adquisición o transporte de los efectos del delito sin proceder a su incautación, lo que sería obligado si no mediase esa autorización judicial.

Las exigencias del derecho a la autodeterminación informativa, concernido de manera determinante, no son tan intensas en cuanto a la necesidad de intervención judicial. Ese es el primero de los derechos que puede verse afectado. Pero no toda incidencia en ese derecho reclama inexorablemente habilitación judicial como demuestran las simulaciones policiales investigadoras de corta duración (v.gr., requerimiento de droga por un agente que oculta su identidad a quien parece estar vendiéndola en una vía pública) que, según entiende generalizadamente la doctrina y unánimemente la jurisprudencia, no precisan de ese previo *placet* judicial.

Rebatiendo la alegación de que un agente encubierto había empezado a actuar sin contar con autorización judicial, dirá, por su parte, 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...".

A la vista de los derechos fundamentales implicados *in casu* se hace todavía más inasumible la tesis del recurso.

Es totalmente compartible el razonamiento de la bien construida y documentada sentencia de apelación, para rechazar el motivo:

"Ciertamente el art. 282 bis L.E.Crim. **liga la figura del agente encubierto a que se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada**, estableciendo en su apdo. 4 que se considera como delincuencia organizada, en el sentido de "la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal"

En el caso presente la información obtenida por el agente encubierto Raton hacía referencia y después se confirmaría, a la intención de acometer el transporte e introducción en España -lo que ya bastaría como actividad delictiva contra la salud pública- y previsiblemente su distribución y venta, mediante el transporte reiterado por vía aérea de sustancias ilícitas. Lógicamente la reiteración y coetánea permanencia de los implicados se vio frustrada por la intervención policial. **Por otra parte los implicados acusados son cinco, más de los tres a que se refiere el precepto.**

En otro orden de cosas, aun cuando nos refiramos al agente Raton como agente encubierto, dicha condición tiene un doble significado. Por una parte el funcional, en cuanto que pertenece a la Unidad de Agentes Encubiertos y por otra parte operativo y legal a partir de que se autoriza por la Fiscalía su nombramiento, mediante decreto de fecha 25 de enero de 2016.

Se da por tanto la circunstancia de que la fase inicial de la investigación policial, desde que se inicia en fecha de enero de 2016 hasta su nombramiento, lo que incluye la reunión del día 23-12-2016, su actuación no tendría la cobertura legal de agente encubierto, lo que, sin embargo, no resta valor ni supone ilicitud alguna, descartada la hipótesis del delito provocado, pues tanto la obtención de información/inteligencia como la propia actividad de investigación policial relativa a la citada reunión, tiene su amparo en la actuación que es propia y característica de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado".

El agente refiere que el acusado habló de envíos periódicos lo que afianza la percepción de que no eran dos personas aisladas concertadas para una única operación; sino una estructura coordinada con pluralidad de implicados.

No es estimable el motivo.

SEGUNDO.- Los motivos segundo y cuarto, unificados en fase de formalización, denuncian violación del derecho a la **presunción de inocencia** (art. 852 LECrim) y aplicación indebida de los arts. 368 y 369 CP (art. 849.1º).

No podemos añadir nada al despliegue argumental de la sentencia de instancia para descartar la viabilidad de estos dos motivos que en realidad son uno:

"En la reunión de fecha 19-2-2016, se persona, a requerimiento de Jose Carlos a través del acusado Jose Daniel , el también acusado Severiano , a quien presenta el primero como un socio colombiano que quiere conocerles -a los agentes-; que trabaja en una oficina próxima y que es muy importante en el mundo de la droga. Efectivamente acude a la reunión, algo retrasado, lo que hace que, nuevamente a través de Jose Daniel le llame varias veces. En dicha reunión Severiano da detalles de un envío de droga, en una maleta, características de la misma, cómo irá oculta y que puede realizar más envíos.

Y añade más adelante:

Por lo que se refiere a Severiano , a la vista de lo declarado por los agentes encubiertos, Jose Carlos se los presenta, sin dar nombre, como un socio colombiano, que tiene una oficina próxima al lugar de reunión en el restaurante La Hispana, lo que es cierto. Aquélla en Paso de la Castellana 132 y el restaurante en Príncipe de Vergara 252. (5 km, 7 minutos).

Les indica además que es muy importante en el negocio de las drogas y en la conversación que tiene Severiano , aporta datos sobre un envío, ajeno al que enjuiciamos - recordemos que varios se frustraron- así como la posibilidad de organizarlos.



