



Roj: SAP NA 825/2016 - ECLI:ES:APNA:2016:825
Id Cendoj: 31201370022016100248
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Pamplona/Iruña
Sección: 2
Nº de Recurso: 543/2014
Nº de Resolución: 256/2016
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: JOSE FRANCISCO COBO SAENZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

c/ San Roque, 4 - 2ª Planta

Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.41.06

Fax.: 848.42.41.56

TX060

Procedimiento Abreviado 0001267/2013 - 00

Jdo. Instrucción Nº 4 de Pamplona/Iruña

Proc.: **PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Nº: **0000543/2014**

NIG: 3120143220130003746

Resolución: Sentencia 000256/2016

Sección: B

SENTENCIA Nº 000256/2016

Ilmos/a. Sres/a. Presidente

D. JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ (Ponente)

Magistrados

D. RICARDO J. GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Dª. RAQUEL FERNANDINO NOSTI

En Pamplona/Iruña, a 14 de diciembre del 2016.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, integrada por los Ilms. Srs/Sra Magistrados y Magistrada al margen expresados, ha visto en juicio oral y público celebrado el pasado día 26 de mayo, el presente Rollo Penal de Sala nº 543/2014, derivado de los autos de Procedimiento Abreviado nº 1267/2013, procedente del Juzgado de Instrucción Nº 4 Pamplona/Iruña, seguido por un presunto delito intentado de robo con fuerza en las cosas en concurso medial con un delito intentado de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, frente a los acusados: (i) Inocencio , nacido en Madrid el NUM000 de 1981, hijo de Jenaro y Marí Juana , provisto de DNI. NUM001 , cuyos antecedentes penales no han sido aportados; en situación de libertad por esta causa, de la que no estado privado. Representado procesalmente por la Procuradora de los Tribunales Sra. Elena Zoco Zabala y defendido por el Letrado Sr. Félix Pascual García. (ii) Lucio , nacido en Madrid el NUM002 de 1982, hijo de Jenaro y de Marí Juana , provisto de DNI NUM003 ; con antecedentes penales al haber sido condenado en ST de 14-6-2010 por el Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid por delito de quebrantamiento de condena a la pena de 24 meses de multa; en ST de 25-10-10 por el

Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid por delito de Hurto a la pena de tres meses y diez días de prisión y en ST de 21-3-2012 del Juzgado de lo Penal nº 31 de Madrid por delitos de lesiones y atentado a sendas penas de prisión de 1 año y seis meses con suspensión de la pena por tres años desde 21-3-201. En situación de libertad por esta causa, de la que no estado privado. Representado procesalmente por el Procurador de los Tribunales Sr. Javier Araiz Rodríguez y defendido por el Letrado Sr. Juan Carlos Sánchez Peribañez.

Ejerce la acusación pública **el Ministerio Fiscal** .

Siendo Ponente el **Ilmo. Sr. Magistrado Presidente de la** Sección D. JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La presente causa tienen su origen en el Procedimiento Abreviado nº 1267/2013, procedente del Juzgado de Instrucción Nº 4 Pamplona/Iruña, seguido por un presunto delito intentado de robo con fuerza en las cosas en concurso medial con un delito intentado de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud.

SEGUNDO .- Formado el correspondiente Rollo de Sala y recibidas las actuaciones en esta Sala, se dictaron resoluciones pertinentes para la celebración del acto de juicio oral, que tuvo lugar en definitiva el pasado 9 de junio.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, al elevar sus conclusiones provisionales a definitivas en el acto del juicio oral, calificó los hechos como constitutivos de un delito intentado de robo con fuerza en las cosas, en concurso medial con un delito intentado contra la salud pública de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud de los arts. 237 , 238.2 y 240, en relación con los arts. 16 y 62 del CP y art. 368, en relación con los arts. 16 y 62, así como el art. 77 del CP , de los que consideró responsable en concepto de autores por aplicación del art. 28 del CP a los acusados Inocencio y Lucio , sin que concurrieran en ninguno de ellos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Solicitando que se impusiera a cada uno de ellos la pena de 3 años de prisión, accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas procesales. Igualmente solicito en el ámbito de la responsabilidad civil, que el primero de ellos indemnizara en la cantidad de 10.433, 90 € al INSS por los daños en la puerta de la nave.

CUARTO.- En igual trámite de conclusiones definitivas las defensas de ambos acusados, solicitaron su libre absolución.

QUINTO.- En la tramitación del proceso ante este Tribunal se han observado las prescripciones legales vigentes.

II.- HECHOS PROBADOS

La Sala apreciando en conciencia y con arreglo a las reglas del criterio racional la prueba practicada en el juicio oral **celebrado el pasado 9 de junio**:

A.- DECLARA COMO PROBADOS LOS SIGUIENTES HECHOS:

-/-

El día 4 de febrero de 2013, cuando, en cumplimiento de su misión policial, el funcionario adscrito a la Unidad de fuentes de Información de la Comisaría General de Policía Judicial - quien a raíz de la autorización para su actuación como Agente encubierto dispuesta por el Juzgado instructor mediante Auto de 13 de febrero de 2013 , fue identificado como AE1 " Antonio " - AE1 en lo sucesivo- estaba participando, en Madrid en una reunión con una serie de personas, aparecieron en la misma los que se le presentaron como Nota y Pirata .

