

Roj: **STS 2114/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2114**Id Cendoj: **28079120012014100404**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/05/2014**Nº de Recurso: **1792/2013**Nº de Resolución: **395/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 1355/2012,**  
**STS 2114/2014**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones de **Teofilo , Juan Manuel , Avelino , Visitacion , Carina , Gabriela , Juan , Raimundo Y Jose Miguel** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, que le condenó por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando Teofilo representado por la Procuradora Sra. M<sup>a</sup> Llanos Palacio García; Juan Manuel representado por el Procurador Sr. Agudo Ruíz; Avelino representado por la Procuradora Sra. Ayuso Gallego; Visitacion representada por el Procurador Sr. Agudo Ruíz; Carina representada por la Procuradora Sra. Ayuso Gallego; Gabriela representada por la Procuradora Sra. Jaraba Rivera; Juan representada por el Procurador Sr. Caloto Carpintero; Raimundo representado por el Procurador Caloto Carpintero; y Jose Miguel representado por la Procuradora Sra. Pequeño Rodríguez.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella, instruyó sumario 58/11 contra **Teofilo , Juan Manuel , Avelino , Visitacion , Carina , Gabriela , Juan , Raimundo y Jose Miguel** y otros no recurrentes, por delito contra la salud pública, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, que con fecha 29 de octubre de 2012 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** "Los acusados Juan Manuel , Carina , Teofilo , Gabriela , Jose Miguel , Visitacion , Avelino , Juan , Raimundo , Inocencio , Norberto , y Jose Antonio , todos ellos puestos previamente de común acuerdo, organizaron un transporte de hachís, siendo el mismo interceptado por Agentes de Vigilancia Aduanera y del Cuerpo Nacional de Policía, mediante el patrullero "Alcatraz", el día 17 de septiembre de 2010 sobre las 15,30 horas, en las coordenadas I:35° 30'N y L: 006° 37'W (30 millas al NW de Larache), cuando lo transportaban en la embarcación catamarán, marca Fontaine Pajot, modelo Bahía, denominado " DIRECCION000 ", matrícula .... DC-.....-..... , previamente alquilado a la empresa "Azul Ssiling", en 90 fardos, perfectamente visibles sobre la cubierta; la sustancia tras el correspondiente análisis se constató que era efectivamente hachís, con un THC de 1,4 % y un peso neto de 2.662.785 gramos.

*La sustancia intervenida ha sido valorada en 13.952.993 euros, sustancia que los acusados pensaban destinar a la venta o donación a terceras personas.*

El acusado Juan Manuel consta que ha sido condenado ejecutoriamente en sentencia de fecha 19 de marzo de 2009 (por unos hechos cometidos el día 17 de diciembre de 2007) dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3



de Málaga, por un delito contra la salud pública, a las penas de 3 años y 1 día de prisión y 3.000.000 euros de multa, con un mes de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

El acusado Juan consta que ha sido condenado ejecutoriamente en sentencia de fecha 15 de julio de 2009 (por unos hechos cometidos el día 12 de enero de 2009) dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Málaga, por un delito contra la salud pública, a las penas de 3 años de prisión y 23.000 euros de multa, con un mes de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago".

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

*" FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Carina , Teofilo , Gabriela , Jose Miguel , Visitacion , Avelino , Raimundo , Inocencio , Norberto , y Jose Antonio , como responsables criminales en concepto de autores de un delito contra la salud pública en cantidad de extrema gravedad, ya definido, a las penas de 5(cinco) años y 2 (dos) meses de prisión y multa de 30.000.000 €, a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y abono de las costas procesales por partes iguales.*

*Que debemos condenar y condenamos a Juan Manuel y Juan , como responsables criminales en concepto de autores de un delito contra la salud pública en cantidad de extrema gravedad, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia en ambos, a las penas de 6 (seis) años de prisión y multa de 30.000.000 €. A cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y abono de las costas procesales por partes iguales.*

*Se acuerda el comiso de las sustancias, bienes, dinero y demás afectos intervenidos, debiéndose proceder a la total destrucción de la droga, una vez firme la sentencia.*

*Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia".*

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones de **Teofilo , Juan Manuel , Avelino , Visitacion , Carina , Gabriela , Juan , Raimundo y Jose Miguel** , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de Raimundo :

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECRim ., denuncia infracción del art. 65.1 e ) y art. 23.4 LOPJ en relación con el art. 14.2 de la LECRim .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECRim ., denuncia infracción del art. 18.1 º y 3º CE por lo que solicita la nulidad de las intervenciones telefónicas.

TERCERO.- Al amparo del art. 852 de la LECRim ., en relación con el art. 5.4 y 11.1 LOPJ , denuncia vulneración de los derechos a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva a la interdicción de la indefensión y a un proceso con todas las garantías proclamadas en el art. 24 CE .