Tampoco la cobertura que ofrece el acusado, para justificar su relación con Jose Carlos y en definitiva con el presente caso, resulta suficientemente justificada. Es cierto que, como resulta de la investigación patrimonial llevada a cabo en paralelo, pero aportada a las presentes actuaciones y no impugnada por la defensa, acredita que es administrador único de dos sociedades: "MISALOA, S.L." y "SANTOYA, S.L." y administrador solidario de: "MORENO INTERNATIONAL BUSINESS, S.L.", de las que solo la primera tiene actividad cuando ocurren los hechos. Pero si observamos el objeto social de dicha sociedad: Prestación de toda clase de servicios telefónicos e internet para uso público y privado. La creación, composición, elaboración, distribución, reproducción, etc., de producciones artísticas, difícilmente cabe pensar que sea verdad el que manifestó el acusado: realizar servicios jurídicos, de prestación de servicios por extranjería, trabajan con personas extranjeras en España, que piensan quedarse en el país, para buscar casa, colegios, universidad y si tenían empresas en su país, radicar la empresa o una sede en Madrid.

Quizá por eso no le hizo Jose Carlos ningún encargo.

La posibilidad de que dicha empresa sea una tapadera para otros fines, es ajena a esta causa y parece ser que se realiza en otra investigación.

En otro orden de cosas hay otro elemento de juicio que, la lógica y la experiencia, hace pensar en que, efectivamente, como por otros elementos de prueba ya expuestos se constata, Severiano formaba parte del grupo criminal investigado y que tenía en él un papel destacado. Nos referimos a las intervenciones telefónicas.

Aparecen transcritas en pieza separada de las actuaciones, junto con los soportes en que fueron grabadas. Las que el Ministerio Fiscal consideró de interés se oyeron en la vista, reconociendo el acusado su voz.

Ciertamente manifestó que se habían transcrito mal algunas de ellas, lo que debe rechazarse ya que las citadas transcripciones vienen avaladas por la fe del Letrado de la Administración de justicia del Juzgado instructor.

Dos circunstancias llamaron la atención de la Sala, por una parte el que las conversaciones telefónicas intervenidas, sin interés policial, que han sido transcritas, puesto que hay otras que no lo son, resultan perfectamente comprensibles, en un lenguaje claro y abierto, fruto de una conversación entre dos personas que hablan por teléfono, podamos intuir o comprender de qué hablan o no. Por el contrario, las de interés policial, en las que se habla de maletas, viajes, de llegadas, etc. son un galimatías, que evidencian que la conversación entre los interlocutores, que saben de lo que hablan, se realiza en forma de clave, para evitar, ante la sospecha de la intervención telefónica, dar datos precisos del contenido de la conversación. Así lo enseña la experiencia en este tipo de delitos.

La alegación, tanto del acusado como del testigo Ernesto, de que se trataban de palabras fruto de una jerga coloquial, no deja de ser, a juicio de la Sala, un intento de enmascarar el contenido real de las conversaciones mantenidas, que tendría relación con los hechos enjuiciados, Así resulta revelador el uso de la palabra "maleta" y que en una de las conversaciones se indique la llegada de la multa en la fecha en que efectivamente ocurrió. Lo anterior no quita para que, además, el testigo y el acusado aprovecharan la conversación para referirse a otro tema, el de los bonos, que el bróker Spencer negoció para el acusado, sin perjuicio de que sobre esto tampoco se ha aportado ninguna prueba, lo que parece debería ser una elemental diligencia de la defensa".

A tan sólida motivación fáctica añade la Sala de apelación algún elemento que reforzaría la credibilidad de las manifestaciones de los agentes encubiertos, soporte fundamental de la condena:

"Agente Jefe de Grupo II con TIP NUM011 expresamente asevera en el plenario que desconoce que en la investigación de este juicio el acusado esté actuando como colaborador. E .incluso el propio acusado acepta que, si bien con la finalidad de actuar como gancho, llegó a hablar del envío de una maleta roja con droga procedente de Quito, lo que corroborarla la fiabilidad del testimonio de los dos AA.EE. presentes en la reunión del 19 de febrero acerca del contenido de lo manifestado por Severiano y del relevante papel entonces atribuido a ese acusado en el tráfico de drogas.

La Sala de instancia, sin sombra de arbitrariedad, ha creído los testimonios de los AA.EE- que refieren varios extremos determinantes: que Severiano es presentado por Jose Carlos como persona importante en el mundo de la droga, como su socio; y que Severiano, al mamen de mencionar un envío que, como otros posteriores, no llega a producirse, refiere estar en su mano la capacidad de organizados. De aquí se puede inferir, sin contravención de las reglas de la lógica. y sin excesiva laxitud, su conexión directa con la actividad de Jose Carlos en España, que culminó con el envío finalmente aprehendido. Que no se hayan constatado más intervenciones ulteriores del acusado, ni datos significativos en el registro de su domicilio y en el volcado de sus dispositivos electrónicos no obsta a la fuerza incriminatoria de lo que antecede, corroborada por la futilidad de su versión exculpatoria, no existiendo el menor indicio -más allá de sus propias manifestaciones- de que asistiera a la reunión del día 19 de febrero con la intención, en su caso de colaborar con las fuerzas del orden. Su acreditada conducta en la reunión del 19 de febrero ante dos supuestos maleteros es claramente



favorecedora del tráfico de drogas: dice que está en condiciones de organizar envíos ante quienes, mediante precio, pudieran colaborar activamente en la introducción ilegal de sustancias estupefacientes: es una positiva cooperación facilitando la labor emprendida por Jose Carlos en la organización del tráfico de cocaína.