Éstas dos personas -conocidas policialmente en las actuaciones como Nota y Pirata - así se les denominará en lo sucesivo en esta resolución -, manifestaron a AE1, "... Ser los perpetradores del asalto a las naves de Huelva, en la madrugada del día 1 de enero, en la que se robaron más de una tonelada de hachis intervenido por vigilancia aduanera."

Asimismo le comentaron, detalles de esa operación, relativos a la inhibición de sistemas de seguridad, reducción de los vigilantes del depósito y otros extremos. También le indicaron que estaban buscando información sobre depósitos judiciales que pudieran ser asaltados fácilmente y que contuvieran en su interior sustancias estupefacientes preferiblemente cocaína. Mostrando su interés en realizar cuanto antes una operación de este tipo, fuera de Madrid preferiblemente en un depósito que tuviera limitadas medidas de

seguridad y escasa vigilancia, aunque alardearon de su facilidad para inhibir los sistemas de seguridad y reducir al personal de vigilancia.

-II-

AE1, trasladó a sus superiores policiales la información así obtenida.

Por los responsables policiales, se decidió que AE1, transmitiera a los conocidos policialmente como Nota y Pirata, la información ficticia de que se iba a constituir el día 23 de febrero de 2013, de modo eventual un depósito judicial de cocaína en Pamplona. Concretamente en un almacén del Estado sito en una nave industrial de la Calle A del Polígono Industrial de Landaben de Pamplona. En cuanto a los detalles le indicaron que les transmitiera que ese depósito contaba con muy escasas medidas de seguridad estática, no disponía de un sistema de vigilancia privado, ya que no era utilizado para el depósito de drogas decomisadas, sino para otros usos y que la droga se depositaría durante un solo día para trasladarla a Bilbao para su incineración, sin que estuviera previsto un dispositivo policial de vigilancia durante la duración del depósito en Pamplona.

-III-

Con fecha 13 de febrero de 2013, se presentó por el Grupo I de estupefacientes de la Sección I de drogas y crimen organizado de la Brigada Provincial de Policía Judicial de la Jefatura Superior de Policía de Navarra, en el Juzgado de instrucción número cuatro de esta Ciudad, oficio en el que entre otros extremos se exponía que: *"... En este grupo XIX, dependiente de la Sección de Estupefacientes, Unidad de Drogas y Crimen Organizado, de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid, en conjunto con el grupo I de estupefacientes, Brigada Provincial de Policía Judicial de Navarra y el Grupo 42 de la UDYCO CENTRAL (CGPJ) reciben noticias por parte de la Unidad de Fuentes de Información y Agentes Encubiertos de la Comisaría General de la Policía Judicial, que apuntan a la existencia de un grupo criminal organizado que estarían tratando de localizar un depósito judicial de estupefacientes, para proceder a su asalto y robo de la mercancía."*

En atención al contenido de dicho oficio, mediante Auto de 13 de febrero de 2013, dictado por el Juzgado de Instrucción número cuatro de Pamplona/Iruña, se acordó entre otros extremos: (i) incoar las Diligencias Previas 1267/2013; (ii) el secreto de las actuaciones para todas las partes personadas salvo para el Ministerio Fiscal por plazo de un mes; (iii) la intervención de los teléfonos número NUM004 y NUM005; (iv) autorizar a que el Agente AE1, actúe como agente encubierto, decretando el secreto y reserva de todo lo actuado en este particular y acordando la formación a tal efecto de pieza separada.

-IV-

Con fecha 15 de febrero de 2013, se presentó por el Grupo I de estupefacientes de la Sección I de drogas y crimen organizado de la Brigada Provincial de Policía Judicial de la Jefatura Superior de Policía de Navarra, en el Juzgado de instrucción número cuatro de esta Ciudad - Diligencias Previas 1267/2013-, oficio al que se adjuntaba nota informativa de AE1, fechada el 13 de febrero de 2013, en el que entre otros extremos se da cuenta al Juzgado de que: *"... hay un cambio en la fecha del asalto propuesta por los investigados - 2 de marzo de 2013 -, mostrando un gran interés por hacerlo durante la tarde noche del día 23 de febrero de 2013".* Y se explica el cambio diciendo *"... El motivo del cambio de la fecha es la premura por las posibilidades que existen de que los investigados efectúen algún tipo de asalto alternativo, en el caso de que no puedan realizar el propuesto para el día 23 de febrero de 2013"*.

-V-

Agentes del Cuerpo Nacional de Policía, que habían establecido un dispositivo de vigilancia sobre la nave industrial ubicada en la Calle A del Polígono Industrial de Landaben (Pamplona), pudieron observar que sobre las 22.20 minutos del día 23 de febrero de 2013, un vehículo Porsche Cayenne, matrícula XXD, accedía a la calle donde se ubica la entrada de dicha nave. Percibiendo dichos Agentes que en el interior viajan varias personas, comprobando posteriormente que eran cuatro.

Una vez que el vehículo Porsche Cayenne, accedió a la Calle A del Polígono Industrial de Landaben su conductor lo acercó a la puerta de la nave industrial a baja velocidad, maniobrando lentamente junto a la puerta, enfrentando la parte trasera contra la puerta. Tras circular unos metros marcha atrás; el conductor hizo que el vehículo subiera el escalón de la acera y una vez que estuvieron las cuatro ruedas sobre la misma, aceleró violentamente embistiendo marcha atrás contra la puerta, hasta quedar introducida la parte trasera del vehículo en la puerta, sin conseguir atravesarla. Después de esta maniobra, el conductor del vehículo retomó la posición inicial sobre la acera, acelerando nuevamente marcha atrás, para embestir por segunda vez con

la parte trasera del vehículo de modo violento a la puerta, llegando en esta segunda maniobra a atravesar la puerta.