CUARTO.- Al amparo del art. 850.1º LECRim ., denuncia quebrantamiento de forma al no haberse practicado prueba propuesta en tiempo y forma y admitida por el Tribunal sentenciador.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.2º LECRim ., denuncia error de hecho en la valoración de la prueba al haber valorado el Tribunal la declaración de los agentes policiales franceses a pesar de no haber sido ratificadas.

SEXTO.- Al amparo del art. 850.5 LECRim ., denuncia quebrantamiento de forma.

La representación de Avelino y Carina :

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECRim , en relación con el art. 5.4 y 11.1 LOPJ denuncia vulneración del secreto a las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 CE .

SEGUNDO.- Al amparo nuevamente del art. 852 LECRim , en relación con el art. 5.4 LOPJ y 24.2 CE , denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

TERCERO.- Al amparo del art. 851.1 LECRim ., denuncia quebrantamiento de forma.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECRim ., denuncia infracción de ley por indebida aplicación de los arts. 368 , 369 y 370 así como el art. 29 todos ellos del Código Penal .

La representación de Juan Manuel :

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECRim ., en relación con arts. 5.4 y 11 LOPJ , denuncia vulneración de precepto constitucional.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim ., denuncia infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 368 , 369.1.6 º y 370.3º todos ellos del Código Penal .

TERCER Y CUARTO.- Al amparo del art. 5.4 y art. 11.1 ambos de la LOPJ alega vulneración del secreto a las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 CE . Motivo que vuelve a plantear por la vía del art. 849.1º LECRim ., por infracción del art. 579 LECRim . por lo que serán analizados conjuntamente tal y como hace el recurrente.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.2º LECRim ., denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba.

SEXTO.- Al amparo del art. 851.1 LECRim ., denuncia quebrantamiento de forma.

SÉPTIMO.- Al amparo del art. 851.3º LECRim ., denuncia incongruencia omisiva.

La representación de Jose Miguel :

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECRim ., en relación con el art. 5.4 LOPJ , denuncia vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 CE .

SEGUNDO Y TERCERO.- Al amparo del art. 852 LECRim ., denuncia vulneración del art. 24 CE por infracción del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión.

La representación de Teofilo :

PRIMERO.- Al amparo del art. 850.5º LECrim ., denuncia quebrantamiento de forma al no haber accedido la Sala a la suspensión del juicio ante la incomparecencia del coimputado Guillermo .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 LECRim ., en relación con art. 5.4 LOPJ , denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia que le ampara.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1º LECRim ., denuncia infracción de Ley.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1º LECRim ., denuncia error de derecho por indebida aplicación del art. 370.3º Código Penal .

La representación de Gabriela :

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECRim ., denuncia vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas proclamado en el art. 18.3 CE .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 LECRim ., denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1º LECRim ., denuncia infracción de Ley por aplicación indebida del art. 29 del Código Penal y correlativa inaplicación indebida del art. 28 CP .

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1º LECRim ., denuncia infracción de ley por aplicación indebida del art. 370.3º CP .

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim ., denuncia infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 72 y 66.1 y 6º CP .

La representación de Juan :

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1º LECRim ., denuncia aplicación indebida de los arts. 23.4 e ) y 65.1 e ) LOPJ .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 LECRim ., denuncia infracción de precepto constitucional e infracción del derecho al secreto de las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 CE .

TERCERO.- Al amparo del art. 852 LECRim ., denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

CUARTO.- Al amparo del art. 850.1º LECRim ., denuncia quebrantamiento de forma.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.2º LECRim ., denuncia error en la apreciación de la prueba.

SEXTO.- Al amparo del art. 850.1º LECRim ., denuncia quebrantamiento de forma.

La representación de Visitacion :



PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECRim . en relación con arts. 5 y 11 LOPJ denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamada por el art. 24.2 CE .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º LECRim ., denuncia infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 368 , 369.6 y 370.3 CP .

TERCERO Y CUARTO.-Al amparo del 5.4 y 11 de la LOPJ alega vulneración de precepto constitucional y del secreto a las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 CE . Alega el mismo motivo por infracción de Ley, concretamente del art. 579 LECRim .

QUINTO.- Al amparo del art. 849.2º LECRim ., denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba.

SEXTO.- Al amparo del art. 851.1º LECRim ., denuncia quebrantamiento de forma.

SÉPTIMO.- Al amparo del art. 851.3º LECRim ., denuncia incongruencia omisiva.

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 7 de mayo de 2014.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.-** La sentencia objeto de la presente censura casacional condena a los recurrentes, y otros, como autores de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, y especial gravedad, con empleo de buque. Formalizan una impugnación separada, aunque todos denuncian la vulneración del secreto de las comunicaciones. Para la ordenación de la respuesta a las impugnaciones realizamos el análisis del recurso formalizado por Raimundo cuya estimación se extenderá a los demás recurrentes.