Por último aunque no de modo menos importante-, no es verdad que no exista otra conexión con los hechos enjuiciados -con el concreto envío materializado- que su asistencia a la precitada reunión: la Sala de instancia ha valorado con cumplida justificación, con arreglo a las máximas de la experiencia, las grabaciones de las conversaciones telefónicas del acusado, rechazando errores de transcripción al haberse producido la misma bajo la fe pública del Letrado de la Administración de Justicia del juzgado Instructor: ha concluido el Tribunal *a quo* que, aunque en ocasiones en efecto los interlocutores pudieran referirse a temas financieros, hablaban de una forma ininteligible, "en clave", no confiriendo credibilidad al alegato de que se trataba de una jerga coloquial, y enfatizando la Sala *a quo*, sin la menor arbitrariedad, como llama su atención "*que en una de las conversaciones se indique la llegada de la maleta en la fecha en que efectivamente ocurrió*".

Las conversaciones telefónicas, ciertamente, no son cristalinas y diáfanas; pero algunas referencias coincidentes con datos comprobados de los hechos (la alusión a la maleta) resultan de una elocuencia difícil de encubrir o disculpar con otras explicaciones por mucha imaginación que se ponga al servicio de esa tarea.

TERCERO.- El tercero de los motivos de este recurrente transita por la vía del art. 849.1º LECrim . Cuestiona la condena por el delito de **pertenencia a grupo criminal**.

El cauce casacional elegido ha de partir del total respeto al hecho probado donde quedan definidos los perfiles de esta tipicidad que venían avalados por las manifestaciones del agente lo que hace decaer la perspectiva probatoria que también, aunque incorrectamente (art. 884.3º LECrim), incluye en su argumentación el recurrente.

Las SSTS 719/2013, de 9 de octubre, 251/2014, de 13 de abril, ó 576/2014, de 18 de julio constituyen unas muestras (de entre muchas) que ponen de manifiesto el acierto de la subsunción de los hechos en el art. 570 ter CP. A esas atinadas referencias podemos añadir alguna más reciente. La citada en último lugar - STS 576/2014- es buen punto de referencia:

"La doctrina de esta Sala (entre las más recientes, Sentencia núm. 426/2014, de 28 de mayo), destaca que la nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010, contempla, **como figuras delictivas diferenciadas**, la organización criminal y el grupo criminal.

El art. 570 bis define a la organización criminal como: "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 delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas".

Se excluyen, pues, los casos de transitoriedad, antes incluidos en el concepto que aparecía en el artículo 369 del Código Penal.

Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".

Por lo tanto, **la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concorra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concorra uno solo.**

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 codelinuencia o, incluso, de grupos criminales.

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



La jurisprudencia posterior a la reforma ha esclarecido la 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.**

(...)

Esta argumentación prescinde del hecho de que conforme a la nueva regulación legal, los tres condenados formaban un grupo criminal, por si mismos, prescindiendo de las relaciones que pudiesen tener con una organización más relevante (posiblemente de carácter transnacional) que les proporcionase la cocaína base. El hecho de que no esté acreditado que los tres condenados (colombianos) estuviesen integrados en una organización criminal dedicada al tráfico internacional de cocaína, constituye una argumentación válida para excluir la aplicación de la agravación de integración en una organización criminal prevista en la regulación anterior, pero no excluye la aplicación del grupo criminal a los tres componentes del grupo que se dedicaba de forma continuada y concertada a la elaboración de cocaína en el laboratorio clandestino, y, según el relato fáctico, también a su distribución posterior.

Así como la diferencia entre grupo y organización criminal es clara, para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codeincuencia 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 codeincuencia, 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.**

A estos efectos ha de entenderse que cuando el grupo u organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico de drogas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aun cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito único, por su naturaleza de tipos con conceptos globales (expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda consumado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir, STS 487/2014, de 9 de junio), sin embargo a los efectos de la tipificación del grupo u organización el tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural.

Ello se deduce de la propia naturaleza y finalidad de la tipificación de las figuras de organización criminal, que no pueden excluir el tráfico de estupefacientes, y del hecho de que lo relevante para la concurrencia de estas figuras es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su

**calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica.**

Procede, por todo ello, la estimación del recurso por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, dictando segunda sentencia con declaración de las costas de oficio.

La actuación concertada de los tres acusados para constituir un grupo con la finalidad de dedicarse conjuntamente a elaborar cocaína en un laboratorio clandestino y distribuirla posteriormente, reviste los caracteres típicos de la nueva figura de constitución e integración en un grupo criminal, pues excede manifiestamente de una unión formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito concreto. Consta el acopio y empleo de medios idóneos para realizar una actividad continuada de tráfico de estupefacientes, con una cierta permanencia y una estructura básica constituida por el chalet donde se almacena y transforma la droga, manteniéndose una situación de antijuridicidad continuada a lo largo de todo el tiempo en que, por la voluntad de los concertados, se renueva continuamente la acción típica de elaboración y distribución de la droga.