Los Agentes policiales presentes en el lugar, procedieron en ese momento a dar el alto a los ocupantes del vehículo, quienes emprendieron la huida, haciéndolo circular su conductor a gran velocidad, en la misma dirección por la que había accedido a la nave. Dicha huida se efectuó inicialmente por el camino peatonal que discurre en paralelo a la ribera del río Arga dirección al Barrio de San Jorge, incorporándose el vehículo metros más adelante a la Calle A del Polígono Industrial de Landaben, circulando en todo momento a muy elevada velocidad.

El vehículo Porsche Cayenne, fue seguido por varios vehículos policiales, hasta ser interceptado en la carretera que une el Polígono de Landaben con el Barrio de San Jorge.

El conductor hizo circular al vehículo a gran velocidad haciendo caso omiso dicho conductor y sus ocupantes, a las indicaciones acústicas y luminosas de los vehículos policiales que efectuaban la persecución para que se detuvieran, quedando parado cuando uno de los vehículos policiales le obstaculizó el paso, debiendo efectuar el conductor del vehículo policial una maniobra evasiva, que hizo que se saliera de la vía y que quedara en uno de los terraplenes de la carretera.

Una vez que el vehículo Porsche Cayenne, fue obligado a detenerse en la forma indicada, del mismo salieron a la carrera, las cuatro personas que lo ocupaban. Tres de ellos lo hicieron hacia la izquierda en dirección al Centro Penitenciario de Pamplona, atravesando la carretera, siendo interceptados por los Agentes dos personas quienes ya han sido juzgadas y condenadas con carácter firme por estos hechos, como responsables en concepto de autores de un delito intentado de robo con fuerza en las cosas previsto y penado en los arts. 237, 238.2 y 240 del Código Penal.

B.- NO HA SIDO PROBADO:

-I-

Que los acusados Inocencio y Lucio de común acuerdo, con la finalidad de favorecer el consumo de sustancias estupefacientes y lucrarse con su venta ilegal planearon el asalto al depósito judicial de drogas de Pamplona, conocedores de la existencia de sustancia estupefaciente, en concreto cocaína, procedente de las cantidades incautadas en procedimientos penales instruidos por delitos contra la salud pública en este partido judicial y que se hallaban custodiados en Pamplona pendientes de su traslado para su posterior destrucción.

-II-

Que a tal efecto el día 23-2-2013, los acusados organizaron y concertaron el asalto para lo cual solicitaron mediante pago de una cantidad de dinero unos 1.500€ colaboración con Jose Pablo y Luis Manuel, quienes ya han sido condenados como autores de tentativa de robo por estos hechos, que se desplazaron en un vehículo desde Madrid a Pamplona con intención de sustraer los objetos depositados en esa nave que debían entregar al acusado, para su posterior venta ilícita a terceros, para lo que debían acceder al interior de la nave en la que se encontraba la misma, en concreto un depósito judicial de cocaína de 260 KGS, temporalmente trasladado a la nave sita en la calle A del Polígono Industrial de Landaben de Pamplona.

-III-

Que a partir de ese momento los condenados Jose Pablo y Luis Manuel junto a los acusados y el otro partícipe, desplazados al efecto desde Madrid a Pamplona procedieron a vigilar el lugar indicado para asegurar el éxito del robo.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIONES PREVIAS .

Como anunciamos en el acto de juicio, procedemos a resolver las dos cuestiones previas planteada por las defensas de los acusados, cuya decisión deferimos al pronunciamiento de la presente Sentencia

A.- Sobre la pretensión de declaración de nulidad radical del auto de 13 de febrero de 2013, en lo que a la actuación del agente encubierto se refiere .

Esta solicitud se planteo, en su escrito de defensa por la representación Don. Lucio, fue reiterada al inicio del juicio oral, a la misma se adhirió la defensa Don. Inocencio y fue impugnada por el Ministerio Fiscal.

Precisamos que la impugnación inicialmente formulada en el escrito de defensa, relativa a la falta de firma del Juez sobre el auto en cuestión, quedó debidamente esclarecida en el acto del juicio oral.

La pretensión se funda de una parte "... *toda vez que* - el

Auto de 13 de febrero de 2013 - *quebranta el principio de legalidad, al acordar la actuación de un agente encubierto por organización en contra de lo establecido en el Art. 282 bis 1.4 LECrim y en el Art. 570 bis CP* ". De otra parte se alega que el Auto es radicalmente nulo por contravención: "...de las disposiciones legales, (arts. 282 bis 1.4 LECrim y 570 bis CP), así como porque, dicho Auto, introduce un Oficio Policial, de 13 de febrero de 2.013 , que no consta en la causa de tal manera que tan solo la firma del Auto por el Juez, (la que no figura), podría subsanar la existencia misma de dicho Oficio y, en su consecuencia, produce la nulidad de las diligencias obtenidas como consecuencia de la actuación del Agente Encubierto."

La solicitud de declaración de nulidad interesada no pueden merecer favorable acogida por las siguientes razones.