**PRIMERO.-** En el primer motivo denuncia este recurrente el error de derecho en lo atinente a la competencia del tribunal que ha enjuiciado los hechos. Entiende vulnerados los arts. 65.1 .e d y 23.4.c de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art.14.2 de la de Enjuiciamiento criminal porque la competencia para el enjuiciamiento correspondía a la Audiencia nacional y no al tribunal provincial de Málaga. El motivo lo apoya en el hecho probado que, de manera expresa, se declara que el abordaje de la embarcación " DIRECCION000 " se produjo en alta mar lo que determina, de acuerdo a los preceptos en los que fundamenta la impugnación, la competencia de la *Sala de lo penal* de la Audiencia Nacional, como solicitó al inicio del enjuiciamiento y le fue denegado reconociendo lo discutible del criterio de atribución competencial.

El motivo se desestima. El examen de las actuaciones pone de manifiesto que la embarcación fue abordada en alta mar, lo que determinaría la competencia de la Audiencia Nacional, pero la misma había sido alquilada en Marbella, ostentaba pabellón español, y las investigaciones no se inician con el abordaje, sino que se habían iniciado en esa localidad con anterioridad, como analizaremos, desde las intervenciones telefónicas, en los que el juez de instrucción indagaba los hechos en los que, posteriormente, se produjo la intervención de la droga.

La jurisdicción española no es objeto de discusión, pues el barco navegaba bajo bandera española y de acuerdo a la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar, "los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y estarán sometidos en alta mar a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado", precepto que se concreta respecto al personal embarcado en el art.2 b). Además, el art.108, dispone el deber de colaboración de todos los Estados para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizados por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales.

Sin una problemática especial sobre la jurisdicción, la cuestión se reduce a la determinación de la competencia territorial para el conocimiento de los hechos. Respecto a la misma, la jurisprudencia de esa Sala ha restado este apartado de la competencia un contenido específico que afecte al derecho fundamental al juez predeterminado por ley, toda vez que la asunción del principio de ubicuidad afirma la competencia de los tribunales que estén en mejor disposición para la realización del enjuiciamiento atendiendo a criterios de eficacia, garantías de los derechos de los justiciables, etc.. en el caso, la investigación de los hechos se desarrollaba en Marbella, allí se había alquilado la embarcación y se habían iniciado las investigaciones. En el caso, el juzgado de instrucción de Marbella mantenía unos presupuestos competenciales claros y objetivos para el conocimiento de los hechos y la Audiencia de Málaga, para su enjuiciamiento.

Ninguna lesión se ha producido al derecho de defensa, tampoco lo pone de manifiesto el recurrente, por lo que el motivo se desestima.



**SEGUNDO.-** En el segundo de los motivos denuncia la vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Ampara su pretensión revisora en la infracción de los artículos 11.1 , 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 18 de la Constitución . Argumenta que las diligencias se inician por Auto de 28 de abril de 2010 por el que se acuerda la intervención telefónica de cuatro números que se identifican por el IMEI y dos teléfonos utilizados por Carla y Blas . Señala la importancia de este análisis pues constituye el inicio de la investigación que supuso la intervención de más de 2.500 kilogramos de hachís en la cubierta de la embarcación abordada.

En el argumento de la impugnación destaca que el oficio de la petición se apoya en meras conjeturas y sospechas desprovistas de la necesaria calidad para fundamentar la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Son meramente prospectivas y se apoyan en la consideración de que la investigada Carla era la pareja sentimental de un ciudadano inglés en prisión por un delito contra la salud pública y del que se sospechaba que seguía en la realización de hechos delictivos desde el establecimiento penitenciario en el que cumplía condena. Arguye el recurrente que la información procede de la policía británica y que en el hecho participa otro de los investigados que es la persona de confianza de quien está en la cárcel y dirige la actividad delictiva; que las injerencias carecen de base suficiente para su adopción que de las vigilancias no se extrae ningún dato de interés al hecho investigado. En otro orden de argumentaciones destaca que no existió cotejo de las grabaciones y que no se oyeron en el juicio oral, lo que ha impedido la identificación de los interlocutores.

El motivo se estima. Por su aplicación al caso que nos ocupa hemos de recordar, con la STS 261/2014 de 1 de abril , el planteamiento general de la injerencia telefónica respecto a la que esta Sala casacional tiene ya un sólido y coherente cuerpo doctrinal, sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio de investigación, que completa "raquítica e insuficiente regulación legal" contenida en el art. 579 LECr que ha sido censurada en varias SSTEDH entre otras, en la de 18 de febrero de 2003 --Prado Bugallo vs. España --. Constatamos también que el auto de inadmisión del mismo Tribunal de 25 de septiembre de 2006, caso Abdulkadir Colen vs. España , afirmó que la ley complementada con las exigencias dispuestas en la jurisprudencia satisfacía las prevenciones dispuestas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Concretamente el Tribunal Europeo afirmó en la mencionada resolución "el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , tal y como quedó modificado por la Ley 4/1998, de 25 de mayo, completado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional establece reglas claras y detalladas, y precisa a priori con suficiente claridad la extensión y modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en la materia considerada".

Cuando en esta sede casacional se efectúan denuncias relativas a la vulneración del derecho a la intimidad de las comunicaciones al amparo del art. 18 de la Constitución en relación a las intervenciones telefónicas efectuadas en la instrucción, es preciso deslindar con claridad dos niveles de control coincidentes con la doble naturaleza que pueden tener tales intervenciones ya que pueden operar en el proceso como fuente de prueba y por tanto como medio de investigación, o pueden operar como prueba directa en sí. Es claro que la naturaleza y entidad de los requisitos, así como las consecuencias de su inobservancia son sustancialmente diferentes.

En efecto, como fuente de prueba y medio de investigación, deben respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas, en este sentido los requisitos son tres, que ya son clásicas en nuestros pronunciamientos jurisprudenciales y que se refieren a la judicialidad, a la excepcionalidad y a la necesaria proporcionalidad.

Evidentemente de la nota de la judicialidad de la medida se derivan como consecuencias las siguientes:

a) Que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad. b) Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación. c) Que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las diligencias Indeterminadas. d) Al ser medida de exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige de la Policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos que deben ser facilitados por la Policía tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencia de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe autorizarla o no, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial, y es obvio que el Juez, como director de la encuesta judicial no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad



policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio, y obviamente, el control carece de ámbito si sólo se comunican intuiciones, opiniones, corazonadas o juicios de valor.

En segundo lugar, tales datos han de proporcionar una base real suficiente para poder estimar que se ha cometido o se va a cometer el delito que se investiga y de la posible implicación de la persona concernida.

En definitiva, en la terminología del TEDH se deben facilitar por la autoridad policial las "buenas razones" o "fuertes presunciones" a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi --5 de junio de 1997--, o Klass --6 de septiembre de 1998--. Además es una medida temporal; el propio art. 579-3º fija el periodo de tres meses, sin perjuicio de prórroga.

La fundamentación de la medida, abarca no solo al acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prórrogas, estando permitida en estos casos la fundamentación por remisión al oficio policial que solicita la prórroga, pero no por la integración del oficio policial en el auto judicial por estimar que tal integración constituye una forma de soslayar la habilitación constitucional del art. 18.2 C.E que establece que solo al órgano judicial le corresponde la toma de decisión de la intervención, y además, de motivarla (Cfr. STC 239/99 de 20 de diciembre ; SSTS 5-7-93 , 11-10-94 , 31-10-94 , 11-12-95 , 26-10-96 , 27-2-97 , 20- 2- 98, 31-10-98 , 20-2-99 , y 5-12-2006, nº 1258/2006 ).

Por último y como consecuencia de la exclusividad judicial, es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida, lo que se traduce en la remisión de las cintas íntegras y en original al Juzgado, sin perjuicio de la transcripción mecanográfica efectuada ya por la Policía, ya por el Secretario Judicial, ya sea ésta íntegra o de los pasajes más relevantes, y ya esta selección se efectúe directamente por el Juez o por la Policía por delegación de aquél, pues en todo caso, esta transcripción es una medida facilitadora del manejo de las cintas, y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las cintas en la sede judicial y a disposición de las partes, pero ya desde ahora se declara que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal.

De la nota de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado. Ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial --normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas--, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica , por ello la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional.

De la nota de proporcionalidad se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas se generalizase este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible.

Frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este medio excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos graves, y desde luego, aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada; de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio de ponderación concretado a cada caso, la derogación del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida. Complemento de la excepcionalidad es el de especialidad en relación al concreto delito objeto de investigación.

Una vez superados estos controles de legalidad constitucional, y sólo entonces, deben concurrir otros de estricta legalidad ordinaria, sólo exigibles cuando las intervenciones telefónicas deban ser valoradas por sí mismas, y en consecuencia poder ser estimadas como medio de prueba.

Tales requisitos, son los propios que permiten la valoración directa por el Tribunal sentenciador de todo el caudal probatorio, y que por ello se refieren al protocolo de incorporación al proceso, siendo tales requisitos la aportación de las cintas originales íntegras al proceso y la efectiva disponibilidad de este material para las partes junto con la audición o lectura de las mismas en el juicio oral.



Por otra parte, esta Sala ha declarado reiteradamente (Cfr. 3-7-2009, nº 749/2009, SSTS 22-2-2008, nº 111/2008, 1206/2005, de 14 de octubre; de 8 de abril de 2005; de 25 de junio de 1999; y 258/2002, de 19 de febrero, entre otras muchas), que las resoluciones judiciales no son meras expresiones de voluntad sino aplicación razonable y razonada de las normas jurídicas, por lo que requieren una motivación que, aun cuando sea sucinta, proporcione una respuesta adecuada en Derecho a la cuestión planteada y resuelta. Y que si bien no existe, desde luego, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, sí a que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación en cada caso concreto que permita conocer los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (en este sentido SSTC 8/2001, de 15 de enero, de 29 de enero, y STS núm. 97/2002, de 29 de enero).

A la luz de lo expuesto, la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre la injerencia, hemos de comprobar si en el caso concurren elementos indiciarios sólidos para la adopción de la injerencia que surgen de las vigilancias y seguimientos de los que era objeto los indagados. Respecto de la ausencia de motivación y de la insuficiencia de razones que justifiquen la medida adoptada basta con una lectura del Auto que lo acuerda para comprobar que existió una resolución judicial motivada de la injerencia, cuestión distinta es si esa motivación se asienta en indicios que justifiquen la sospecha.

En el oficio policial se afirma que la investigada Carla es la compañera sentimental de un interno en prisión por delito contra la salud pública, que ha sido objeto de vigilancia. En el oficio se documenta dos seguimientos, respecto a los que se identifica hora de inicio y término. La secuencia de hechos que se relatan es irrelevante respecto al delito investigado. Así se refiere que se ha entrevistado con una persona de pelo canoso describiendo su vestimenta. En otra ocasión, que ha visitado a un concesionario de coches. Se afirma que es practica de algunos traficantes la utilización del "Gofast" en referencia a la utilización de vehículos con una habitáculo para el transporte de droga, sin relación alguna con el hecho que se investiga y la persona de Carla ni imputación en la investigación realizada a esta indagada. También que adopta medidas de seguridad "como sacar la cabeza para mirar quien la puede perseguir" lo que evidencia una conducción peligrosa pero ineficaz al existir los espejos retrovisores. El indicio más relevante deviene de una comunicación de la policía británica que informa de la relación de la indagada con un piso donde se depositan armas de guerra, pero respecto a este hecho, grave, ni hay información policial alguna ni guarda relación con el tráfico de drogas que se investiga. Solo es el dato de la información, sin base indiciaria alguna ni investigación de corroboración.

Aunque es cierto que nos encontramos en los albores de una investigación, la información que proporciona un servicio policial extranjero, inglés, que le participa la existencia de la organización debe contener algún elemento que supere la mera comunicación del delito y que permita tenerlo por sospecha o indicio de su comisión. No basta con que se afirme que una persona, al parecer, comete hechos delictivos sino que es preciso que ese dato aparezca con indicios de su perpetración, con una mínima investigación que corrobore la sospecha, pasando del hecho al indicio, de su afirmación a la expresión racional de una imputación indiciaria. En estos casos, y como dijimos en la STS 733/2013, de 8 de octubre, estas fuentes de conocimiento externo como son los policías extranjeros como quiera que no suelen participar sus propias indagaciones, se precisa que incorpore el resultado de sus sospechas, lo que debe ser valorado por la fuerza policial española de acuerdo a sus normas de experiencia para constatar la relevancia de la información suministrada. Eso se debió realizar sometiendo a los investigados a vigilancias para ratificar e incrementar, las sospechas, mediante la constatación de los hechos que se investigan.

Nada de esto ocurre en el hecho. Además se comunicó el nombre de los investigados, solo se dice que un servicio policial extranjero sospecha de los investigados. Se les somete a investigación y seguimientos y de los que sólo se aporta el dato de una entrevista con una persona y una visita a un concesionario. Ningún otro delito permite considerar que sobre la investigada se concreta una leve sospecha de la conducta que se trata de investigar.

En consecuencia constatamos que el auto judicial que acuerda las injerencias telefónicas iniciales adolece de importantes defectos en su adopción que hacen que la injerencia sea irregular. En su consecuencia no puede ser empleada como medio de acreditación de un hecho con relevancia penal.

**TERCERO.-** En el tercer motivo opuesto por este recurrente denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a no sufrir indefensión y a un proceso con todas las garantías. Centra su argumentación en tres motivos distintos. De una parte discute la intervención de los denominados agentes encubiertos franceses a los que considera agentes provocadores; de otra, considera que intervienen antes de acordarse su autorización como tales agentes sin que pueda valorarse su actividad como prueba al no acudir al juicio oral. Por último considera que no existe prueba de la participación en el hecho del recurrente, a quien la sentencia imputa una participación como financiador de la operación de tráfico.

El motivo merece un análisis diferenciado distinguiendo las argumentaciones empleadas en la impugnación.



En primer lugar analizaremos los requisitos de la autorización judicial a infiltrarse en una organización criminal para descubrir, desde dentro, e investigar la realidad criminal de una organización, en principio, dedicada a la comisión de hechos delictivos. A partir de la determinación del ámbito de la autorización señalaremos si en el caso se ha producido lo que el recurrente denuncia, la provocación al delito. Por último analizaremos en el caso del recurrente, la denuncia de vulneración al derecho a la presunción de inocencia.

En primer lugar la consideración procesal del agente encubierto. Esta modalidad de actuación de la policía judicial en la investigación de hechos delictivos, se introduce en nuestro ordenamiento por la reforma de la Ley procesal operada por la ley 5/99, de 13 de enero, con la finalidad de regular la actuación de funcionarios de policía judicial como agentes encubiertos. Destacamos que la autorización es para la investigación de organizaciones criminales. La autoriza el juez o el Ministerio fiscal, dando cuenta inmediata al juez. Se adopta por resolución fundada y se especifica que "la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad 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". (art. 282 bis)

Ha de tratarse de un miembro de la policía judicial que, por resolución motivada, recibe una especie de autorización para transgredir la norma respecto a alguno de los delitos que se relacionan en el art. 282 bis, una especie de excusa absolutoria impropia recogida en una norma procesal. La exención de la responsabilidad criminal por los delitos en los que hubiera podido incurrir el agente encubierto se refiere a aquellas ilicitudes cometidas y que sean consecuencia directa de la autorización para la que se le confiere la condición de agente encubierto. Esa autorización no comprende la realización de actividades que puedan lesionar derechos fundamentales. En tales supuestos, el art. 282 bis dispone que cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezcan la Constitución y la ley y cumplir con las demás previsiones legales aplicables". Añade, por último, que esas actuaciones no pueden constituir una provocación al delito.

Nos interesa destacar, para la resolución de la impugnación, el apartado que refiere la forma en la que el material objeto de la investigación del agente debe ser incorporado al proceso penal para acreditar el hecho. Señala la ley procesal que el agente encubierto deberá dar cuenta a la mayor brevedad a la autoridad que le nombró y su información aportarse al proceso en su integridad, correspondiendo su valoración al órgano judicial competente.

En las actuaciones se ha procedido al nombramiento de unos agentes encubiertos para actuar en el seno de una organización que era investigada por la comisión de hechos delictivos de los relacionados en el art. 282 bis de la Ley procesal. La actuación documentada en la pieza separada es correcta y acorde a la previsión legal. Sin embargo, los funcionarios nombrados agentes encubiertos no han dado cuenta de su actuación a la autoridad que los nombró, pues la sentencia afirma que los agentes encubiertos no realizaron ninguna declaración al juez que los nombró, ni sus investigaciones han sido aportadas en su integridad al sumario seguido en indagación de los hechos. En la pieza separada, para documentar su nombramiento, constan distintos oficios, en idioma francés posteriormente traducidos, en los que se da cuenta de la resultancia de la investigación, lo que satisface, en principio, la previsión legal del art. 282 bis, sobre la dación de cuenta de las investigaciones aunque, en el caso, esa información se dirige más a la petición de ampliación de agentes encubiertos que a la preceptiva dación de cuenta. Esa información, aunque sucinta, pudiera satisfacer la inicial exigencia de una información inicial sobre las investigaciones, exigencia que es proporcionada a la autorización que se confiere a los agentes encubiertos. La segunda exigencia, la información íntegra de la investigación no se ha producido. Los agentes no han comparecido en el sumario, ni en el juicio oral, para dar cuenta íntegra de sus gestiones y de la información obtenida. Los funcionarios que actúan como agentes encubiertos, con independencia de su nacionalidad, han dispuesto de una autorización para actuar en el seno de la organización, delictiva y ostentan cierta autorización para delinquir, en la medida en que su conducta delictiva opera cubierta por la autorización judicial de actuar. Tal dimensión de la autorización exige, como mínima contrapartida, la exigencia de una actuación leal con la autoridad que los nombra y la comunicación íntegra de la investigación. La inobservancia de esta precisión legal hace que la investigación sea irregular al no haber sido aportada al proceso en las condiciones legales.

Nos encontramos, en consecuencia, ante una actuación de investigación en la que se emplea una herramienta, la de los agentes encubiertos, que en su inicio fue correctamente realizada, en cuanto se refiere a una organización que se dedicaba a una actividad delictiva para la que la Ley y se autoriza la utilización de esta herramienta. Su resultancia no ha sido incorporada a la causa en los términos previstos por la ley, pues los agentes encubiertos ni han dado cuenta de sus informaciones a la autoridad que los nombra, ni la información



obtenida ha sido aportada a la causa en su integridad. Esa inactividad en la aportación al proceso de la información obtenida la convierte en irregular.

La actuación de los agentes encubiertos y su investigación no puede servir de base probatoria sobre los hechos pues éstos no han comunicado íntegramente el resultado de su investigación. El agente encubierto no sólo es un agente policial, de policía judicial. Precisamente por la autorización que se comunica para actuar en el seno de una organización que se investiga, incluso en actuaciones que pueden suponer, de no mediar la autorización judicial, hechos delictivos, impone unas especiales exigencias de lealtad al proceso que en la ley procesal se traduce en la exigencia de la aportación íntegra de las investigaciones realizadas. Esa sujeción especial incorpora un "plus" de lealtad al proceso que en el caso enjuiciado no se ha producido al no comparecer a las citaciones de testifical realizados desde el órgano judicial del enjuiciamiento.

Ciertamente, en algunos supuestos hemos atendido a la respectiva normativa estatal de los países de los que son originarios los agentes policiales, pues no en vano un ordenamiento común supranacional cobija las distintas actuaciones y previsiones legislativas de los países bajo ese ordenamiento común, pero esa situación procesal no desvanece las especiales exigencias que la específica normativa prevé sobre los agentes encubiertos. La autorización especial previstas en la ley tiene como lógica contrapartida la de comparecer en el proceso para explicar y aportar, en su integridad, la investigación realizada, entre otras razones para discutir la denuncia de las defensas sobre la provocación al delito. En el caso, el tribunal de instancia ofreció modalidades en el testimonio, como el empleo de la videoconferencia, que no quisieron emplear. El resultado es que la aportación íntegra de las investigaciones al proceso no se ha realizado por los agentes encubiertos.

En estas condiciones de irregularidad hemos de plantearnos si esa actuación procesal de los agentes encubiertos puede ser sanada, en cuanto a su incorporación al proceso de la investigación realizada, por el testimonio referencial de los funcionarios de policía españoles.

En el caso, consideramos la imposibilidad del testimonio referencial para acreditar un hecho irregularmente realizado. En la Sentencia 226/2014, de 19 de marzo, con cita de la STS 144/2014, analizamos el valor probatorio del testimonio referencial. Allí dijimos que aún reconociendo capacidad de prueba al testimonio referencial, esta prueba viene limitada por la imposibilidad de suplir un testimonio directo cuando éste es posible. Los testimonios de referencia, admitidos en el art. 710 LECrim, tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo en sí, pues pasar directamente de lo declarado por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quien se oyó equivaldría a atribuir a aquél todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la intermediación y a la contradicción. Por tal motivo se dice que el valor del testimonio de referencia es el de prueba «complementaria», que refuerza lo acreditado por otros elementos probatorios directos o bien el de prueba «subsidiaria», a considerar solamente cuando es imposible acudir al testigo directo por desconocerse su identidad, haber fallecido o cualquier otra circunstancia análoga que haga imposible su declaración testifical ( STS núm. 129/2009 ). Incluso en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza indirecta o mediata de la fuente de su conocimiento respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad a la que hubiera de merecer el testigo directo que no puede ser interrogado y oído a presencia del tribunal. Esa imposibilidad de acudir el testigo directo ha de ser además material.

En el caso, la subsidiariedad apuntada solo sería posible aceptando por extensión la imposibilidad de oír al testigo directo por razones de especial consistencia, y entre ellas no puede tenerse el incumplimiento de los deberes a que se comprometió el agente encubierto al haber sido nombrado de acuerdo a la legislación española, la de comunicar las informaciones obtenidas a la autoridad que le nombró y la de aportar en su integridad de la investigación al proceso penal. Ese incumplimiento no puede ser remediado en su eficacia probatoria por la declaración referencial de unos policías españoles que conocen referencialmente los hechos que otros investigaban.

En consecuencia ha de apartarse del acervo probatorio lo que el tribunal de instancia ha tenido por acreditado a partir de la testimonial de referencia.

**CUARTO.-** En otro apartado de la impugnación refiere que los agentes encubiertos provocaron el delito pues proporcionaron al hecho delictivo la embarcación para la realización del transporte.

Este apartado de la impugnación se desestima. En la Sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 2013 se trató de un supuesto fáctico muy similar al que es objeto de esta casación en el que el agente encubierto se introduce en una organización, y se gana la confianza de sus miembros hasta el punto de proporcionar el transporte de la droga. Se trata de una operación amparada por la ley y justificada en aras a la investigación de un hecho grave y realizada por el agente encubierto.



La STS 573/2013, 28 de junio -con cita de la STS 848/2003, 13 de junio -, precisa que "... el delito provocado 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 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 tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución , y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas ( STS núm. 1344/1994, de 21 junio ). Hemos dicho en la STS núm. 1992/1993, 15 de septiembre , que «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación –en realidad, una forma de instigación o inducción– parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el «iter criminis», desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista «ab initio» intervención policial. Esta clase de delito provocado, 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»

En el mismo sentido la STS 427/2013 de 10 de mayo , recordamos que la existencia del delito provocado supone que este agente policial induce a otra persona a delinquir, de suerte que sin esa inducción tal persona no habría cometido el delito. En síntesis, el agente provocador quien injerta el dolo de delinquir en la otra persona, por lo que el delito cometido por éste, sería delito provocado.

Diferente es la actuación del agente encubierto que con conocimiento de la intención de delinquir ya existente en la persona concernida, trata con su actuación de obtener pruebas del delito que se quiere cometer.

El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.

El delito provocado se integra por tres elementos:

- a) Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir.
- b) Un elemento objetivo teleológico consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido.
- c) Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, y como consecuencia la atipicidad de tal acción.

Como se afirma en la STS 571/2008 , el delito provocado es una rechazable e inadmisibles actividad policial que traspasa los límites de la legalidad.

Ciertamente, en teoría es clara la diferenciación entre el delito provocado instigado por la policía, y aquella otra actividad policial tendente a acreditar el delito ya decidido de forma autónoma y libre por la persona concernida reduciéndose la actividad del agente policial a comprobar tal delito.

En la práctica pueden darse situaciones ambiguas, a resolver en cada caso con el estudio de las circunstancias concretas.

La policía está para impedir la comisión de delitos y detener a los autores pero no para inducir a terceros a delinquir – SSTS 1114/2002 ; 848/2003 ; 1110/2004 ; 1154/2006 ; 975/2007 , 571/2008 ó 313/2011 –.

Desde la doctrina expuesta, hay que concluir que el agente encubierto en el caso de autos no indujo al recurrente a delinquir. Desde el inicio de la investigación se parte de una estructura ordenada a la comisión de hechos delictivos referidos al tráfico de drogas que era objeto de investigación por la policía española, la británica y la francesa, siendo estos últimos quienes solicitan y obtienen la autorización para actuar como agentes encubiertos. En la pieza separada obra la documentación en la que además de solicitar más autorizaciones para exigencia de dación da cuenta sobre la marcha de la investigación. De esas



comunicaciones resulta la existencia de un hecho antijurídico que se exterioriza por la actuación de la investigación.

**QUINTO.-** Analizamos, por último, la denuncia por vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. Como dijimos anteriormente hemos de apartar del acervo probatorio la resultancia de prueba derivada de los testimonios de referencia. También la prueba que resulta de las intervenciones telefónicas.

El tribunal de instancia afirma el hecho probado, por otra parte lacónico y escueto en su redacción, sobre la base de dos elementos de acreditación: las intervenciones telefónicas y el testimonio referencial de los funcionarios policiales que españoles que investigaron los hechos. Por las razones expuestas, los dos instrumentos de acreditación son irregulares y sobre los mismos no puede asentarse un pronunciamiento de condena, razón que justifica la estimación del recurso y dictar una segunda sentencia absolutoria de los acusados por ausencia de actividad probatoria regular sobre los hechos de la acusación.

Este pronunciamiento que realizamos en la impugnación de este recurrente es extensible y por las mismas razones al resto de los condenados que han formalizado su impugnación con reiteración de los argumentos anteriormente expuestos. Procede dictar una sentencia absolutoria para todos los acusados, toda vez que el acervo probatorio sobre el que se asienta la condena ha sido irregularmente introducido al enjuiciamiento de los hechos.

### III. FALLO

**F A L L A M O S:** QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones de los acusados **Teofilo , Juan Manuel , Avelino , Visitacion , Carina , Gabriela , Juan , Raimundo y Jose Miguel** , contra la sentencia dictada el día 29 de octubre de 2012 por la **Audiencia Provincial de Málaga** , en la causa seguida contra ellos mismos y otros, por delito contra la salud pública, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas correspondientes a sus recursos . Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Ana Maria Ferrer Garcia

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella, con el número 58/2011 y seguida ante la Audiencia Provincial de Málaga, por delito contra la salud pública contra **Teofilo , Juan Manuel , Avelino , Visitacion , Carina , Gabriela , Juan , Raimundo y Jose Miguel** y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 29 de octubre de 2012 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**UNICO.-** Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

**SEGUNDO.-** Que por las razones expresadas en el segundo y tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la absolución de los recurrentes y la aplicación de lo dispuesto en el art. 903 de la Ley procesal , la estimación de la impugnación se extiende a los demás acusados en la causa, no recurrentes.

### III. FALLO



**F A L L A M O S:** Que debemos absolver y absolvemos a los acusados **Teofilo , Juan Manuel , Avelino , Visitacion , Carina , Gabriela , Juan , Raimundo y Jose Miguel** así como a los demás acusados no recurrentes **Inocencio , Norberto y Jose Antonio** del delito contra la salud pública por el que fueron condenados en la sentencia de instancia, declarándose de oficio las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Ana Maria Ferrer Garcia

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