Estamos, en consecuencia, en presencia de tres personas concertadas para la comisión de delitos contra la salud pública, planificados y coordinados, mediante la programación de un plan delictivo prolongado en el tiempo, consistente en la utilización de un laboratorio perfectamente equipado para la transformación de la pasta base de cocaína, la elaboración de la droga directamente transmisible al público y su distribución posterior. La constitución e integración en un grupo criminal es manifiesta".

La descripción del "*factum*" permite comprobar que estamos ante una agrupación de personas dotada de cierta permanencia y estabilidad, con conexiones internacionales y con medios materiales y económicos que se conciertan para actuar de forma coordinada y concertada, más allá de que solo haya llegado a concretarse una operación. El *factum* describe ese consorcio (al recurrente se le atribuye la condición de "*socio*") que no se limita a una exclusiva operación sino a una colaboración con vocación de continuidad.

El acuerdo previo de voluntades no hace falta fijarlo en un momento u ocasión específicos, como si hubiese de ser un acto formal y solemne. Puede ir trabándose en el curso de la actividad y, desde luego, fluye de los hechos que se dan como probados, más allá de que la sentencia no haya sido capaz (ni hace falta; ni sucede habitualmente) de concretar una fecha en que se procediese a un pacto detallando las condiciones de esa colaboración en una misma actividad criminal con vocación de prolongarse en el tiempo. Exigir eso resulta no solo innecesario sino tanto como reclamar una *probatio diabolica*.

Aparece igualmente en el hecho probado ese horizonte asumido de desarrollar una pluralidad de acciones de tráfico a lo largo de un tiempo, mayor o menor, aunque no definido: existe una mínima estabilidad que supera el mero concierto para la comisión inmediata de un delito (lo que nos reconduciría a la coautoría). No estamos ante una formación ocasional o fortuita.

El motivo decae.

b) Recurso de Adelaida .

CUARTO.- Amparándose en el art. 852 LECrim denuncia vulneración tanto de la **presunción de inocencia** como de su derecho a la **tutela judicial efectiva**.

La convicción probatoria de la Sala se funda en las declaraciones de los agentes encubiertos cuya versión, pese a lo que trata de justificar la recurrente, no admite interpretaciones que excluyan su conocimiento e intervención -bien que en un papel secundario más discreto- en los hechos que habían motivado el desplazamiento con su marido a España.

La no implicación sería incompatible con su presencia en momentos clave, presencia aceptada por ella y relatada por los agentes. Y es una presencia no meramente pasiva sino en actitud inequívocamente vigilante, dando cobertura a su marido que es quien asume el protagonismo.

Esos elementos han bastado para alcanzar la conclusión que refleja la sentencia y que es razonadamente refrendada por el Tribunal Superior de Justicia. Si efectivamente estuviese totalmente al margen de la actividad su esposa, no la hubiera utilizado el autor principal como elemento de vigilancia de algunas de las reuniones. Menos aún la hubiese llevado el día en que iban a contactar con la droga. No se trata solo de un mero conocimiento en el marco de una actitud pasiva y de simple tolerancia: se ha apreciado en la recurrente una actitud de apoyo y colaboración.

El **encubrimiento entre parientes** solo exime cuando la labor puesta al servicio de la actividad delictiva es un mero encubrimiento posterior. Esa hipótesis en el tráfico de drogas solo se puede producir cuando ha cesado la actividad delictiva. Mientras ésta se desarrolla toda conducta que no se limita a callar, no denunciar o tolerar,



sino que además supone cooperación aunque sea con tareas de orden subalterno o secundario son por sí mismas suficientes para integrar los verbos típicos del art. 368 CP.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Se invoca a través el art. 849.1 la aplicación del art. 454CP en relación con el art. 451.2 CP.

Se acaba de anticipar la respuesta a este intento de distorsionar la calificación jurídica: para ser encubridor en necesario no ser autor (hay una relación de subsidiariedad expresa, art. 8 CP). En un delito contra la salud pública mientras se desarrollan tareas no desistidas encaminadas a hacerse con droga para su ulterior distribución el delito esta consumándose. Los actos de auxilio, o colaboración con quienes están implicados en esa actividad se convierten en actos de auxilio de la tarea principal y por tanto en hechos incardinables en el art. 368 CP que es tipicidad prevalente. El encubrimiento mantiene una relación de subsidiariedad con la tipificación principal.

Solo existirá encubrimiento cuando se tiene la seguridad de que ya no se va a desplegar actividad alguna de distribución de drogas.

No se condena a esta recurrente por no denunciar a su esposo; se le condena por colaborar con él en actos encaminados a importar y distribuir droga. Su actividad acompañando a su marido en reuniones significativa y singularmente en la concertada para recoger la droga, así como su actitud de vigilancia captada por los agentes intervinientes nos habla de algo más que una esposa que conoce lo que hace su marido, pero se mantiene al margen.