1.- La obtención de la que pudiéramos denominar " *información preliminar* " por AE1 el día 4 de febrero de 2013, a la que nos referimos en el epígrafe "A. I." del Antecedente de Hechos Probados, está perfectamente legitimada, puesto que el expresado agente de la policía, estaba adscrito a la Unidad de Fuentes de Información y Agentes Encubiertos de la Comisaría General de la Policía Judicial; por tanto trabajaba en uno de los grupos que tienen como misión policial y pertenece a su espacio funcional, la investigación de organizaciones nacionales e internacionales dedicadas al tráfico de estupefacientes. -véanse en este sentido las SSTS 2ª 178/2016 de 3 de marzo y 778/2016 de 19 de octubre -.

El funcionario policial adscrito a la Unidad de fuentes de Información de la Comisaría General de Policía Judicial - quien a raíz de la autorización para su actuación como Agente encubierto dispuesta por el Juzgado instructor mediante Auto de 13 de febrero de 2013 , fue identificado como AE1 " Antonio " - AE1 en lo sucesivo- , estaba participando, en Madrid el día 4 de febrero de 2013 en cumplimiento de su misión policial , en cuanto perteneciente a la expresada unidad de fuentes de información de la CGPJ, en una reunión con una serie de personas, cuando aparecieron en la misma los que se le presentaron como Nota y Pirata . En este contexto, obtuvo la que hemos denominado " *información preliminar* " y puntualmente la transmitió a sus superiores.

Nada que objetar como decimos a esta fase inicial de la actuación policial, perfectamente amparada en Derecho y acorde a la legalidad.

2.- Se plantea igualmente como motivo de nulidad de la intervención del Agente encubierto y por ende de todas las actuaciones practicadas, la situación irregular derivada de que el Agente encubierto estaba actuando con anterioridad a su autorización como tal, mediante el Auto de 13 de febrero de 2013 , con el que al parecer de quienes solicitan la nulidad de actuaciones, se viene a legitimar una inaceptable " *investigación prospectiva* " mediante la utilización del agente encubierto.

De nuevo no podemos acoger el expresado motivo de nulidad.

Ha declarado la Sala Segunda del Tribunal Supremo 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* ." - STS 2ª 575/2013 de 28 de junio -. Ello es así porque resulta 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 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.

Carece de lógica jurídica, hacer depender la licitud de la medida de que el Juez instructor autorice con carácter previo a la Policía Judicial para infiltrar a un agente encubierto.

En términos abstractos nada excluye y en nada perjudica a la validez de la actuación del agente encubierto, que parte de la información hubiera sido obtenida mediante un contacto personal, fechas atrás a la solicitud de autorización para infiltrar a un agente encubierto.

En el presente caso, esa información previa obtenida pudiéramos decir de "modo casual", fue inmediatamente transmitida por AE1 a sus superiores, quienes decidieron utilizar la figura del Agente Encubierto para este caso.

La solicitud de intervención se formalizó mediante el oficio presentado al Juzgado instructor con fecha 13 de febrero de 2013, al que nos referimos en el epígrafe "A. III." del antecedente de hechos probados y a partir de ahí se obtuvo la autorización judicial, impecable desde el punto de vista jurídico constitucional; sin perjuicio de la valoración que nos merece, la utilización que por los responsables policiales se ha hecho de ella y a la que más adelante nos referiremos.

3.- La solicitud de nulidad por razón de la intervención del Agente encubierto se hace también extensiva al hecho de que la autorización quebrantó la exigencia del art. 282 bis de la LECrim , que impondría como presupuesto de validez que la medida se autorice en el marco de una organización delictiva.

Ciertamente el escrito de acusación del Ministerio Público, no reconoce la existencia de ese marco organizativo, de ahí que en la tipicidad que define para el delito intentado contra la salud pública no aplique la agravante de organización delictiva, prevista en el art. 369 bis.

No tienen razón quienes proponen la nulidad de actuaciones por esta causa.

En efecto, el art. 282 bis, apartado 4º, cuando incorpora una definición de delincuencia organizada -la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos enumerados-, deja bien claro que ese concepto se refiere, exclusivamente "... a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo ", es decir, "... cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada ". El precepto, como puede apreciarse, circunscribe su alcance a la fase de investigación, en la que, por definición, no pueden manejarse verdaderas pruebas, sino indicios que luego merecerán o no su traducción en una tipicidad más agravada. Además, alude a actividades propias de la delincuencia organizada, locución más flexible, referida a la metodología de la dedicación delictiva, más que a la prueba efectiva de la pertenencia del sospechoso a una organización, dato que podrá luego confirmarse o no.

En definitiva, pues, el Instructor, ante la presentación que le realizó la Policía Judicial pudo entender, razonablemente, que estaba ante un caso de delincuencia organizada y ello implicaba un juicio de valor ex ante plenamente justificado - SSTS 2ª 780/2007 de 3 de octubre y 511/2008 de 18 de julio -.

B.- Sobre la solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho del procedimiento realizada por la defensa de Inocencio .

Esta petición se planteó, en su escrito de defensa por la representación Don. Inocencio , fue reiterada al inicio del juicio oral, e impugnada por el Ministerio Fiscal.

La petición se funda en que "... Las resoluciones judiciales de intervenciones telefónicas obrantes en las actuaciones, carecen de motivación, conteniendo en la mayoría de estas resoluciones no ya solamente acordar las intervenciones telefónicas de los números de teléfonos solicitados por la policía, al igual que los autos de entrada y registro obrantes en las actuaciones ". Y se entienden vulnerados los " derechos fundamentales ", relativos "... al secreto de las comunicaciones y la privacidad del domicilio."

Asimismo se alude a las exigencias de motivación que se establecen tanto en la Constitución - Art. 120.3- como en la Ley Orgánica del Poder Judicial - 240.2- y en los artículos 141 , 550 y 579 de la LECrim . En desarrollo de este argumento se expone que:

"... todos los autos de intervenciones telefónicas obrantes en las actuaciones, carecen absolutamente de motivación; carecen de motivación por cuanto, que se basa igualmente en informes policiales de las actuaciones carente igualmente de indicios delictivos de criminalidad respecto del asunto tratado en las presentes diligencias careciendo incluso hasta de los nombres de las personas que se pretende investigar ."

Se entiende que en los "... Autos anteriormente establecidos, el Juez no observó el requisito de proporcionalidad, produciendo una invasión ilegítima del derecho al secreto de las comunicaciones " y después de la cita del artículo 579 LECrim , se trata la distinción entre los indicios y las meras sospechas, para concluir: "... La petición policial de que se inicie una investigación judicial tiene que estar suficientemente contrastada y ser el producto de una actividad investigadora previa realizada que le permita recopilar una serie de datos indiciarios que lleven a la necesidad de ampliar la investigación por el cauce judicial con las medidas que sean necesarias para completar y confirmar los indicios ".

Se termina afirmando que "... Por sí mismo y por las infracciones establecidas anteriormente, dichos autos, son nulos de pleno derecho, nulidad que presupone que el presente procedimiento es igualmente nulo, debiéndose decretar esa circunstancia".

Examinadas por la Sala con la requerida minuciosidad las actuaciones, tenemos que los Autos cuya nulidad se postula son los siguientes:

- (i) El antes señalado Auto de 13 de febrero, en el particular donde se autoriza la intervención de los teléfonos NUM004 y NUM005 .
- (ii) El Auto de 15 febrero, en el que se autoriza la intervención de los teléfonos NUM006 y NUM007 .
- (iii) El Auto de 18 febrero, en el que se autoriza la intervención del teléfono NUM008 .
- (iv) El Auto de 23 febrero - folios 50 a 64 de las actuaciones- , en el que se acuerda la entrada y registro en diversos domicilios situados en Madrid y Leganés.
- (v) El Auto de 1 de marzo, en el que se autoriza la intervención del teléfono NUM009 .
- (vi) El Auto de 8 de marzo, en el que se autoriza la intervención de los teléfonos NUM009 Y NUM006 .
- (vii) El Auto de 12 de abril, en el que se autoriza la intervención del teléfono NUM010 .

Pues bien examinados los oficios presentados ante el Juzgado por la Policía Judicial en virtud de los cuales se acordaron las medidas de investigación impugnadas, limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución , tenemos que por razón de la información facilitada al Juez instructor en dichas comunicaciones policiales, las resoluciones en las que se acuerda de las medidas de investigación impugnadas, se sujetan escrupulosamente a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Tiene declarado el Tribunal Supremo con relación a los oficios policiales que interesan una medida de intervención telefónica que "... , hemos llamado la atención acerca de que ese oficio, por su propia naturaleza, no puede aspirar a convertirse en una radiografía anticipada de los elementos objetivos y subjetivos abarcados por la imputación y que van a integrar la estructura de la futura Sentencia." - STS 2ª 385/2011, 5 de mayo -. Por " eadem ratio", esta doctrina jurisprudencial es aplicable a los autos en que se acuerdan la entrada y registro en determinados domicilios.

En todos los Autos objeto de impugnación, por el Juez instructor se realiza una valoración de lo único que podía tener en consideración en esos momentos, concretamente la información ofrecida por la Policía Judicial sobre la evolución de las investigaciones; ciertamente ningún elemento de juicio tenía para valorar que el delito que se pretendía cometer o que aparentemente había sido cometido era de objeto imposible y más concretamente el fruto de una ficción creada por la Policía Judicial

Por tanto ninguna tacha cabe oponer a los autos dictados bajo tales presupuestos y en las expresadas circunstancias.

SEGUNDO.- LA CONVERSIÓN EN EL PRESENTE CASO DEL AGENTE ENCUBIERTO, EN AGENTE PROVOCADOR SOBREVENIDO.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS: DELITO PROVOCADO.

El razonamiento de esta trascendente fase de nuestra resolución se delimita en base a dos premisas, la primera de orden jurídico-procesal que pertenece al contenido de la motivación de esta Sentencia. Afecta a la valoración del testimonio en el acto de juicio de AE1, contrastada con los restantes elementos de prueba tanto de naturaleza personal como de carácter documental.

Como no puede ser de otro modo seguimos lo dispuesto en el Art. 282 bis 1 III LECRim , con arreglo al cual: "... 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. " - el subrayado es nuestro -.

La segunda de naturaleza jurídico sustancial, contempla los límites legal y jurisprudencialmente establecidos para la valoración de las consecuencias de la actuación del Agente Encubierto. Así tiene declarado la Sala Segunda del Tribunal Supremo - Fundamento de Derecho 11º -:

" (...) Pues bien, tanto la doctrina penal como la jurisprudencia han abordado el análisis de esta figura desde la perspectiva del delito provocado, habiendo sido admitida la licitud de la infiltración policial -con anterioridad incluso a la LO. 5/99 de 13.1, que reguló en nuestro ordenamiento, por primera vez, art. 282 bis,

la actuación de los agentes encubiertos- por el TC. S. 21.2.83 y por la Sala Segunda Tribunal Supremo como medio para descubrir actividades criminales en curso, considerando que estos comportamientos de los agentes se encuentran dentro de los límites que la Constitución (art. 126), la Ley Orgánica Poder Judicial (art.443); la LECrim . (arts. 282 y ss.) y la LO. 2/86 de 13.3 (art. 11) les imponen en el ejercicio de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, por cuanto las fuerzas policiales para el cumplimiento de sus funciones cuentan con el procedimiento de la infiltración, actuando de incógnito y sin revelar su identidad, ni su condición pública, en organizaciones delictivas, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención. Así las SSTs. 4.3.92 , 21.6.93 , 2.7.93 , y 3.11.93 ya consideraban lícita la actuación policial, aunque se utilicen procedimientos engañosos y se finjan intenciones irreales , **cuando no se origina un delito inexistente**, sino que tal proceder sirve para descubrir aquel que ya se había cometido con anterioridad y por tanto, tal infiltración es práctica policial que no ofrece ningún reparo.

El problema que suscitan los agentes encubiertos en lo concerniente a sus declaraciones y a la ponderación de las mismas, se refiere, por lo general, a casos en los que se pretende hacer valer mediante testigos de referencia, las informaciones proporcionadas por el agente infiltrado sin que éste haya comparecido en el juicio oral (ver SSTC. 146/2003 de 14.6, 41/2003 de 27.2 , 119/2002 de 25.11) , no siendo factible tal posibilidad.

Situación, en todo caso, perfectamente diferenciable de la provocación delictiva o mediación engañosa, que supone injertar en otra persona el dolo de delinquir y cuando esto se hace con la colaboración policial -se dice en la STS. 1166/2009 de 19.11 -se produce el efecto perverso de que la policía lejos de prevenir el delito, instiga a su comisión --elemento subjetivo-- bien que sin poner en riesgo ningún bien jurídico, pues en la medida que lo apetecido es la detención del provocado --elemento objetivo--, toda la operación está bajo el control policial por lo que no hay tipicidad ni culpabilidad, ya que los agentes de la autoridad tienen un control absoluto sobre los hechos y sus eventuales consecuencias --elemento material--, siendo estos tres elementos los que vertebran y arman la construcción del delito provocado, figura que como también se ha dicho por esta Sala es distinta a la **actividad del agente encubierto, figura regulada en el art. 282 bis LECrim , que tiende exclusivamente a hacer aflorar a la superficie, la actividad delictiva de quien por su propia voluntad y sin instigación ajena, está dedicado a una actividad delictiva** , o como se dice, entre otras STS 1114/2002 , "....cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre los que la llevan a cabo en busca de información o pruebas que permitan impedir a sancionar el delito...." . - precisamos que los párrafos en negrita son nuestros -.

De este modo y como hemos declarado probado - epígrafe A. del Antecedente de Hechos Probados, en concreto párrafo I - , ninguna tacha oponemos a la transmisión por AE1 a sus superiores de Policía Judicial, de la información sobre sus proyectos delictivos, puesta de manifiesto "casualmente", por los conocidos policialmente en las actuaciones como Nota y Pirata . Nuestra objeción se centra en la utilización que hicieron los responsables de Policía Judicial de esta información y la utilización de la autorización judicial para la actuación de AE1 como agente encubierto.

De este modo los responsables policiales, sabedores de que a través de AE1, propusieron a los conocidos policialmente en las actuaciones como Nota y Pirata la comisión de un delito inexistente del siguiente modo: (i) deciden el lugar de comisión del delito; (ii) eligen el tipo penal - tráfico de drogas que causan grave daño para la salud en concreto cocaína - (iii) utilizan a AE1, para que presente a los conocidos policialmente en las actuaciones como Nota y Pirata , el ficticio depósito judicial, como un lugar con elementales medidas de seguridad, carente de vigilancia privada o policial y para que ante sus manifestadas dubitaciones, antes y en el momento de comisión del hecho delictual, persistan en la comisión del delito así propuesto y (iv) determinan el día-23 de febrero de 2013- para la realización de la operación.

De este modo, en primer lugar, reiteramos que nada objetamos a la "transmisión de la información preliminar", que verificó AE1, a sus superiores policiales, en concreto y con relación a la "reunión" mantenida el día 4 de febrero de 2013", cuando de modo inmediato transmitió a la Unidad de Fuentes de la Información que los conocidos policialmente como Nota y Pirata : "... También le indicaron que estaban buscando información sobre depósitos judiciales que pudieran ser asaltados fácilmente y que contuvieran en su interior sustancias estupefacientes preferiblemente cocaína. Mostrando su interés en realizar cuanto antes una operación de este tipo, fuera de Madrid preferiblemente en un depósito que tuviera limitadas medidas de seguridad y escasa vigilancia, aunque alardearon de su facilidad para inhibir los sistemas de seguridad y reducir al personal de vigilancia .".

Esta actividad se encuadra con toda corrección jurídica en lo que en palabras de la STS 2ª 1114/2002 de 12 de junio constituye una actividad: "... *que tiende exclusivamente a hacer aflorar a la superficie, la actividad delictiva de quien por su propia voluntad y sin instigación ajena, está dedicado a una actividad delictiva.*"

El problema surge cuando por los responsables policiales, recibida esa información, se decide que AE1, transmitiera a los conocidos policialmente como Nota y Pirata, la información ficticia de que se iba a constituir el día 23 de febrero de 2013, de modo eventual un depósito judicial de cocaína en Pamplona. Concretamente en un almacén del Estado sito en una nave industrial de la Calle A del Polígono Industrial de Landaben de Pamplona. En cuanto a los detalles le indicaron que les transmitiera que ese depósito contaba con muy escasas medidas de seguridad estática, no disponía de un sistema de vigilancia privado, ya que no era utilizado para el depósito de drogas decomisadas, sino para otros usos y que la droga se depositaría durante un solo día para trasladarla a Bilbao para su incineración, sin que estuviera previsto un dispositivo policial de vigilancia durante la duración del depósito en Pamplona.