El motivo no es prosperable.

SEXTO.- Por la vía del art, 849.1 LECrim reclama la conversión de los hechos que son objeto de condena en **tentativa**.

Invoca igualmente, la doctrina del delito provocado. La condena en ese contexto lesionaría el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), así como los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Más allá de la mayor o menor corrección del anclaje constitucional de la queja estamos en último término ante la alegación de que sería un delito provocado. Por tanto, no procedería la aplicación de los arts. 368 y 369 CP.

No es así. La decisión criminal había nacido con anterioridad a la intervención de los agentes. Queda patente en la lectura de los hechos probados. No se ha generado desde fuera una decisión criminal.

Un recto entendimiento de la doctrina del delito provocado tal y como ha sido perfilada en nuestra jurisprudencia (vid SSTs desde las primeras que abordaron esta cuestión -22 de junio de 1950, 15 de junio de 1956, 3 de febrero de 1969, 16 de noviembre de 1979- hasta las más recientes - STS 395/2014, de 13 de mayo; así como algún pronunciamiento del TC- STC 111/1983, de 21 de febrero) descalifica la tesis de la defensa, como hace además la sentencia de apelación con exquisitos y sólidos razonamientos en sintonía con la calidad de toda la resolución.

La STS 204/2013, de 14 de marzo, recoge y sintetiza los contornos de esa doctrina:

"1. El TEDH, en su STEDH de 1 marzo 2011, Caso Lalas contra Lituania, en la que recogía doctrina establecida en anteriores resoluciones, recordaba en el fundamento jurídico nº 42, que, tal como se había establecido en la STEDH en el caso Ramanauskas contra Lituania, de 5 de febrero de 2008,: "Se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados -ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o **personas que actúen según sus instrucciones**- no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso".

En la citada STEDH Ramanauskas contra Lituania, afirmaba que (54) "...el interés público no podría justificar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial", pues tal forma de operar es susceptible de privar definitivamente al acusado de su derecho a un proceso equitativo.

2. Advertía esta Sala en la STS de 20 febrero 1991, que "El problema del tratamiento jurídico penal que corresponda al delito provocado en general y, en particular, a la provocación policial para la comisión de un delito, que tan poca atención ha merecido al derecho positivo comparado y que tan sólo se la dispensaron la Doctrina Científica y la Jurisprudencia, es, sin duda, un problema de política criminal, que como tal, se halla íntimamente enlazado o enraizado con el sistema político general imperante en cada país, por ello, no puede recibir el mismo tratamiento en aquellos países en los que impera un régimen autoritario en los que en el campo



del Derecho Penal, prima el aspecto o la actividad represiva so pretexto de la seguridad que en aquellos países, como el nuestro, en los que se halla implantado un régimen o un Estado Social y Democrático de Derecho, del que son ingredientes esenciales del sistema el principio de legalidad y la interdicción de la posible arbitrariedad de los poderes públicos, como expresamente se proclama en el n.º 3.º del art. 9 de la Constitución y en los que, como consecuencia, se elevan a principios constitucionales los de respeto a la dignidad de la persona y a su absolutamente libre y espontánea determinación, proscribiendo toda acción coactiva sobre la voluntad ajena así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables aunque su finalidad fuere la de llegar a lograr la mayor efectividad en el cumplimiento de las leyes atinente a la prevención y represión de la delincuencia, o sea, que la absoluta legalidad o licitud es exigible tanto para los fines como para los medios utilizados para lograrlos".

Esta doctrina ha sido mantenida con posterioridad en sus líneas básicas. En la STS nº 863/2011 se decía que el delito provocado "...según una consolidada doctrina de esta Sala de Casación, aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al propio tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (por todas, SSTS nº 24/2007, de 25 de Enero, y nº 467/2007, de 1 de Junio)". Al tiempo, se niega la existencia del delito provocado cuando la actuación policial haya tenido lugar incidiendo sobre una conducta ya existente que permaneciera oculta. Esta posibilidad es frecuente cuando se trata de delitos como el de tráfico de drogas, que se desarrollan sobre la base de conductas muy variadas entre las cuales está la mera tenencia con destino al tráfico, que ya supone la consumación. En consecuencia, **cuando la actuación policial pone de relieve la existencia de una tenencia o de un poder de disposición sobre la droga con destino al tráfico, no puede apreciarse la existencia de delito provocado, pues simplemente se ha hecho aflorar algo previamente existente e independiente de la referida actuación policial. Doctrina mantenida sustancialmente, entre otras, en las SSTS 1233/2000 ; 313/2010 ; 690/2010 ; 1155/2010 , y 104/2011 .**

En distintos precedentes se ha estimado la existencia de tal clase de actuaciones incitadoras de una conducta delictiva que no se ha podido demostrar que hubiera tenido lugar de no haber mediado la incitación realizada por el agente provocador o por alguien que actuara en connivencia con el mismo, lo que ha conducido en esos casos a la absolución de los recurrentes, extendiendo los efectos de la estimación a los no recurrentes.

En la STS nº 1552/2002, se aprecia delito provocado en tanto que se considera que no está probado que el acusado tuviera en su poder o bajo su disposición la droga antes del acuerdo con quien opera como agente provocador en connivencia con la policía.

En la STS nº 1366/1994, al igual que en el caso anterior, se entiende que no hay prueba de que los acusados tuvieran en su poder la droga antes de la intervención del agente provocador. Por el contrario, parece que se hicieron con ella "...tras los contactos mantenidos con el agente, que se presentaba como dispuesto a la adquisición de una importante cantidad de hachís", por lo que se aprecia delito provocado y se acuerda la absolución de los recurrentes y de los no recurrentes.

Se dice textualmente en esta sentencia que "No hay constancia de que los inculpados poseyeran ya la dicha droga con anterioridad y de que, mediante la intervención del agente encubierto, aflorara y se descubriera esa previa posesión, antes bien lo que se desprende de los hechos es que los acusados, tras los contactos mantenidos con el agente, que se presentaba como dispuesto a la adquisición de una importante cantidad de hachís, se procuraron esa droga en la cantidad expresada y con el propósito de obtener ganancias económicas como retribución de su intermediación por la adquisición por el que se presentaba como interesado en su compra,...".

Y en la STS nº 1672/1992, se considera delito provocado **cuando la acción de los intermediarios entre el agente provocador y los propietarios de la droga tiene lugar solo tras la intervención del primero.**

... Por el contrario, de todos esos datos resulta que la operación se inició tras ofrecer el confidente un comprador para la droga que pudiera tener Macarena, y que ésta solo comenzó a actuar después de tal ofrecimiento. Que obtenida la droga por alguno de los acusados, se fijó la fecha de la operación de transporte, lo que el confidente comunicó a la Guardia Civil, con datos suficientes como para que pudiera instalar un control y que éste resultara efectivo. Y que como consecuencia de esa información se instaló efectivamente tal control de vehículos, y que ello determinó la incautación de la sustancia, lo cual constituía su única finalidad".



Estamos ante un caso de ideación previa criminal. La actuación policial se limita a comprobar una dedicación preexistente y a sumarse a una operación concreta *ya preparada* - según subraya el hecho probado- siguiendo la técnica del agente encubierto.

En dirección semejante y con afán recopilador la STS 395/2014, de 13 de mayo. También la aludida STS 835/2013 aborda este tema:

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

Y, en contra de lo que se sostiene, el modo de discurrir del tribunal de instancia, está lejos de banalizar la significación de lo aportado por el agente, pues lo que hace -saliendo al paso de la pretensión de convertirle en provocador, inductor, por tanto, del delito- es situar tal contribución en su contexto real: esto es, el de una operación que presupone cuantiosa financiación; el eficaz contacto con proveedores de una sustancia ilegal de alto precio, ubicados en otro continente y no accesibles a cualquiera; la disposición de costosos medios de transporte y personal de confianza; operación a la que, al fin, aquel habría prestado su concurso, concretamente, en el paso del filtro aduanero. En este punto, concurre, además, la particularidad con la que se argumenta en la sentencia, de que el control de la aduana tampoco podría considerarse tan infranqueable como para concluir que, de no ser por la colaboración del agente, habría resultado imposible llevar a buen término la importación. Que es como decir que no todas las que se consuman con éxito (que, sabido es, no son pocas) obtienen ese resultado debido a la implicación en ellas de un agente policial, que es lo único que permitiría conferir a esta un carácter por completo determinante, que no tuvo"... ""Según jurisprudencia, asimismo consolidada, de este tribunal (por todas STS 39/2012, de 10 de mayo), la figura del agente encubierto se distingue porque el que actúa como tal no crea las condiciones materiales del delito ni induce a ejecutarlo, sino que, sabiendo por un medio legítimo que está en curso de realización y podría llegar a cometerse, actuando con autorización judicial al efecto, se infiltra en el grupo criminal, mimetizándose dentro del mismo con alguna contribución accesorio, no determinante, para neutralizarlo y propiciar la detención de sus componentes. Tal es el papel desempeñado por el funcionario policial tantas veces aludido, cuya aportación, no irrelevante, se inscribió en el curso de un articulado complejo de actuaciones precedentes, ajenas a su iniciativa, en cuanto debidas a otros sujetos, precisamente los que podría decirse, dueños del negocio criminal. Es lo que hace que el motivo no pueda estimarse".

Sin apartarse del hecho probado como exige esta vía casacional, se argumenta con apoyo en algunos remotos precedentes jurisprudenciales que catalogan como **delito relativamente imposible** el supuesto de entregas vigiladas de droga. Pero esos precedentes, junto a otros posteriores (STS 935/2016, de 15 de diciembre entre muchas) que acogen idéntica doctrina, se caracterizan por la presencia de una circunstancia aquí ausente: la intervención del partícipe comienza cuando ya se ha producido la incautación de la sustancia. Cuando su actuación -material o no- se sitúa en un momento anterior, decae la construcción de la tentativa inidónea. Y es que, aunque el destinatario no llegue a tener la disponibilidad pacífica de la sustancia remitida como consecuencia de la intervención policial que despliega un dispositivo de entrega vigilada, el delito ha de reputarse consumado cuando se constata un acuerdo previo, lo que aquí se *decía claramente del factum*.