Estos proyectos, en ningún momento se comunicaron al Juez instructor.

En primer lugar, cuando mediante oficio presentado con fecha 13 de febrero de 2013, por el Grupo I de estupefacientes de la Sección I de drogas y crimen organizado de la Brigada Provincial de Policía Judicial de la Jefatura Superior de Policía de Navarra, en el Juzgado de instrucción número cuatro de esta Ciudad, entre otros extremos se exponía que: "... *En este grupo XIX, dependiente de la Sección de Estupefacientes, Unidad de Drogas y Crimen Organizado, de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid, en conjunto con el grupo I de estupefacientes, Brigada Provincial de Policía Judicial de Navarra y el Grupo 42 de la UDYCO CENTRAL (CGPJ) reciben noticias por parte de la Unidad de Fuentes de Información y Agentes Encubiertos de la Comisaría General de la Policía Judicial, que apuntan a la existencia de un grupo criminal organizado que estarían tratando de localizar un depósito judicial de estupefacientes, para proceder a su asalto y robo de la mercancía.*" Silenciando los responsables de policía judicial, como es de ver, cuánto habían proyectado.

Y lo que es más relevante en segundo lugar, cuando con fecha 15 de febrero de 2013, se presentó por el Grupo I de estupefacientes de la Sección I de drogas y crimen organizado de la Brigada Provincial de Policía Judicial de la Jefatura Superior de Policía de Navarra, en el Juzgado de instrucción número cuatro de esta Ciudad - Diligencias Previas 1267/2013-, oficio al que se adjuntaba nota informativa de AE1, fechada el 13 de febrero de 2013, en el que entre otros extremos se da cuenta al Juzgado de que: "... *hay un cambio en la fecha del asalto propuesta por los investigados - 2 de marzo de 2013 -, mostrando un gran interés por hacerlo durante la tarde noche del día 23 de febrero de 2013.*" Y se explica el cambio diciendo "... *El motivo del cambio de la fecha es la premura por las posibilidades que existen de que los investigados efectúen algún tipo de asalto alternativo, en el caso de que no puedan realizar el propuesto para el día 23 de febrero de 2013.*"

Nos detendremos en este punto.

Resulta clave, para la resolución de la presente causa, el análisis de la "comunicación", registro de salida 4213/13 de 14 feb BPJ JSPN Grupo I estupefacientes - folios 12 a 16 -, conteniendo este último la " *nota informativa* " fechada el 13 de febrero que acabamos de referir; unido a la valoración de la prueba personal practicada en el acto de juicio oral, especialmente, la declaración testifical del Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, titular del carnet profesional NUM011, Jefe del Grupo 42 de la UDYCO CENTRAL (CGPJ), Instructor Principal del atestado NUM012, que constituye el núcleo de la reseña de actuaciones policiales en relación con la presente causa. Dicho informe policial fue presentado en el Juzgado instructor el 28 de febrero de 2013 y obra a los ff 84 a 213 de las actuaciones. Igualmente este funcionario policial se encargó de la coordinación de los tres grupos policiales que intervinieron en la investigación y del contacto con la unidad de fuentes de información.

Retomando el análisis de la "comunicación", registro de salida 4213/13, comprobamos que:

Se presenta el 15 Febrero.

En ella se da cuenta de que " *hay un cambio en la fecha del asalto propuesta por los investigados* ". Anotamos que se han mantenido diversas versiones acerca de dicha fecha. En concreto en su declaración testifical AE1, a preguntas del Ministerio Fiscal, no dejó claro si la fecha propuesta para el "asalto", era el 4 de marzo, a la que se refiere el oficio presentado el 13 de febrero por la policía judicial ante el Juzgado instructor; o el 2 de marzo que se contempla en la "comunicación", registro de salida 4213/13 de 14 febrero

En cualquier caso en la comunicación en cuestión se justifica la variación del cambio de fecha en los siguientes términos "... *El motivo del cambio de la fecha es la premura por las posibilidades que existen de que*

los investigados efectúen algún tipo de asalto alternativo, en el caso de que no puedan realizar el propuesto para el día 23 de febrero de 2013".

Como decimos, la información ofrecida al Juzgado instructor por la Policía Judicial no es ajustada a la realidad de los hechos en concreto:

El 23 de febrero, es la fecha que propone AE1, a los conocidos policialmente como Nota y Pirata cuando sus superiores eligen el lugar - Nave industrial ubicada en la Calle A del polígono industrial de Landaben (Pamplona)

- y la fecha: Sábado 23 de febrero.

Los responsables del operativo, saben perfectamente que en esa fecha, no va a haber depositada cocaína en ese lugar.

Hacen todo lo posible a través de AE1, para que el delito se cometa.

Pasando a un análisis más detallado de la declaración testifical del Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, titular del carnet profesional NUM011 , tenemos que:

(i) Aceptó expresamente que los responsables policiales decidieron, que la ubicación del depósito estuviera en Pamplona" ... *Por medidas propias de seguridad nuestras (...)*". Si bien el cierto que la elección se justificó en un primer momento porque los conocidos policialmente como Nota y Pirata manifestaron ante AE1, su voluntad de cometer un asalto en un lugar que no fuera Madrid.

(ii) Expresamente reconoció -minuto 11:19:05- que "*... en el depósito no había droga .*".

La conclusión de cuanto venimos razonando se muestra con evidencia, en un primer momento los conocidos policialmente como Nota y Pirata , expusieron ante AE1, su voluntad de asaltar un depósito judicial de drogas, pero a partir de aquí y precisamente por la actuación de los responsables de policía judicial, se les indujo con fuerza a ejecutar una acción delictual de objeto imposible, conformando un delito inexistente, que además ha sido provocado.

En su informe el Ministerio Fiscal, al valorar esta fase de " contactos iniciales", entiende que AE1, se limita a "*exponerles una opción que deciden. ..*". Ello no es así, como hemos razonado, AE1 siguiendo las indicaciones establecidas por sus superiores les "*anima/induce/incita*", a cometer un concreto delito por lo demás ficticio. Ciertamente que los conocidos policialmente como Nota y Pirata son los que "*... toman todas y cada una de las decisiones*"; pero no se puede ocultar que estas decisiones se adoptan en un contexto de creación artificiosa, guiado y procurado con el objeto de lograr la segura detención de los investigados.

Centrándonos en la "fase de ejecución", consideramos contrariamente a lo mantenido por el Ministerio Público en su informe, que no es cierto que "*en el último momento y por razones de seguridad se decida sustituir la droga por sustancia inocua ...; ya han realizado actuaciones preparatorias, búsqueda de personas, logística, desplazamientos a persona...*".

Bien al contrario, como hemos argumentado desde que se solicitó la autorización judicial para AE1, los responsables policiales, planificaron: el contenido de la operación, el lugar, y el operativo para lograr la detención de los investigados. Sin que las referencias relativas a que los conocidos policialmente como Nota y Pirata , tuvieran contactos previos en esta ciudad que les facilitaron la logística para cometer "el delito", hayan quedado acreditados en esta fase de enjuiciamiento.

Por último en cuanto a la argumentación del Ministerio Fiscal para excluir la posibilidad de apreciar en este caso una situación de "intervención provocada sobrevenida", tenemos que su planteamiento parte de una premisa que no ha sido constatada, sino firmemente desdicha, así argumento en su informe: "*... pero sila ideación parte de los acusados, como se nos dice por parte delAgente encubierto...*". y "*... realizan todos los actos que objetivamente hubieran dado lugar a la comisión del delito, entiendo que no podemos hablar de un "intento de desistimiento", cuando aparece el helicóptero el día de los hechos..., en ningún momento les insiste para que continúen la actividad. Se limita a contestar las preguntas que les hace Inocencio ... pero no a insistir ...*"

La ideación, en sentido jurídico-penal, posee un significado, de más calado que el gramatical "*... génesis y proceso de formación de las ideas*". El "*comentario*" realizado por los conocidos policialmente como Nota y Pirata , el día 4 de febrero de 2013, en el contexto de una reunión en la que participaba AE1, no reúne los requisitos para pertenecer a la categoría de las "*resoluciones manifestadas*", punibles como actos preparatorios; sino que constituye con toda evidencia una "*mera ideación impune*".

En efecto al decidir el Legislador Español, entre las tesis subjetivas y objetivas sobre la punición de los actos preparatorios del delito, ha optado por estas últimas - arts. 17 y 18 CP , - pues con toda evidencia la opción por las primeras, que se conformaban con la peligrosidad en sí de estos actos, llevaría a una criminalización excesiva de conductas que podrían desvincularse del delito concreto. Por eso, es exigible cierta peligrosidad evidenciada externamente por la conexión a la comisión de un delito. Y se concretará externamente cuando el que prepara el delito pone en comunicación a otras personas para un delito posible.

En este caso los " *perfiles* " del delito concreto - artificioosamente creado-, fueron elegidos, configurados, preparados y materializados por los responsables policiales, que dispusieron lo necesario para lograr la detención de los policialmente investigados.

Como hemos explicado, en las concretas circunstancias del caso, se indujo a los conocidos policialmente como Rafi y Pirata a ejecutar una acción delictual de objeto imposible, conformando un delito inexistente, que además ha sido provocado. En esta última categorización, traemos a colación cuanto ha declarado la Sala 2ª del Tribunal Supremo, cuando mantiene que "*... tanto desde el punto de vista de la técnica penal -por el carácter imposible de su producción- como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE , y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune*»." - Sentencia 848/2003, de 13 de junio - .

El precedente razonamiento nos aboca a dictar una resolución de contenido absolutorio, teniendo especialmente en cuenta que no han sido probados, los hechos que constituyen el objeto de acusación por el Ministerio Fiscal y así lo declaramos en el epígrafe B. de nuestro Antecedente de Hechos Probados.

TERCERO.- Por las razones expuestas, dictamos un pronunciamiento absolutorio, declarando de oficio las costas procesales causadas en la tramitación de la presente causa (art. 240.1º de la L.E.Crim).

FALLO

DEBEMOS DE ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE :

A.- Don. Inocencio

B.- Don. Lucio

Por el delito intentado de robo con fuerza en las cosas en concurso medial con un delito intentado de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, del que vienen acusados por el Ministerio Fiscal.

Declarando de oficio las costas procesales causadas en la presente causa.

Firme que sea la presente resolución, procédase al alzamiento de las medidas cautelares de orden personal y patrimonial adoptadas durante su tramitación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio a la causa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.