La jurisprudencia encuadra en la consumación los envíos de droga abortados policialmente cuando con carácter previo el receptor estaba ya concertado: la connivencia gestada antes de la intervención policial es por sí sola actividad de *facilitación o promoción* de la circulación y ulterior y consiguiente consumo ilegal de sustancias estupefacientes. Por tanto su protagonista conjuga en primera persona los verbos típicos. Quien se presta a recibir la droga, si no es inductor o coautor, será, al menos, cooperador necesario de un delito consumado desde el mismo instante en que la sustancia se pone en circulación (SSTS 919/2006 de 4 de octubre ó 725/2015, de 17 de noviembre).

El art. 368 CP no contempla como única acción típica la *posesión* de drogas para promover su consumo ilegal por terceros. Son también actividades que colman las exigencias típicas las de "promover", "favorecer" o "facilitar" de cualquier modo ese consumo ilegal. Quien se concierta con terceros para recibir droga o se compromete a brindar su colaboración, desde que sus "compañeros" de operación acceden a la sustancia con tales fines participa en una actividad de promoción del consumo ilegal de drogas tóxicas. La promesa de participación en el delito, convertirá en responsable de toda la actividad al partícipe, aunque su colaboración no haya podido llevarse a cabo con plenitud. (Sentencias de 21 de marzo de 1993, 17 de mayo de 1993 ó 824/1998, de 17 de octubre: "los actos posteriores que han sido concertados o convenidos previamente o al tiempo de la ejecución del delito, aunque materialmente se produzcan ex post son reprochables ex ante").



En abstracto y recapitulando cabe imaginar dos situaciones posibles en relación a supuestos de envíos postales de droga con la consiguiente distinta relevancia jurídico- penal.

a) Que el receptor de la droga esté en connivencia con los remitentes antes del envío. Es la hipótesis más frecuente pues constituye la mecánica normal de operar. Si no, no se envía la droga. Es lo que considera acaecido aquí el hecho probado. Si la sustancia se llega a enviar estaremos ante un delito consumado del art. 368 CP (ó 369 si concurre alguna agravación). Además de las citadas, STS 2104/2002, de 9 de diciembre: "Se alega que al tratarse de una entrega controlada, los acusados en ningún momento tuvieron la posesión mediata o inmediata ni la disponibilidad real de la sustancia contenida en el paquete recogido, por lo que el delito de no llegó a consumarse, quedando en grado de tentativa. Sobre este extremo decíamos en la sentencia 835/2001, de 12 de mayo, que la regla general en el delito de tráfico de drogas es la de su consumación, ya que se trata de un delito de mera actividad y de riesgo abstracto. Y que concretamente en los casos de envío de la sustancia de un lugar a otro, se considera que desde que uno de los partícipes 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 han de recibirla (ver sentencia 1435/2000, de 29 de septiembre)".

b) Una segunda hipótesis contemplada por la jurisprudencia es aquella en la que la primera intervención del acusado sobreviene cuando ya la droga está policialmente controlada. Se remite la droga en virtud de un acuerdo con otras personas. Un tercero se involucra en la operación en un momento en que la policía ya ha descubierto el contenido del paquete y está en marcha una operación de entrega vigilada. En esos casos y solo para esa última persona estaremos ante una tentativa inidónea. Es patente que no es ese el caso de la recurrente.

Resulta del *factum* que esta acusada no era ajena al concierto inicial y que presta su colaboración mucho antes de que la sustancia estuviese intervenida policialmente. Ello impide esa degradación del grado de ejecución que reclama.

Estamos en el primer supuesto lo que aboca a la **desestimación del motivo**.

c) Recurso de Samuel

SÉPTIMO.- Invoca también este recurrente la **presunción de inocencia** en el primero de los motivos de su recurso.

Sostiene que no concurre prueba suficiente de su implicación en los hechos antes de la ocupación de la sustancia. Y se dedica a atacar una cuestión ya solventada por la Sala de apelación: la atribución que se le hace de ser la persona que mostró una fotografía de la maleta. Eso ha sido clarificado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Carece de sentido seguir insistiendo en ello.

Subsiste su participación en la operativa dispuesta para transportar los seis kgr. de cocaína, sin que por las razones que expresan tanto la sentencia de instancia como la de apelación podamos admitir la disculpa llena de futilidad que arguye: un desconocido le pidió por cien euros que llevase a cabo ese transporte. No es preciso repetir los razonamientos que han llevado tanto al Tribunal de instancia como al de apelación a considera que actuaba con dolo, al menos, eventual.

OCTAVO.- El art. 849.1 LECrim encabeza el segundo motivo de este recurrente cuyo desarrollo argumental se aparta manifiestamente de las exigencias de un motivo por infracción de ley: se niega su participación en los hechos en contradicción con el hecho probado de la Audiencia.

Sin embargo hay un aspecto que el recurrente no acierta a destacar y que pivota sobre la precisión realizada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia estimando en parte el recurso que había sido interpuesto por este condenado. Se declara ayuna de prueba la afirmación de que fue Samuel quien el día 2 de marzo habían mostrado la fotografía de la maleta al agente encubierto. Pese al acogimiento del recurso en ese particular, el recurrente sigue dando vueltas a esa idea: eso no debiera haberse tenido por acreditado, pero porque no existen fotos de la maleta.

Si partimos de los hechos probados en la forma que han quedado redactados tras el recurso de apelación tenemos que el recurrente aparece por primera vez en el *iter* criminal el día 10 de marzo, cuando la droga estaba ya intervenida policialmente. Eso no excluye su responsabilidad en los hechos pero degrada su título de imputación convirtiéndolo en tentativa (inidónea, pero punible). Su conducta queda ubicada en la forma más liviana de ejecución constituida por la tentativa según resulta de la doctrina antes evocada (STS 935/2016, de 15 de diciembre).

Se invoca estérilmente la presunción de inocencia para negar base suficiente a la inferencia realizada por la Sala de instancia sobre el propósito de este recurrente y su concierto previo para trasladar la droga. A este motivo debe unirse el tercero (tutela judicial efectiva) por igual vía casacional que no añade peso argumental



decisivo al primero: se limita a repasar la doctrina sobre la prueba indiciaria, con olvido de que aquí estamos ante una prueba directa (manifestaciones del agente encubierto) respaldada por el contexto (que sería prueba indiciaria corroboradora). No estamos ante exclusiva prueba indiciaria.

El motivo ha de ser parcialmente estimado.

NOVENO.- En verdad, ninguna viabilidad tiene el motivo tercero y último de este recurrente: la argumentación es la misma que la de los anteriores, aunque con un cambio de etiquetas. Lo que antes se alegaba (no constancia de las fotografías supuestamente mostradas, desconocimiento de que se trataba de transportar droga) vía presunción de inocencia (motivo primer), o vía infracción de ley (motivo segundo), ahora se recoge bajo la leyenda "violación de la tutela judicial efectiva". Nada novedoso se añade salvo la vinculación con la necesidad de motivación que es inconsistente: tanto Audiencia como Tribunal Superior razonan suficientemente al respecto. Y se vuelve a incidir en el error de razonar sobre algo que desapareció del debate en apelación.

DÉCIMO.- La desestimación de los recursos ha de dar lugar a la condena a cada uno de los recurrentes por sus respectivas costas (art. 901 LECrim), salvo las del recurso de Samuel que se declaran de oficio.

FALLO

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

1.- ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por **Samuel**, contra Sentencia 83/2019 de 16 de mayo de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que estimando en parte el recurso de apelación se revocó parcialmente la Sentencia nº 601/2018, de 20 de julio de 2018, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra los recurrentes por delitos contra la salud pública y pertenencia a grupo criminal; **por estimación del motivo segundo de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid**, con declaración de las costas de este recurso de oficio.

2.- DESESTIMAR los recursos de Adelaida y Severiano contra Sentencia y Tribunal arriba reseñados condenándoles al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal) y a la Sección Séptima de la Audiencia provincial de Madrid a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándoles acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10426/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 28 de enero de 2020.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid fallada posteriormente por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y que fue seguida por delitos contra la salud pública y pertenencia a grupo criminal contra los acusados Jose Carlos



, Adelaida , Samuel y Severiano en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los antecedentes y Hechos probados de la sentencia de instancia con la corrección en el hecho probado realizada en apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Respecto del acusado Samuel y en virtud de las razones expuestas en la anterior sentencia el delito se encuentra en grado de tentativa.

SEGUNDO.- Esto debe llevar a redimensionar la penalidad: es necesario bajar un grado (art. 62) lo que nos lleva a una horquilla comprendida entre tres y seis años. La falta de antecedentes penales y el carácter subalterno de su acción nos lleva a buscar los tramos inferiores aunque sin llegar al mínimo que debe reservarse para casos de menor gravedad (perfectamente imaginables, como cantidades inferiores de droga). Tres años y seis meses es duración proporcional a la que deberá acompañar una multa de 90 euros y dos días de responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago (STS 448/2018, de 10 de octubre).

TERCERO.- Se asumen en lo demás los fundamentos de la sentencia de instancia con las correcciones y adiciones realizadas en la de apelación.

F A L L O

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

1.- CONDENAR a Samuel a las penas de **TRES AÑOS y SEIS MESES** de prisión con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo y multa de **NOVENTA EUROS** con dos días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

2º.- En el resto se dan por reproducidos los pronunciamientos de la parte dispositiva de la sentencia de apelación en lo que sean compatibles con ésta y en especial la condena del resto de acusados así como lo relativo a costas y comiso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz