



Roj: **STS 2098/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2098**

Id Cendoj: **28079120012018100276**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2018**

Nº de Recurso: **10276/2017**

Nº de Resolución: **274/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 2278/2017,**  
**STS 2098/2018**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10276/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 274/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 7 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10276/2017, interpuesto por D. Segundo representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Cristina Herguedas Pastor bajo la dirección letrada de D. Óscar Gutiérrez Vilaplana, D. Luis Manuel representado por el procurador D. David García Riquelme bajo la dirección letrada de D. Juan Manuel Fernández Ortega, D. Agustín representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Elisa Sainz de Baranda Rivas bajo la dirección letrada de D. Jacobo Tejero Casanova y D. Candido representado por la Procuradora D<sup>a</sup> María Teresa Uceda Blasco bajo la dirección letrada de D. Benito González Fuente, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, de fecha 28 de febrero de 2017 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid instruyó sumario 4/2015, por delito contra la salud pública contra Candido , Segundo , Agustín , Luis Manuel y otro, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Cuarta dictó en el Rollo de Sala 1521/2015 sentencia en fecha de 28 de febrero de 2017 con los siguientes hechos probados:



«Primero.- Se declara probado que los acusados, Candido , Segundo , Agustín y Luis Manuel , se concertaron para introducir en España una partida de cocaína, ocultándola en una importación de flores frescas que habría de ser enviada desde Colombia.

Para llevarlo a cabo, se sirvieron como empresa importadora de la mercantil UK Twenty Points SL, de la que era administrador y socio único el acusado Candido . A tal efecto, el 8 de abril de 2015 se realizó el alta censal de la empresa y el 19 y el 26 de abril se recibieron los dos primeros envíos, realizados con la finalidad de comprobar la operatividad del plan.

Segundo.- El 28 de abril de 2015 los funcionarios de la Unidad de Análisis de Riesgo del aeropuerto Adolfo Suárez, Madrid - Barajas, integrada por miembros de la Unidad de Vigilancia Aduanera y de la Guardia Civil, detectaron un tercer envío, cuya mercancía se encontraba en el almacén de depósito temporal de la Compañía Iberia.

El envío comprendía un total de ciento ocho cajas que contenían una partida de flores frescas, con un peso total de 1.219 kg. Revisada la carga a través del escáner de rayos X, se detectó una densidad que hacía sospechar la existencia de sustancia estupefaciente, por lo que procedieron a abrir las cajas comprobando que en su interior, en los separadores colocados entre los ramos de flores, se había disimulado una sustancia que se identificó como cocaína, una vez se le aplicó el reactivo narcotest.

Acto seguido, se solicitó del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia que autorizase la retirada de la sustancia estupefaciente, la circulación y entrega controlada de la mercancía y la intervención del nº de teléfono NUM000 utilizado por Segundo , quien lo había facilitado al agente de aduanas para realizar los trámites de importación de la mercancía.

Contando con la autorización del Juzgado de Instrucción, la sustancia estupefaciente fue retirada, guardada en seis bolsas (M1 a M6) y custodiada en el depósito de seguridad del aeropuerto, donde permaneció hasta que fue entregada en el laboratorio de la Agencia Española del Medicamento para su análisis, el cual arrojó el siguiente resultado: 20.903,2 gramos de cocaína con una riqueza del 83 %, lo que hace un total de 17.349,65 gramos de cocaína pura,

Tercero.- Sobre las nueve y media horas del día siguiente, el 29 de abril de 2015, Segundo se personó en la terminal de carga del aeropuerto para retirar la mercancía, lo que efectivamente hizo tras realizar las correspondientes gestiones documentales, cargándola en el camión Iveco, RD-....-U , cuyo conductor ni tenía conocimiento ni participaba en el plan urdido por los acusados.

Valiéndose del camión, el acusado transportó la mercancía hasta el Mercado de la Teja, sito en la calle Melchor Cano nº 1 de Madrid, donde el día antes había concertado el arrendamiento de un local en el que guardar la mercancía.

En el Mercado de la Teja, el acusado Agustín aguardaba la llegada de la mercancía, que descargó e introdujo en el local ayudado por Segundo y el conductor del camión en el que se había transportado.

Agustín , en unión de otras dos personas que no han sido identificadas, permaneció en el local durante varias horas, entre el mediodía y las cuatro de la tarde, abriendo y manipulando las cajas. Una vez se percataron de que el envío no contenía la droga que esperaban, abandonaron el local.

Cuarto.- Esa misma tarde, sobre las 17'30 horas, ante la sorpresa por el extravío de la droga, los acusados Segundo , Agustín y Luis Manuel se reunieron en la panadería cafetería Cochabamba, donde mantuvieron un encuentro en el que Luis Manuel , en presencia de Segundo , le pidió explicaciones a Agustín . Además, en el curso de esa reunión, los tres acusados manipularon varios teléfonos móviles y se intercambiaron pseudónimos (nickname) para utilizar en los terminales.

Poco después, sobre las 19'00 horas, Agustín se dirigió nuevamente al local, cargó varias cajas con flores en la furgoneta Fiat Ducato IK-....-G , que utilizó para transportarlas y entregárselas a un vendedor ambulante.

En los días siguientes hasta su detención, que se produjo el 8 de mayo de 2015, los acusados se deshicieron del resto de la mercancía.

Quinto.- En el registro efectuado en el domicilio de Agustín se intervinieron los siguientes objetos:

Un llavero con cinco llaves correspondientes al local arrendado en el mercado de la Teja.

Un resguardo fechado el 7 de mayo de 2015 de ingreso en efectivo de quinientos euros en la cuenta UK Twenty Points SL.

Un post-in de fecha 27 de abril de 2015 justificante del pago de la reserva del alquiler del local.



Sexto.- Al ser detenido, en poder de Luis Manuel se intervino un documento de pago efectuado a la Agencia Tributaria el 9 de abril de 2015, de novecientos euros, en relación con la empresa UK Twenty Points SL, que el acusado conservaba guardado en su vehículo.

Séptimo.- El valor en el mercado ilícito de la sustancia intervenida asciende a 2.352.510,30 euros si la venta se realiza por gramos y 948.045,21 si se realiza por kilos

Octavo.- No se ha probado que el acusado Jose Manuel haya participado en estos hechos».

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «FALLO

En atención a todo lo expuesto este Tribunal ha decidido:

Absolver a Jose Manuel de todos los cargos deducidos contra él por el Ministerio Fiscal.

Condenar a los acusados Candido , Segundo , Agustín y Luis Manuel , como autores de un delito contra la salud pública ( arts. 368 , 369.1.5 y 370.3 CP ), ya definido, a las siguientes penas:

A) Diez años y seis meses de prisión, a cada uno de los acusados, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

B) Dos multas de un millón de euros cada una (2.000.000 ? en total), a cada uno de los acusados.

Igualmente, condenamos a Candido , Segundo , Agustín y Luis Manuel al pago de cuatro quintas partes de las costas procesales, declarando de oficio la quinta parte restante correspondiente al acusado absuelto, Jose Manuel .

Finalmente, acordamos el decomiso de la sustancia estupefaciente intervenida, debiendo procederse a su destrucción.

Para el cumplimiento de la condena impuesta se abonará a cada uno de los acusados el tiempo transcurrido en prisión provisional.

Así por esta sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos, y firmamos».

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por Segundo , Luis Manuel , Agustín y Candido que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Candido : PRIMERO.- Con sede en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , ambos por vulneración de precepto Constitucional del Art.- 24.10 , 20, por haberse alcanzado la tesis de condena, con base en una actividad probatoria, que vulnera el derecho a una tutela judicial efectiva, además del derecho a la presunción de inocencia, de la Constitución Española . SEGUNDO: Por infracción de Ley del Art.- 849.1 de la LECrim , por infracción de Ley por aplicación indebida de los Arts.- 368 , 369.1.5 ° y 370.3, del Código Penal , por cuanto que la sala ha dictado Sentencia condenatoria en aplicación de dichos artículos sin que sean de aplicación, al no haber quedado acreditada la concurrencia de los elementos típicos de los referidos preceptos y en especial, por no haberse acreditado la concurrencia de los elementos típicos del tipo agravado. TERCERO.- Por infracción de Ley del Art.- 849 n° 1 de la LECrim por aplicación indebida de los Arts.- 368 , 369.1.5 ° y 370.3, del Código Penal en relación con los Arts.- 16 y 62 del mismo texto legal ; por indebida aplicación del grado de consumación del delito, debiendo aplicarse en caso de encontrar algo punible lo previsto en los artículos mencionados en relación a la tentativa.

B) Segundo : PRIMERO.- Infracción de precepto constitucional del art. 852 LECr sin especificar la vulneración del derecho fundamental afectado (epígrafe II, apartado tercero). SEGUNDO.- Infracción de ley del art. 849.1° LECr por aplicación indebida del art. 10 CP (Epígrafe I, apartado sexto).

C) Agustín : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse vulnerado el art. 24 de la CE , derecho a la presunción de inocencia, al no considerarse suficientemente acreditados, a través de prueba de cargo suficiente y legítima, los hechos declarados probados en sentencia en relación con la intervención de D. Agustín en los mismos. SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con los arts. 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse vulnerado el art. 24 de la CE en relación con el art. 18.1 y 3 CE , así como la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 y resto de legislación de la Unión Europea, proscripción de la indefensión por denegación acceso al expediente



y denegación a las bases de datos en relación con el habeas data. Así mismo, en Juicio Oral se reconoce la existencia una investigación relacionada con la presente que no se ha incorporado a la causa. TERCER.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y el art. 852 de la LECrim . Concretamente se considera vulnerado el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por vulneración del artículo 24.2 de la CE , en cuanto al derecho a ser juzgados por un juez imparcial, ya que se entiende que el Tribunal se ha excedido en sus funciones. CUARTO.- Se renuncia. QUINTO.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haberse infringido el art. 370.3 del Código Penal , indebida aplicación de la agravante de comercio internacional. Subsidiariamente al motivo de presunción de inocencia, esta parte entiende que no se puede aplicar la agravante de comercio internacional. SEXTO.- Infracción de ley. Al amparo del art. 849.1º LECrim , infracción de los arts. 368 y 370.3 CP los hechos no son constitutivos de delito o, en todo caso, su participación debería ser calificada de cómplice y no de autor, por lo que también se consideran infringidos los arts. 28 y 29 C.P . SÉPTIMO.- Infracción de ley. Al amparo del art. 849.1º LECrim , infracción del artículo 16 CP , en caso de considerarse la existencia de delito, los hechos se ajustarían a un delito en grado de tentativa.

D) Luis Manuel : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim , en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ y con los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española , en su vertiente del derecho a un proceso con las debidas garantías, en relación con el 18 de la Constitución Española al haberse obtenido las pruebas con vulneración del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, interesándose la nulidad de actuaciones. SEGUNDO.-Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim , en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española , en su vertiente del derecho a la presunción de inocencia, al haber sido condenado sin prueba de cargo válida capaz de enervar la presunción de inocencia. TERCERO.-Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim , en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española , en su vertiente del derecho a un proceso con las debidas garantías, al dictarse una resolución judicial contrariamente al canon constitucional de motivación. CUARTO.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim , por aplicación indebida de los artículos 368 , 369.1.5ª y 370.3 del Código Penal , al no haber quedado acreditada la concurrencia de los elementos típicos de los referidos preceptos y sobre todo, por no quedar acreditada la concurrencia de los elementos típicos del tipo agravado de comercio internacional. QUINTO.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim , por aplicación indebida del artículo 28 CP y por inaplicación del artículo 29 CP en relación con los artículos 368 , 369.1.5ª y 370.3 del Código Penal , al no haber quedado acreditada la participación en los hechos en concepto de autor por parte de mi defendido, debiendo haber sido aplicado en todo caso lo dispuesto en el artículo 29 CP , en lo relativo a la complicidad.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 9 de mayo de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR. 1.** La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid absolvió a Jose Manuel de todos los cargos deducidos contra él por el Ministerio Fiscal, y condenó, en sentencia dictada el 28 de febrero de 2017 , a Candido , Segundo , Agustín y Luis Manuel , como autores de un delito contra la salud pública ( arts. 368 , 369.1.5 y 370.3 CP ), a las siguientes penas:

A) Diez años y seis meses de prisión, a cada uno de los acusados, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

B) Dos multas de un millón de euros cada una (2.000.000 ? en total), a cada uno de los acusados.

Igualmente, condenó a Candido , Segundo , Agustín y Luis Manuel al pago de cuatro quintas partes de las costas procesales, declarando de oficio la quinta parte restante correspondiente al acusado absuelto, Jose Manuel . Finalmente, acordó el decomiso de la sustancia estupefaciente intervenida, debiendo procederse a su destrucción.



2. Los **hechos objeto de condena** se centraron, expuestos sintéticamente, en que los cuatro acusados recurrentes se concertaron para introducir en España una partida de cocaína, ocultándola en una importación de flores frescas que habría de ser enviada desde Colombia.

Para llevarlo a cabo, se sirvieron como empresa importadora de la mercantil UK Twenty Points SL, de la que era administrador y socio único el acusado Candido . A tal efecto, el 8 de abril de 2015 se realizó el alta censal de la empresa y el 19 y el 26 de abril se recibieron los dos primeros envíos, realizados con la finalidad de comprobar la operatividad del plan.

El 28 de abril de 2015 los funcionarios de la Unidad de Análisis de Riesgo del aeropuerto Adolfo Suárez, Madrid-Barajas, integrada por miembros de la Unidad de Vigilancia Aduanera y de la Guardia Civil, detectaron un tercer envío, cuya mercancía se encontraba en el almacén de depósito temporal de la Compañía Iberia.

El envío comprendía un total de ciento ocho cajas que contenían una partida de flores frescas, con un peso total de 1.219 kg. Revisada la carga a través del escáner de rayos X, se detectó una densidad que hacía sospechar la existencia de sustancia estupefaciente, por lo que procedieron a abrir las cajas comprobando que en su interior, en los separadores colocados entre los ramos de flores, se había disimulado una sustancia que se identificó como cocaína, una vez se le aplicó el reactivo narcotest.

Acto seguido, se solicitó del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia que autorizase la retirada de la sustancia estupefaciente, la circulación y entrega controlada de la mercancía y la intervención del nº de teléfono NUM000 utilizado por Segundo , quien lo había facilitado al agente de aduanas para realizar los trámites de importación de la mercancía.

Contando con la autorización del Juzgado de Instrucción, la sustancia estupefaciente fue retirada, guardada en seis bolsas (M1 a M6) y custodiada en el depósito de seguridad del aeropuerto, donde permaneció hasta que fue entregada en el laboratorio de la Agencia Española del Medicamento para su análisis, el cual arrojó el siguiente resultado: 20.903,2 gramos de cocaína con una riqueza del 83 %, lo que hace un total de 17.349,65 gramos de cocaína pura,

Sobre las nueve y media horas del día siguiente, el 29 de abril de 2015, Segundo se personó en la terminal de carga del aeropuerto para retirar la mercancía, lo que efectivamente hizo tras realizar las correspondientes gestiones documentales, cargándola en el camión Iveco, RD-....-U , sin que supiera que la sustancia estupefaciente ya había sido extraída por los funcionarios de la mercancía que había llegado de Colombia. Después el acusado Agustín descargó con la ayuda de Segundo la mercancía en un local que habían alquilado, comprobando que no estaba la sustancia estupefaciente.

Esa misma tarde, sobre las 17'30 horas, ante la sorpresa por el extravío de la droga, los acusados Segundo , Agustín y Luis Manuel se reunieron en la panadería/cafetería Cochabamba, de Madrid, donde mantuvieron un encuentro en el que Luis Manuel , en presencia de Segundo , le pidió explicaciones a Agustín . Además, en el curso de esa reunión, los tres acusados manipularon varios teléfonos móviles y se intercambiaron pseudónimos (nickname) para utilizar en los terminales.

3. Contra la referida condena interpusieron sus respectivos recursos los cuatro acusados, oponiéndose a los mismos el Ministerio Fiscal.

#### A) Recurso de Candido

**PRIMERO . 1.** En el **motivo primero** del recurso denuncia la defensa, con sustento procesal en los arts. 852 de la LEcrim , y 5.4 de la LOPJ , la vulneración del art. 24 de la Constitución , por haberse alcanzado la tesis condenatoria merced a una actividad probatoria que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, además del derecho a la presunción de inocencia.

Entiende la defensa del acusado que el Tribunal de instancia ha vulnerado tanto su derecho a la tutela judicial efectiva y especialmente el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y a este respecto hace una amplia exposición sobre la doctrina jurisprudencial de esta Sala y también del Tribunal Constitucional sobre el contenido y alcance de la presunción de inocencia, y también acerca de cuál debe ser el control de la Sala de casación sobre la racionalidad de la valoración de la prueba efectuada en la instancia y las posibilidades que tiene este Tribunal de revisar la sentencia impugnada desde la perspectiva de la fundamentación probatoria de la prueba de cargo sobre la que se basó la condena.

Y tras el extenso excurso sobre el referido derecho fundamental, alega que en el caso actual la sentencia de instancia llega a la conclusión de que el acusado Candido era conocedor del ilícito penal por el que se le condena, basándose única y exclusivamente en el hecho de que alquilara una empresa de su propiedad, constituida ya en el año 2010, a las personas implicadas en el transporte de la droga, y en la conversación telefónica que mantiene el 6 de mayo de 2015 con el también condenado Segundo , conversación sobre la





que dice la sentencia recurrida que «su contenido es sumamente expresivo y suficientemente revelador de que ambos acusados se encontraban al tanto de la operación, con la que esperaban lucrarse, lo que hasta el momento no habían conseguido al no haber llegado la droga».

La parte recurrente no está de acuerdo con esa versión y replica a ello que dicha conversación lo que demuestra es justamente lo contrario a lo que acaba concluyendo la sentencia. Ello lo fundamenta en que ese contacto telefónico se produce ocho días después de que la droga llegara a España, de lo cual deriva que ni estuvo por Madrid ni estaba al tanto de todo lo relacionado con la recepción de la droga y con su envío. Datos que pone en relación con el hecho de que le diga a Segundo que no tiene ni para tabaco, lo que acreditaría que su llamada era sólo para que le pagaran un dinero que le deben por un alquiler, sin que él fuera la persona encargada de preparar ningún tipo de envío sea legal o ilegal, ni tiene el menor conocimiento de cuándo o de cómo van a realizar las actividades de dicha sociedad.

A ello añade que parece lo más razonable pensar que precisamente las personas que llevan a cabo la operación son personas que no han sido acusadas por estos hechos, entre otras razones porque se desconoce la identidad de las mismas, y que precisamente las personas acusadas son personas que como el recurrente nada tenían que ver con el ilícito penal por el que han sido condenados. Quien sí sabía quiénes eran los que pasaron por la gestoría de la C/ Marcelo Usera fue su dueño, que en un principio en la instrucción del caso dice reconocer a unas personas, para después en la vista manifestar que realizó dicho reconocimiento para quitarse a la policía de encima, algo del todo sorprendente, y que por lo tanto no puede tenerse en cuenta en la sentencia, ya que también miente cuando dice que Candido acudía para gestionar la sociedad mediante su gestoría.

Después añade que tanto él como Segundo son los dos tontos útiles de esta historia, de modo que en el caso de haber algún problema ellos serían los condenados, pues uno es el titular de la sociedad y Segundo es la persona que se iba a encargar de ir a recibir la mercancía. Siendo ello la razón de que no les informara de nada.

Y en cuanto al punto concreto de que el acusado tenía que saber el uso que de su sociedad iban a hacer aquellas personas que la alquilaban, alega que si te alquilan una sociedad, te ofrecen una cantidad en concepto de renta cuando estás en una situación económica crítica, difícilmente te vas a poner a indagar si los que te la alquilan son gente de bien o no.

2. Las alegaciones de la defensa sobre la **presunción de inocencia** nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia pruebas de cargo válidas (desde la perspectiva constitucional y legal) y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 ; y SSTS 544/2015 , 822/2015 , 474/2016 y 948/2016 , entre otras).

El examen de la prueba de cargo sobre la que basa la sentencia de instancia la intervención del acusado en la trama delictiva acredita que el Tribunal ha contado con prueba suficiente para sostener la condena.

En efecto, frente a la versión fáctica de la parte recurrente argumenta la Audiencia que Candido facilitó la empresa UK Twenty Points SL, de la que el acusado era administrador y único socio, para la realización de tres operaciones de importación de flores frescas, resultando ello evidente a la vista de la propia declaración del acusado, de la documentación de la aduana y del testimonio proporcionado tanto por el agente de aduanas que se encargó de tramitar la importación de la mercancía, como de los agentes de la Guardia Civil y de la Unidad de Vigilancia Aduanera que identificaron el envío y extrajeron de él la sustancia estupefaciente, aprehendiéndola y fotografiándola.

De otra parte, la alegación básica sobre la que sostiene su defensa, centrada en que ignoraba que la empresa iba a ser dedicada a una conducta penalmente ilícita y mucho menos todavía pensaba que la acción ilícita concreta consistía en la importación de sustancias estupefacientes, carece de todo sustento razonable una vez que se lee el contenido de la conversación telefónica que se plasma en la sentencia impugnada, en la que Candido habla con el coacusado Segundo el día 6 de mayo en un diálogo que alberga unas connotaciones tan auto-incriminatorias que hacen prácticamente innecesaria la expresión ahora de razonamientos por parte del Tribunal orientados a justificar el sustrato fáctico del dolo del tipo delictivo.

En efecto, en esa conversación el recurrente se queja de que no hubiera ya llegado lo que estaban esperando que iba a venir en la primera y si no en la segunda o en la tercera operación de transporte, refiriéndose obviamente al envío de la sustancia estupefaciente, ya que se habían hecho dos transportes de una partida



importante de flores a nombre de la empresa del impugnante sin que, mezclada con la mercancía, apareciera la cocaína. Y también le dice que no tiene dinero ni para tabaco.

El acusado Segundo le responde a sus quejas argumentándole que su situación personal era todavía peor que la del recurrente, porque además está en busca y captura, y le reprende por emitir mensajes telefónicos con palabras en clave, como "alicatao", que las entiende todo el mundo y que pueden levantar sospechas. Y también le recuerda que el que va ir a buscar (la mercancía, se entiende) es él y que por lo tanto es el propio Segundo quien corre peligro. A lo que le objeta Candido que tenga en cuenta que la empresa está a su nombre y no al de Segundo. Y éste le replica a su vez que esté tranquilo que a él nadie le va a reclamar nada, insistiendo después Candido en que no puede decir eso porque la empresa es suya.

Por último, el recurrente Candido le dice a Segundo que tiene ya pensado lo que va a decir si le vienen a preguntar algo relacionado con el transporte; les dirá que no tiene trabajo y que dos negros se acercaron a pedirle que les dejara la empresa para funcionar a cambio de tres mil euros al mes, y yo se la he dejado y punto. Y que eso de los negros considera que está de puta madre, porque como hay tantos...

Ante una conversación como la que se acaba de exponer no se precisa realizar ya muchos esfuerzos argumentales para concluir que el acusado estaba totalmente enterado de lo que iban a hacer los coacusados con la empresa: utilizarla para importar una importante cantidad de cocaína a cambio de lo cual compensarían a Candido con una convincente suma de dinero.

Los indicios incriminatorios que se derivan de esa conversación resultan inequívocos, concluyentes y contundentes, hasta el punto de que las inferencias que se extraen de los mismos fluyen con tal naturalidad y fluidez que sólo permiten colegir que el acusado sabía cuál era el destino que le iban a dar a la empresa que había puesto a disposición de los coacusados, y que si se había arriesgado a ello era para obtener una suculenta suma de dinero con cargo al transporte de la droga, dinero con el que pretendía solventar el mal momento económico por el que pasaba.

En consecuencia, el primer motivo del recurso se desestima.

**SEGUNDO . 1. El *segundo motivo*** lo encauza la parte por la vía procesal del art. 849.1º de la LECrim, invocando la aplicación indebida de los arts. 368, 369.1.5º y 370.3 del Código Penal, pues considera que la Sala ha dictado sentencia condenatoria en virtud de dichos preceptos sin que sean de aplicación al caso, al no haber quedado acreditada la concurrencia de los elementos típicos y, en especial, del subtipo super-agravado del art. 370.

En tal sentido, aduce que la aplicación indebida de los arts. 368, y 369.1. 5º obedece a que no concurre ni el elemento objetivo de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas concretado en actas de cultivo, fabricación, tráfico o posesión con este fin, ni el elemento subjetivo consistente en el ánimo tendencial de difusión o facilitación a terceros, como ya hemos explicado en el punto anterior, y por lo tanto da por reproducidas las manifestaciones vertidas en dicho punto.

Y en lo que se refiere a la aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 370.3 del C. Penal, argumenta, citando la STS 561/2012, que la agravación del referido precepto, consistente en haber llevado a cabo la acción simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, esto es alternando la causa, índole u objeto verdaderos del contrato, siendo su razón de ser la mayor peligrosidad del tráfico de drogas, cuando éste se ampare en la cobertura de estas actividades de comercio lícito instrumental, ya que la persecución y descubrimiento resulta mucho más dificultosa al llevarse y desarrollarse la trama delictiva en más de un Estado.

Y ya en un plano subjetivo, señala la parte que debe atenderse al papel realizado por cada persona y su intervención en la conducta, distinguiendo entre quienes sean mandatarios y otros implicados en la conducta y quienes son meros subalternos en la acción dirigida por otras. Por tanto, habría de tenerse en cuenta el papel que desempeña cada involucrado en el hecho, examinando si actúa en su interés propio o al servicio de otra persona, no siendo ni debiéndose aplicar esta superagravación a quienes se les encomiendan funciones subalternas que carecen de toda capacidad de decisión ( STS 808/2005, de 23-6 ; 178/2006, de 16-2 ; 2001/2007, de 9-3 ; 111/2010, de 24-2 ).

Aplicando al caso los criterios precedentes, estima la parte recurrente que hubo ciertamente una operación de comercio exterior entre la entidad UK Twenty Points SL, como destinataria de flores, que fue aprovechada para introducir la sustancia estupefaciente intervenida, lo que posibilitaría la aplicación del tipo agravado del art. 370.3 CP de simulación de operación de comercio internacional entre empresas. Sin embargo, nada se sabe de la empresa que realiza el envío de las flores y tampoco de quién o quiénes son las personas que se ponen en contacto con dicha empresa para solicitar el envío, y si hay algo probado es que el recurrente para nada intervino en dichas actividades, ya que su única responsabilidad es el haber alquilado su sociedad, sin



que conste un solo dato de que haya intervenido en ninguna otra actividad relacionada con dicha sociedad, máxime cuando queda acreditado que estaba viviendo en la localidad de Cabezón de la Sal, en Cantabria, y ni conoce ni le conoce nadie que no sea la persona que le solicita alquilar la empresa, que es Segundo, sin que participara de forma alguna en la simulación de la operación de comercio internacional llevada a cabo.

2. Pues bien, partiendo siempre de la premisa de que el "factum" de la sentencia resulta inamovible al haberse ratificado los hechos declarados probados, las alegaciones de la parte recurrente es claro que no pueden prosperar.

En primer lugar, porque la operación del transporte de más de 17 kilos de cocaína base fue realizada instrumentando la empresa del ahora recurrente, que la puso a disposición de los restantes acusados con el fin de obtener una contraprestación de una suma de dinero cuya cuantía no ha podido ser precisada. Con tales fines se realizaron primero dos operaciones de transporte de flores desde Colombia a España por vía aérea a través de una empresa de aquel país, remitiéndolas para que la mercancía fuera recibida por la empresa del recurrente, denominada UK Twenty Points SL, que era la que tenía que hacerse cargo de la partida de flores en el punto de destino.

Estamos, pues, ante una remisión de mercancía simulada realizada en tres ocasiones. Las dos primeras con el fin de aparentar que era un comercio legal y habitual, y la tercera ya con el envío real de la cocaína oculta entre las flores que actuaban como mero señuelo encubridor del tráfico de la droga que realmente se transportaba.

Concorre, pues, el supuesto de una actuación en la que se simulan operaciones de comercio internacional entre empresas, esto es, ocultando la causa, índole u objeto verdaderos del contrato, agravándose la pena por la mayor peligrosidad del tráfico de drogas, al ampararse en la cobertura de estas actividades de comercio lícito instrumental, por lo que la persecución y descubrimiento resulta mucho más dificultosa al llevarse y desarrollarse la trama delictiva en más de un Estado.

Y en cuanto al carácter subalterno o dependiente con el que dice actuar el acusado para que no se le aplique el subtipo agravado, como si realmente su intervención no tuviera nada que ver con el escalón correspondiente a la simulación del comercio internacional de empresas, es claro que no se está ante ese supuesto de accesoriedad o ajenidad a los hechos que determinan la agravación, puesto que el acusado era la persona que facilitaba y favorecía de forma relevante la operación de transporte de la droga aportando para ello precisamente su empresa mercantil de importación con el fin de que la cocaína pudiera viajar de Colombia a España.

Así las cosas, el motivo se desestima.

**TERCERO. 1.** En el **tercer motivo** invoca la parte, por el cauce procesal del art. 849 n° 1 de la LECrim, la aplicación indebida de los arts. 368, 369.1.5° y 370.3, del Código Penal, en relación con los arts. 16 y 62 del mismo texto legal, al entender la defensa que no procede apreciar la consumación delictiva, sino la **tentativa de delito**, en la hipótesis de que se considerara que concurre una acción punible.

Después de citar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre derecho a la tutela judicial efectiva contemplado desde la perspectiva de la motivación de las sentencias, alega que en el caso concreto habría que partir de que el art. 62 del CP dispone que "a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente y al grado de ejecución alcanzado".

Por ello -dice- el nuevo Código Penal ha concentrado en un solo precepto las formas imperfectas de ejecución del delito, considerando que sólo existen dos modalidades: el delito consumado y la tentativa, sin hacer más especificaciones sobre los grados de ésta, como se hacía en el anterior Código Penal. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo entre lo que se denomina tentativa acabada, que equivale al anterior delito frustrado y la tentativa inacabada, que es la tradicionalmente recogida en los textos anteriores ( STS 269/2005, de 28-2 ).

En el presente caso, solicita la parte recurrente que, atendiendo al grado de ejecución del delito y al peligro inherente al intento, se aprecie la conducta del acusado en grado de tentativa y además que se reduzca en dos grados la pena que se le impuso en la instancia.

2. Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la **tentativa en los delitos de tráfico de drogas**, pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia ( SSTS 335/2008, de 10-6 ; 598/2008, de 3-10 ; 895/2008, de 16-12 ; 5/2009, de 8-1 ; 954/2009, de 30-9 ; 960/2009, de 16-10 ; 1047/2009, de 4-11 ; 1155/2009, de 19-11 ; 191/2010, de 23-2 ; 565/2011, de 6-6 ; 303/2014, de 4-4 ; y 554/2014, de 16 de junio, entre otras) en los siguientes apartados:





a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.

b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consume siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, puesto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

d) El delito existe desde que uno de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Se trata, pues, del supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

3. La aplicación de los criterios jurisprudenciales precedentes al **caso enjuiciado** conduce a la desestimación de la tesis de la parte recurrente.

En efecto, según se colige de la premisa fáctica de la sentencia recurrida y del análisis de la prueba que se ha consignado en el fundamento primero de esta resolución de casación, el acusado Candido y los otros tres recurrentes se concertaron para introducir en España una partida de cocaína, ocultándola en una importación de flores frescas que habría de ser enviada desde Colombia. Operación de transporte e introducción que se llevó a cabo por medio de la empresa que el ahora recurrente puso a disposición de los otros tres intervinientes, la mercantil UK Twenty Points SL., llegando la cocaína a España oculta entre una importante partida de 108 cajas de flores el día 28 de abril de 2015.

Sin embargo, fue detectada e intervenida por los funcionarios de la Unidad de Análisis de Riesgo del aeropuerto Adolfo Suárez, practicándose con autorización judicial una entrega controlada, de resultas de la cual y tras realizarse las pertinentes pesquisas y vigilancias policiales, fueron detenidos todos los acusados que habían concertado el transporte de la cocaína y actuado desde España para que accediera al territorio español con el fin de que fuera destinada al tráfico.

Es claro, en consecuencia, que intervino en la operación de transporte de la droga por vía aérea con anterioridad a que los más de 17 kilos de cocaína pura viajaran desde Sudamérica a España, hasta ser descargada en el Aeropuerto de Madrid-Barajas.

La conducta de colaboración del recurrente con los otros tres acusados para que se materializara la operación de transporte de la droga tuvo lugar con anterioridad a que la cocaína saliera de Sudamérica, contribuyendo así a que se iniciaran los actos de transporte y que la droga viajara hasta el aeropuerto en que fue intervenida. Por lo cual, es patente que con su comportamiento el acusado ayudó a que la cocaína fuera transportada hasta territorio español con el fin de que fuera destinada al tráfico ilícito, del que una primera fase era el transporte de la sustancia.

Como ya se anticipó, la apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni haber intervenido en la fase de concierto inicial previa al traslado de la cocaína. Y ninguno de estos supuestos excluyentes se cumplimenta en la conducta del acusado, lo que impide incardinarla en la fase de tentativa.



El motivo por tanto se desestima, y con él la totalidad del recurso, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia ( art. 901 LEcrim ).

#### B) Recurso de Segundo

**CUARTO . 1.** En el **primer motivo** , al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , alega la defensa del acusado la vulneración de precepto constitucional, en concreto del art. 24 de la Constitución en relación con el 852 de la referida Ley Procesal Penal.

Y después añade que el precepto penal ordinario infringido es el art. 10 del Código Penal , que señala lo siguiente: Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.

De lo actuado en el acto del juicio oral, aduce, no se ha acreditado de ningún modo la existencia de dolo en el recurrente. El conocimiento de los elementos objetivos del delito, que da lugar a la existencia de la comisión delictiva, dice que no se ha acreditado.

**2.** Tal como afirma el Ministerio Fiscal, la defensa del acusado formula su recurso de forma muy confusa y poco técnica, pues se ignora qué derecho fundamental refiere como vulnerado y tampoco se especifica debidamente en ninguna de las dos impugnaciones que interpone cuál es verdaderamente la razón de su discrepancia ni cómo se articula en el caso concreto.

De todas formas, e infiriendo que el primer motivo considera que se ha vulnerado su presunción de inocencia por no concurrir prueba de cargo suficiente para fundamentar la existencia del sustrato fáctico del dolo del tipo penal, su tesis exculpatoria es claro que no puede acogerse debido a que los datos incriminatorios contra él son claros y concluyentes.

En efecto, tal como señala la Sala de instancia, Segundo ocupa una posición central en la ejecución de la actividad delictiva, pues su intervención se extiende a las actividades previas a la realización de la importación ilícita, a la recepción de la mercancía y su traslado al lugar en el que iba a quedar almacenada, así como a las actuaciones que se desarrollaron en los días posteriores, una vez advertido que el envío no contiene droga.

Fue el acusado quien hizo con Candido los preparativos para utilizar su empresa. Juntos, como él mismo ha reconocido, estuvieron en la gestoría de la calle Marcelo Usera ultimando la documentación para dar de alta la empresa que iba a hacer el transporte de las flores. Refirió que Candido iba a alquilar la empresa a unas personas que había en la gestoría e iba a cobrarles un alquiler para que hicieran ellos lo de las flores. Y también fue el propio Segundo quien se encargó de arrendar el local que iba a utilizarse para almacenar la mercancía en la que se ocultaba la droga, tal y como resulta del contrato de arrendamiento firmado por el acusado, al que se adjuntó su DNI en el momento de la formalización, según consta en la declaración realizada por el propietario del local (folios 192 a 197).

El propio Segundo también fue el encargado de recoger la mercancía en el aeropuerto y trasladarla al Mercado de la Teja, donde la entregó a Agustín , que aguardaba su llegada, según consta en las declaraciones de los guardias civiles que realizaron el seguimiento. En efecto, los agentes declararon que, una vez autorizada judicialmente la entrega controlada, se intentó dejar las cajas de las flores lo mejor posible para que no lo detectasen las personas responsables. Se solicitó intervención telefónica y se esperó a que fuera alguien a recoger la mercancía. A primera hora de la mañana se estableció el dispositivo de seguridad en la terminal de carga de Iberia y a las nueve apareció un Opel Corsa con Segundo , que era el responsable de recoger dicho envío, y al poco llegó una camioneta al recinto de la explanada. Se pusieron en contacto Segundo y el conductor de la furgoneta. Era sobre las nueve o nueve y media de la mañana. El camión se puso en los muelles, cargaron las flores y Segundo iba como de guía y el otro detrás; primero se metieron los dos en el camión, y a los pocos metros Segundo se baja y coge su coche. Continuaron la marcha los dos, cada uno en su vehículo, y fueron a la ribera del Manzanares, al Mercado de la Teja (Agente NUM001 ).

También explicaron los funcionarios de la Guardia Civil que el día 29 de abril de 2015 por la tarde vieron en el interior de la cafetería Cochabamba, entre las calles Amparo Usera con Jesús del Gran Poder, la reunión entre Luis Manuel , Segundo y Agustín . Se sentaron Luis Manuel de espaldas a la pared, enfrente de Agustín , y Segundo a un lado. Mantenían una conversación donde era Luis Manuel el que principalmente hacía las preguntas y Agustín el que contestaba. La funcionaria de la Guardia Civil estaba sentada en otra mesa del bar y ellos se ubicaron en una zona resguardada; ella tenía campo visual de la calle, puerta del bar y de todo el establecimiento, y se encontraba a diez o quince metros de los investigados, sin que llegara a escuchar las conversaciones de manera continua; sólo podía escuchar palabras sueltas; empezaron a manipular teléfonos y asociaban esos terminales a nombres en forma de alias o apodos; tenían los teléfonos móviles encima de la mesa, alguno lo abría y se lo pasaba uno al otro; separaban la carcasa exterior de alguno de los móviles, pero no llegó a ver si extraían la tarjeta o no; pero cuando se los intercambiaban referían cada móvil a algún apodo o alias. En el momento que uno de ellos entrega el móvil decía "este es" y asociaba un alias, era como



identificar cada móvil con un alias, en las blackberry es muy habitual. No pudo ver si eran blackberry pero entre los que después se intervinieron sí había blackberry. Duró como media hora desde que llegaron, tomaron la consumición y hablaron. No le parecieron excesivamente nerviosos pero sí cautos y vigilantes. Se levantaron, se fueron al mostrador, pagó Luis Manuel y se fueron juntos.

A preguntas de las defensas de Agustín y Luis Manuel y de la propia Sala, amplió su declaración, quedando patente el carácter conspiratorio de la reunión, tal como se explica en la sentencia.

Por último, es preciso recordar también la conversación telefónica que mantuvo Segundo con el coacusado Candido, que se ha analizado con detalle en el primer fundamento de esta sentencia.

Por consiguiente, los datos incriminatorios son plurales, coherentes, inequívocos y concluyentes, puesto que además vienen apoyados en prueba directa e indiciaria, generándose así un bagaje probatorio sólido, plural y de una incuestionable riqueza incriminatoria.

El motivo, por consiguiente, resulta inviable.

**QUINTO.** En el **motivo segundo**, con el mismo grado de confusión y falta de técnica procesal que se aprecia en la exposición del primero, la parte recurrente, después de recoger la argumentación del fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida y de citar los arts. 851 y 854 de la LECrim, alega que el Tribunal sentenciador expone con una candidez y una inocencia propia de un niño ("dicho con el debido respeto") que la desaparición de casi mil folios de las actuaciones es un error tipográfico en el foliado de las actuaciones que en ningún caso afecta al derecho de defensa de las partes en el presente procedimiento.

Muestra a continuación su sorpresa por la explicación que aporta la Sala de instancia a la desaparición de los folios, y en concreto que el Tribunal haga referencia a que el resto de las partes no se hayan adherido a la alegación efectuada; a que esta circunstancia haya sido manifestada ante el órgano sentenciador y no previamente ante el instructor; a la inexistencia de que un espacio temporal que justifique la ausencia de hechos relevantes para la causa; y, por último, discrepa de la manifestación de que exista prueba de cargo suficiente para obtener la condena de los acusados.

Frente a todo lo cual contrapone que la integridad del proceso penal no es únicamente labor de las partes, sino que es la obligación principal del Juzgado instructor así como de la Audiencia; y menciona el principio de igualdad que rige en el ámbito probatorio de un juicio penal, refiriéndose a la prueba que ha sido completamente amputada por esa desaparición.

Pues bien, toda la cuestión referente a la inexistencia de los folios 1099 a 2000 de la causa se plantea también por el recurrente Agustín en el motivo segundo de su recurso, por lo cual se tratará al examinar el siguiente recurso, y en concreto en el fundamento séptimo, adelantando ahora que esta Sala confirmará el criterio desestimatorio que ha acogido el Tribunal sentenciador.

Por todo lo cual, y por lo que se especificará en el fundamento séptimo, el motivo ha de desestimarse, y con él la totalidad de este recurso, imponiéndose a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

### C) Recurso de Agustín

**SEXTO . 1.** El **primer motivo** del recurso se formula al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por haberse infringido el art. 24 de la CE, en concreto el derecho a la **presunción de inocencia**, al no considerarse suficientemente acreditados, a través de prueba de cargo suficiente y legítima, los hechos declarados probados en sentencia en relación con la intervención de Agustín.

El recurrente niega haber participado en el plan para recibir el envío de la droga, objetando que en la argumentación de la sentencia se mezclan datos con meras hipótesis al mismo tiempo que se olvidan hechos esenciales.

En el escrito de recurso discrepa de los hechos nucleares que lo incriminan: que él hubiera ayudado a descargar en el local alquilado la mercancía donde tendría que hallarse la sustancia estupefaciente y también que estuviera dentro del local desde el mediodía hasta las cuatro de la tarde abriendo y manipulando las cajas donde debiera hallarse la cocaína. Y también manifiesta no estar de acuerdo con la versión que se da sobre su intervención en la conversación de la cafetería Cochabanba ese mismo día, a media tarde.

Alega no estar al tanto de la llegada de la cocaína, incidiendo en que él sólo fue contratado para distribuir unas flores, y que cuando llegó al local donde se hallaban depositadas, los acusados ya tenían que conocer el contenido de las cajas y también eran conscientes de que no había droga, llegando él bastante después al local con el único objetivo de distribuir las flores.



2. Pues bien, en contra de lo que alega el recurrente, en la sentencia recurrida se declara probado que el 29 de abril el acusado Segundo transportó la mercancía hasta el Mercado de la Teja, sito en la calle Melchor Cano nº 1 de Madrid, donde el día antes había concertado el arrendamiento de un local en el que guardar la mercancía.

En el Mercado de la Teja, el acusado Agustín aguardaba la llegada de la mercancía, que descargó e introdujo en el local ayudado por Segundo y el conductor del camión en el que se había transportado.

Agustín, en unión de otras dos personas que no han sido identificadas, permaneció en el local durante varias horas, entre el mediodía y las cuatro de la tarde, abriendo y manipulando las cajas. Una vez se percataron de que el envío no contenía la droga que esperaban, abandonaron el local.

Esa misma tarde, sobre las 17'30 horas, ante la sorpresa por el extravío de la droga, los acusados Segundo, Agustín y Luis Manuel se reunieron en la panadería/cafetería Cochabamba, donde mantuvieron un encuentro en el que Luis Manuel, en presencia de Segundo, le pidió explicaciones a Agustín. Además, en el curso de esa reunión, los tres acusados manipularon varios teléfonos móviles y se intercambiaron pseudónimos (nickname) para utilizar en los terminales.

El Tribunal sentenciador contó para verificar esos hechos con las manifestaciones prestadas en la vista oral del juicio por el Guardia Civil NUM002, quien manifestó que Segundo estuvo en la zona de aduana preparando la documentación aduanera, accedió a la zona de carga del muelle número 22, junto con el camión contratado, hicieron la carga de la mercancía, fueron a despachar a la aduana y pagar las tasas y documentación y se inició el seguimiento en el Mercado de la Teja. Se siguió al camión y al coche; el Opel Corsa lo conducía Segundo, llegaron al mercado por la parte trasera, sacaron las cajas, estuvo ayudándole una persona sudamericana que le conocen como Agustín; en una de las vigilancias se le detectó. Llegan y se ponen a descargar; el conductor del camión Iveco, Segundo y un sudamericano las metieron en el almacén. Tardaron más de media hora (pág. 12 de la sentencia).

Al margen de lo anterior, se le intervinieron en el registro de su domicilio un llavero con cinco llaves correspondientes al local arrendado en el mercado de la Teja; un resguardo fechado el 7 de mayo de 2015 de ingreso en efectivo de quinientos euros en la cuenta UK Twenty Points SL.; y un post-in de fecha 27 de abril de 2015 justificante del pago de la reserva del alquiler del local.

Por último, el recurrente estuvo presente e intervino con asiduidad en la reunión celebrada ese mismo día en la cafetería Cochabamba, de Madrid, a la que ya se ha hecho referencia *supra*. Según la agente de la Guardia Civil que hacía las vigilancias, en la reunión estuvieron presentes los acusados Luis Manuel, Segundo y Agustín. Y en el curso de la misma era Luis Manuel el que hacía las preguntas y Agustín contestaba. Mientras que hablaban entre ellos manipulaban los móviles y se los mostraban unos a otros señalando su contenido y se decían "este es", al mismo tiempo que referenciaban algún apodo o alias.

Por todo lo cual, el Tribunal sentenciador acaba concluyendo que las pruebas existentes contra este acusado son tan amplias y variadas que es posible afirmar, más allá de toda duda razonable, su participación consciente y deliberada en la realización de la importación ilegal.

Así las cosas, es claro que la Sala de instancia dispuso de una prueba de cargo plural, sólida y suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia que invoca el acusado.

Visto lo cual, el motivo resulta inviable.

**SÉPTIMO.1.** El **motivo segundo** se encauza por la vía procesal del art. 5.4 de la LOPJ, en relación con los arts. 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, invocándose en él la vulneración del art. 24 de la CE en relación con el art. 18.1 y 3 del mismo texto legal, así como la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 y resto de legislación de la Unión Europea, y la proscripción de la indefensión por denegación acceso al expediente y denegación a las bases de datos en relación con el *habeas data*. Así mismo, en juicio oral se reconoce la existencia de una investigación relacionada con la presente causa que no se ha incorporado al procedimiento.

En este apartado se objeta que, pese a ser solicitado en calificaciones y como cuestión previa, se denegó el acceso a parte de la información disponible, sin una motivación válida para ello y pese a que en los propios autos se refería, por ejemplo, la existencia de un análisis de riesgos sin que existiese constancia del resultado del mismo ni de ninguna fase de ese procedimiento.

Advierte la parte que choca la denegación del acceso a la plena información con el concepto de *disclosure*, concepto quizás novedoso en nuestro derecho, pero admitido ya en su plenitud a partir de la incorporación de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho de acceso a la información en los procesos penales, que ya antes el TEDH había vinculado con el derecho a un proceso con todas las garantías y al debido proceso.





En el escrito de conclusiones provisionales se interesaba el acceso al informe de análisis de riesgos que según el oficio inicial de la Guardia Civil se refería en el procedimiento, pues en él hablaba de que las detecciones de envíos de droga en aduanas se llevan a cabo mediante informes de la Unidad de Análisis de Riesgos. Dichos análisis parten de una información confeccionada tanto por la Agencia Tributaria como por la Guardia Civil, y pueden concluir señalando bien un contenedor concreto, o bien determinando un destinatario sospechoso, para el cual se establecen los llamados filtros informáticos ocultos a nivel nacional, los cuales se llevan a cabo mediante oficio a la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales. La parte interesó que se incorporara el informe de la Unidad de Riesgos y la clase de medidas adoptadas para la detección. Petición que fue denegada por auto de 7 de diciembre de 2016, sin perjuicio del derecho de la parte a interrogar a los testigos sobre la existencia del informe y ficheros y la facultad del Tribunal de ampliar la prueba a la vista de las informaciones obtenidas en el acto del juicio.

**2.** El Tribunal sentenciador dedica el fundamento primero de su sentencia a examinar las quejas relacionadas con la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa por ocultación de información relevante del proceso ( arts. 24 CE y 11.1 LOPJ ).

En ese fundamento, en lo que respecta al tema de los filtros secretos, se dice que resulta también muy ilustrativa la declaración realizada por la agente de Vigilancia Aduanera para despejar cualquier duda que pudiera entrañar su denominación, pues a tenor de su declaración no son más que alertas que conciernen a envíos sospechosos y, por tanto, su utilización no entraña ningún motivo de ilicitud.

La agente especificó que los filtros secretos son una herramienta que dispone la Aduana para marcar determinados envíos con el fin de que de manera automática aparezcan determinados avisos. Unas veces se considera oportuno establecer esta medida y otras veces no. Dijo que en este caso no tiene entendido que esta herramienta se utilizase. Si se hubiese utilizado, automáticamente se dan unos avisos; el aviso se puede diseñar en función de las necesidades; puede ser que se avise que esta empresa importadora trae flores, para que si vuelve a traer flores se avise. Se podría diseñar con otros parámetros, por ejemplo, que se avise si trae cualquier mercancía de Colombia. La herramienta lo que hace es avisar. Se puede diseñar que se avise al correo electrónico, alarma automática. La funcionaria realizó otras especificaciones sobre la materia.

En el caso examinado no se considera que las solicitudes sobre las informaciones relativas a los filtros secretos y a las unidades de riesgo y la forma en que le fueron comunicadas o explicadas a la parte, le generaran una indefensión material ni que le impidieran constatar la existencia de hechos relevantes para excluir o aminorar su responsabilidad penal.

**3.** De otra parte, y en lo que respecta a la queja relativa a que el expediente policial y después el judicial puedan haber sido objeto de "esterilización" para proteger otra investigación que desarrollaba la Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid por el Servicio de Asuntos Internos de la Guardia Civil, así como a eventuales colaboradores e informantes, y a la ocultación de identidades y el hecho concreto del desglose de los folios 1.099 al 2.000 de la causa, sin que conste una resolución judicial que lo acuerde ni diligencia de constancia de su realización que permita explicarlo, afirma la sentencia recurrida que resulta llamativo que, a pesar de su gravedad, tal alegación no haya tenido eco entre el resto de los defensores, que ni tan siquiera por vía de adhesión se han sumado a ella.

Todavía resulta más chocante -según el Tribunal sentenciador- que el defensor no haya concretado el motivo de la impugnación hasta la finalización del juicio, en el trámite de la prueba documental, inmediatamente antes de formular sus conclusiones definitivas. Pudo denunciarlo mientras la causa estuvo a cargo del instructor, pudo hacerlo también una vez concluido el sumario en el trámite de instrucción o proponer la prueba a practicar durante el juicio y, muy especialmente, en el curso de la audiencia realizada para examinar las cuestiones previas. En todos esos momentos, todavía era posible repararle en su derecho a no sufrir indefensión. Sin embargo, prefirió silenciar el motivo de impugnación invocando de un modo muy impreciso la existencia de indefensión.

Sólo cuando la reparación ya no era posible y cuando ni tan siquiera había posibilidad de indagar el defecto observado en el foliado, el defensor concretó la impugnación, imputando al órgano instructor una actuación sumamente irregular, consistente en la "esterilización" documental del expediente judicial.

Con estos antecedentes, considera el Tribunal sentenciador que la forma en que se ha conducido la parte no sólo es abusiva y entraña mala fe procesal ( art. 11.2 LOPJ ), sino que además es claramente reveladora del intento desesperado de convertir lo que aparentemente no es más que un mero error en el foliado del sumario, en una grave irregularidad determinante de la nulidad del proceso.

Acaba concluyendo la Audiencia que coincide con el Ministerio Fiscal en afirmar que ningún motivo de sospecha existe que permita suponer que se haya ocultado información relevante para la defensa de Agustín





, máxime cuando la irregularidad denunciada, el salto en la paginación del folio 1.099 al 2000, bien puede responder a un mero error, consecuencia de la realización manual del foliado. Refuerza esta conclusión el hecho de que se mantenga la secuencia temporal y documental en las actuaciones instructoras y, lo que es más importante, que nadie haya podido concretar cuál es la información supuestamente sustraída al conocimiento de este Tribunal.

Y también se rechaza en la sentencia por falta de acreditación y fundamento la explicación de que el origen de tan grave irregularidad se encontraría en la necesidad de preservar informaciones secretas de la investigación principal, desarrollada coetáneamente a este proceso, y que habría dado lugar a la detención de varias personas en las semanas siguientes a la de los acusados. Pues el defensor ha contado con la posibilidad de preguntar sin limitación alguna a los funcionarios a cuyo cargo estuvieron ésta y las otras investigaciones y, a pesar de ello, no ha podido establecerse otra conexión entre los tres procesos que la circunstancia, nada infrecuente por lo demás, de que en los tres hechos la intervención de la droga se produjera en el aeropuerto de esta capital, tal y como resulta de las sentencias de 13 de mayo y 7 de noviembre de 2016 dictadas, respectivamente, por las Secciones Sexta y Decimosexta de esta Audiencia Provincial.

Por todo lo cual, la Sala de instancia concluye que no puede establecer ninguna relación entre estas tres investigaciones y, por tanto, la impugnación realizada en la vista de cuestiones previas y ahora reiterada en el trámite de conclusiones definitivas y completada en el trámite de informes, ha de ser de nuevo rechazada por los mismos motivos que nos llevaron a rechazarla al iniciarse las sesiones del juicio oral.

La parte recurrente plasma en su escrito de impugnación un extenso excurso que comprende el derecho a la libertad informática o *habeas data* ( art. 18.4 CE ), la Directiva Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 DOUE 1/6/2012 relativa al derecho de información en los procesos penales; sobre el "disclosure", entendido como derecho a conocer, en el sentido de que existe un derecho a que sea revelada aquella información empleada en el procedimiento susceptible de ser relevante para el mismo; sobre la Divulgación Brady (EEUU), consistente en la obligatoria entrega de información y pruebas que puedan ser relevantes para determinar la culpabilidad, la inocencia o el castigo de un acusado en juicio, Divulgación que proviene de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso Brady contra Maryland, de 1963. Y también cita en su recurso el caso de Edwars y Lewis contra el Reino Unido, STEDH de 22 de julio 2003 ; el art. 67 del Estatuto de la Corte Penal Internacional; el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales, art. 8; varias directivas de la Unión Europea, además de la referida anteriormente, así como algunas Decisiones Marco como la 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008; las SSTS 470/2012 de 10 de octubre , y 44/2013, de 24 de enero , y algunas otras resoluciones de esta Sala y también del Tribunal Constitucional.

Toda la normativa y resoluciones consignadas por la parte recurrente van dirigidas a fundamentar el principio de *igualdad de armas* en el proceso penal, en el sentido de que un proceso entre partes no debe admitir la supremacía de una parte frente a las demás. Cuando ambas partes se encuentran al mismo nivel, tienen las mismas oportunidades, tienen las mismas noticias respecto al proceso, pueden disponer de los mismos medios de prueba, etc; nos encontramos con un sistema regido por dicho principio. Por el contrario, si el sistema de enjuiciamiento se organiza de manera que, una parte, la acusación pública, tenga predominio sobre la otra, aparece el principio de supremacía de la parte acusadora pública.

Pues bien, en el caso sometido a examen, tal como se ha concretado en su momento, no se aprecia una infracción del principio de igualdad de armas ni tampoco que a la parte se le haya generado una indefensión material que tenga repercusión en el resultado probatorio del proceso ni en la calificación jurídica de los hechos, ni por tanto en el fallo de la sentencia recurrida.

En virtud de lo que antecede, el motivo se desestima.

**OCTAVO . 1.** En el **tercer motivo** , al amparo del art. 5.4 LOPJ y el art. 852 de la LECrim ., denuncia el recurrente el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por vulneración del artículo 24.2 de la CE , en cuanto al derecho a ser juzgados por un **juez imparcial** , ya que se entiende que el Tribunal se ha excedido en sus funciones.

Mediante este motivo se queja la parte recurrente de la actitud mantenida por el Magistrado-Presidente de la Sala durante las sesiones de juicio oral. En concreto, cuestiona la intervención activa del Magistrado en prácticamente todos los interrogatorios practicados, realizando una batería de preguntas propia de cualquier representante del Ministerio Fiscal o letrado de la parte acusadora, conducta procesal que, según la defensa, denota un claro sesgo en la imparcialidad que debe regir en todos los Magistrados juzgadores, vulnerando el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías procesales proclamado por nuestra Constitución en su artículo 24.2 .



La parte recurrente considera que el Magistrado se ha exlmitado en su función de dirigir el debate en las sesiones de juicio oral, abusando claramente de la facultad de solicitar aclaraciones que le otorga el artículo 708 de la LECrim . Y así, reseña que en la sesión del día 17 de enero de 2016, día previsto para las declaraciones de los acusados, al finalizar la declaración del primer acusado le indica que le va a realizar unas preguntas para aclarar algún punto que no ha entendido de su declaración. Esta intervención empieza en el minuto 23 de la grabación y finaliza en el minuto 29. Al finalizar la declaración del segundo acusado, el Magistrado le advierte de su intención de pedir aclaraciones en relación a la última pregunta realizada por su letrado sobre la vinculación que tenía con la empresa que realizaba las importaciones. Esta intervención del Magistrado se inicia en el minuto 53:12 de grabación y finaliza en el 1:14:25.

La defensa del acusado, después de concretar en el recurso el contenido de los interrogatorios del Magistrado-Presidente, alega que ha quedado sobradamente demostrado que las intervenciones realizadas por el Magistrado-Presidente son como mínimo excesivas, más aún cuando la última intervención que ha narrado tiene una duración similar al interrogatorio realizado por las seis partes que intervienen en conjunto, Ministerio Fiscal y cinco defensas. Y remarca que esta conducta sigue repitiéndose a lo largo de la sesión.

Y así, señala el recurrente con relación a la declaración del cuarto acusado, Agustín , que tras finalizar el interrogatorio de la defensa, el Magistrado solicita dos aclaraciones: la primera, en relación a la declaración prestada por Segundo , el Magistrado expresa tener la impresión de que Agustín tenía una posición por encima de Segundo en la empresa, que era el jefe. Agustín responde que no tiene ninguna relación con la empresa Tuenti y que la única persona con la que se relacionaba era Segundo y que era éste quien le mandaba.

En segundo lugar, solicita una aclaración sobre la operación de clasificación de las flores que realiza Agustín el día 29 de abril. Esta aclaración, según la defensa, se extiende durante unos 10 minutos en la grabación.

En la declaración del quinto acusado el Magistrado no solo interviene realizando preguntas excesivas, según la defensa, y de amplio contenido, como en las anteriormente narradas, sino que también interrumpe precisamente al letrado del acusado que está declarando para realizar una serie de valoraciones sobre el cuidado y limpieza del vehículo del acusado por los papeles que le encontraron en el registro de su interior.

Unos diez minutos más tarde de la primera interrupción, sobre las 2 horas y 33 minutos de grabación, vuelve a cortar el interrogatorio de la letrada de la defensa para que aclaren de qué bar están hablando, a pesar de que el Ministerio Fiscal había preguntado sobre el mismo al acusado unos minutos antes.

En la sesión del día 24 de enero de 2016, día previsto para las declaraciones de los testigos, solicita aclaraciones a tres de los cinco testigos que declaran. Al primero de ellos le hace un interrogatorio para aclaraciones de 14 minutos. Al segundo de 9 minutos. En el curso del interrogatorio al tercero de los testigos se queja la parte de que el Presidente haya interrumpido en tres ocasiones a los letrados de las defensas, formulando preguntas para después devolver el turno a los letrados.

Señala la defensa que en el curso de las declaraciones testimoniales del día 25 de enero de 2016 el Magistrado tomó las riendas del interrogatorio realizando preguntas sin tregua. Tras más de 10 minutos de interrupción, le devuelve el turno al letrado para que continúe con el interrogatorio, ardua tarea después de semejante parón en el ritmo del interrogatorio, volviendo a interrumpir el interrogatorio del letrado solicitando aclaraciones que se alargan casi otros 10 minutos.

Alega la parte que en la declaración prestada por la testigo NUM003 , agente de vigilancia Aduanera num. NUM004 , interrumpe el interrogatorio del letrado de la cuarta defensa varias veces, una de las cuales por seis minutos.

En la sesión del día 26 de enero solicita otras aclaraciones de menor entidad.

A tenor de lo que antecede, aduce la parte que no se puede considerar que la participación del Magistrado en las sesiones del juicio oral haya sido imparcial, al no ajustarse a lo dispuesto en el art. 708 de la Lecrim , que describe la facultad mencionada en los siguientes términos: «El Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren». Sin embargo, no faculta para realizar un interrogatorio paralelo al practicado en el acto. La conducta mantenida por el Magistrado-Presidente en este procedimiento fue -a criterio del recurrente- la propia de un Juez instructor de la causa.

**2. Resumiendo la jurisprudencia de esta Sala** , se argumenta en la STS 86/2018, de 19 de febrero , que en cuanto a la imparcialidad del propio tribunal, como ya se dijo en las SSTS 31/2011, de 2 febrero , 79/2014, de 18 febrero , 766/2014, de 27 noviembre , y 467/2015, del 20 julio , en una interpretación ajustada a los principios constitucionales, contempla una relativa pasividad del Tribunal encargado del enjuiciamiento. Ello no impide la dirección del plenario, ni que se solicite al acusado o a algún testigo alguna aclaración sobre el contenido



de sus declaraciones, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 708 de la LECrim , que aunque sólo se refiere al testigo, se ha extendido en la práctica común a los acusados. No obstante, la jurisprudencia ha entendido que el Tribunal, para preservar su posición imparcial, debe hacer un uso moderado de esta facultad ( STS nº 538/2008 , de 1 de setiembre ; STS nº 1333/2009, de 1 de diciembre ); de modo que no exceda del debate procesal tal y como ha sido planteado por las partes, y que la utilización de la facultad judicial se limite a la función de aclarar el contenido del interrogatorio provocado por los letrados, lo cual excluye la formulación de preguntas de contenido inculpativo que pudieran complementar la actuación de la acusación.

No faltan otros precedentes que han puesto el acento en el significado procesal de esa iniciativa, perfectamente compatible con el exigido estatuto de imparcialidad del órgano decisorio. Así, la STS 1084/2006, 24 de octubre , tuvo oportunidad de precisar que la doctrina reconoce que una cierta iniciativa probatoria del Juez penal no es incompatible con el principio acusatorio y con el derecho al Juez imparcial; y, a este respecto, se pone de manifiesto que, en el ámbito de nuestro entorno europeo, los ordenamientos jurídicos de los Estados que han suscrito los mismos tratados internacionales que España (Alemania, Italia, Francia, Portugal) admiten con distintos matices y amplitud la iniciativa del Juez penal en materia probatoria (244, II del CP Alemán, art. 507 del Código Procesal italiano, art. 340.1º del Código Procesal portugués, art. 310 del Código Procesal francés).

En la STS 851/1999, de 31 de mayo , al analizar la posibilidad de que el Tribunal formule preguntas a los testigos para clarificar los hechos sobre los que declaran, se afirma que tal iniciativa constituye «una facultad que, utilizada moderadamente, no afecta a la imparcialidad del presidente, ni en los juicios ordinarios ni en los juicios con jurado, y puede permitir aclarar algún aspecto del testimonio que haya resultado confuso». Confirma esta línea interpretativa la doctrina proclamada por la STS 1216/2006, 11 de diciembre , conforme a la cual, el descubrimiento de la verdad material, que es una de las metas de la justicia penal (ex arts. 701-6º, 713 y 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ), permite, en el segundo párrafo del art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que, después del interrogatorio de las partes, el Presidente del Tribunal pueda dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes a depurar los hechos sobre los que declaren. Bien entendido que en todo caso el tribunal debe ser especialmente cuidadoso y prudente a fin de no comprometer su imparcialidad objetiva, que si bien es evidente que puede verse mayormente afectada por el contenido de la intervención en la práctica de la prueba, también puede verse afectada por la forma en que ésta se produce. En este sentido el tribunal debe preservar su apariencia de neutralidad e imparcialidad, de forma que de su conducta se infiera que únicamente intervienen con la ya señalada finalidad de precisión, puntualización y concreción de los hechos objeto de debate.

Durante el juicio el Juez o Presidente del Tribunal debe adoptar una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, como un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas ( STC 130/2002, de 3 de junio ). Pero neutralidad no equivale a pasividad, por lo que el Juzgador puede, y debe, desempeñar funciones de ordenación del proceso, dirigiendo los debates y cuidando de evitar las discusiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad ( artículo 683 Lecrim ), así como de garante de la equidad, el "fair play" y la buena fe entre las partes, evitando durante los interrogatorios las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes ( artículos 709 y 850 4º Lecrim ).

La STS 205/2016, de 10 de marzo , a la vez que reitera el contenido y la doctrina de la sentencia 721/2015 , precisa que dilucidar sobre una pérdida de imparcialidad objetiva en virtud de las preguntas efectuadas desde la Presidencia no es un tema puramente cuantitativo o aritmético como si hubiese un cupo de preguntas que no se pudiese rebasar. Esa valoración ha de efectuarse ponderando la totalidad de las sesiones del juicio oral y no examinando aisladamente un pasaje u otro. Dos preguntas pueden ser demasiadas cuando eran innecesarias y revelaban un evidente prejuicio. Veinte pueden ser pocas en un interrogatorio en que las partes han superado en mucho el centenar. Se tratará de comprobar si son preguntas que eran pertinentes y se revelaban como necesarias y útiles para esclarecer los hechos y no revelaban prejuicios infundados, sino afán de enjuiciar con fundamento sin dejar flecos sueltos.

Y en la STS 552/2015, de 23 de setiembre , se afirma que el art. 708 Lecrim autoriza al presidente del tribunal a formular preguntas aclaratorias a los testigos. Ahora bien, dado que en el proceso acusatorio y contradictorio las aportaciones probatorias (como la misma iniciativa de la persecución) son siempre, por definición, actividad de parte, la injerencia del juzgador en ese campo, salvo que lo buscado fuera, claramente, despejar una duda en beneficio del acusado, será siempre problemática, como posible expresión o riesgo, al menos, de cierta pérdida de la necesaria imparcialidad. En efecto, porque dado el juego de las posiciones parciales en el espacio escénico del proceso, cuando la pregunta de la presidencia no sea de aquella inspiración, difícilmente podría ser neutral y dejar de constituir un modo de subrogación (más o menos intenso) en el papel de la acusación. Lo que el Tribunal Constitucional llama una actividad inquisitiva encubierta ( SSTC



229/2003 y 334/2005) . Por eso, el recurso a la medida de que se trata debe ser rigurosamente excepcional, muy medido en su práctica, y nunca orientado a suplir eventuales deficiencias de una acusación poco activa o diligente. Único modo de evitar la pérdida de la imprescindible equidistancia.

El Tribunal Constitucional, en las sentencias que se acaban de citar: 229/2003 y 334/2005 , entendió que el límite a esta actuación del Presidente del Tribunal venía establecido por la exigencia de que la formulación de preguntas no fuera una manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, o una toma de partido a favor de las tesis de ésta "teniendo en cuenta que la justicia constituye un valor superior del ordenamiento jurídico ( arts. 1.1 CE ) y la tutela judicial efectiva un derecho fundamental de toda persona ( art. 24.1 CE ), para cuya protección el Juez necesita lógicamente conocer, con la mayor certeza posible, la realidad fáctica sobre la que ha de aplicar el Derecho, no parece jurídicamente admisible privar al órgano jurisdiccional de esta cuestionada iniciativa probatoria (que, en nuestro Derecho, cuenta con suficiente base legal), siempre que la misma esté ceñida a los hechos objeto de la correspondiente causa penal, que se trate de fuentes probatorias existentes en la propia causa, y que se respeten convenientemente los derechos de contradicción y de defensa de todas las partes implicadas en el proceso".

Por último, el TEDH admite, según recuerda la sentencia 315/2016 de esta Sala, que una limitada iniciativa probatoria por parte del Tribunal no conlleva necesariamente un quebranto del derecho a un proceso equitativo; y así en sentencia de 6 de diciembre de 1998, asunto Barberá, Messegué y Jabardó contra España señala, en primer lugar, que aunque la legislación española deja a las partes una cierta iniciativa para proponer y presentar pruebas, eso no dispensa al tribunal de instancia de asegurar el respeto a las exigencias del artículo 6 del Convenio en la materia (ver especialmente, mutatis mutandis, la sentencia Goddi de 9 de abril de 1984 ). Además, los artículos 315 y 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habilitan tanto al juez de instrucción como al Tribunal para procurarse las pruebas que estimen útiles para comprobar la verdad (§ 75).

**3.** Al trasladar al **caso concreto** la precedente doctrina jurisprudencial, se aprecia que no se está ante un supuesto en que el Magistrado Presidente hubiere perdido su imparcialidad.

Es cierto que las preguntas formuladas por el Presidente del Tribunal fueron quizás algo excesivas por el número y por el tiempo en que se dilató el interrogatorio que se le atribuye, a tenor de todos los datos que se van especificando de forma meticulosa en el escrito de recurso. De modo que se apartan en alguna medida de la práctica habitual en esa clase de intervenciones clarificadoras atribuibles al Presidente del Tribunal. Desde esa perspectiva puede decirse por tanto que no se está ante un modelo o patrón ideal o ejemplar que deba marcar una línea a seguir.

Sin embargo, tampoco puede estimarse, como sostiene la defensa, que el Presidente del Tribunal haya realizado el interrogatorio propio de un representante Ministerio Fiscal, y que por lo tanto se ha infringido el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías procesales.

Del contexto del interrogatorio, a pesar de los excesos que cita la parte recurrente, no se aprecia una actitud ni un proceder del Magistrado de signo incriminatorio que permita hablar de una pérdida de la imparcialidad, ni tampoco que las intervenciones en los interrogatorios fueran "extremadamente desorbitadas", como señala la parte, sino a lo sumo algo más excesivas de lo habitual.

En consecuencia, el motivo se desestima.

**NOVENO . 1.** En el **motivo quinto** (se ha renunciado al cuarto) invoca la defensa, al amparo del art. 849.1º de la LECrim , la infracción del art. 370.3 del Código Penal , por la indebida aplicación de la **hiper-agravante de comercio internacional** . Subsidiariamente al motivo de presunción de inocencia, esta parte entiende que no se puede aplicar la agravante de comercio internacional.

Aduce la defensa que la sentencia no detalla ni describe las operaciones internacionales llevadas a cabo en su actividad ilícita por los condenados. Y remarca que no recoge en el relato de hechos probados extremo alguno descriptivo de una operación de comercio exterior. Una cosa es una importación con destinatario a una sociedad y otra una operación de comercio que además exige por su propia naturaleza que uno de los dos operadores mercantiles se encuentre en el exterior. Se confunde así este subtipo con lo que sería una vuelta al contrabando como delito autónomo.

Además, en el caso de que existan operaciones de comercio internacional, Agustín , no participó en la simulación de la operación de comercio, ya que en la sentencia se le ubica en el Mercado de la Teja aguardando la llegada de la mercancía, que descargó e introdujo en el local ayudado por Segundo y el conductor del camión en el que se había transportado. Por lo tanto, el Sr. Agustín no realiza ninguna acción relativa al envío de la droga, ni tampoco es destinatario del envío, ni propietario o administrador de la empresa. Y según la reiterada jurisprudencia, ha de aplicarse la agravante de comercio internacional atendiendo al papel realizado por cada persona.





2. La cuestión ya ha sido tratada en el fundamento segundo de esta sentencia. Allí se dijo que estábamos ante tres operaciones simuladas de venta de flores de una empresa colombiana a otra española, siendo lo cierto que la empresa que detentaban los acusados no se dedicaba en modo alguno a la compraventa de flores, sino que fue dada de alta en Hacienda y operó únicamente con el fin de cometer la actividad delictiva que ahora se juzga.

Desde la perspectiva del autor ahora recurrente, sostiene en su recurso que él no realizó ninguna intervención relacionada con el transporte y envío de la mercancía a España, ni tampoco es el propietario ni el administrador de la empresa, habiéndose limitado según los hechos probados a recibir la mercancía en el local destinado a depositarla y también a descargarla y a revisar las cajas.

Sin embargo, contradiciendo su alegación, en la sentencia recurrida se declara probado que los cuatro acusados se concertaron para introducir en España una partida de cocaína ocultándola en una importación de flores frescas que habría de ser enviada desde Colombia. A lo cual ha de sumarse que él era el experto en temas de flores, dado que de los cuatro acusados era la única persona que se relacionaba con la distribución de flores, según se recoge en las actuaciones.

Por consiguiente, si el acusado era el experto en flores e intervino en la concertación de la operación, tuvo un papel relevante en que las operaciones simuladas se relacionaran con una actividad en la que era experto. Es más, después fue la persona encargada de ir distribuyendo la mercancía de flores que quedaba en el local, hasta que finalmente fue detenido. Y a ello ha de añadirse que fue quien dio cuentas al cocausado Luis Manuel en la cafetería Cochabamba del contenido real de la mercancía y de las razones por las que no había aparecido la cocaína en las cajas remitidas desde Colombia.

Así las cosas, no puede admitirse que su intervención como experto en la distribución de flores no fuera relevante en esa clase de operaciones, sino que contribuyó con su conducta de manera sustancial para que fuera precisamente esa actividad comercial la que se utilizara como señuelo o ardid para ocultar el transporte de la cocaína.

En consecuencia, el motivo se desestima.

**DÉCIMO . 1.** El **motivo sexto** lo dedica la defensa, al amparo del art. 849.1º LECrim , a denunciar la infracción de los arts. 368 y 370.3 CP , por considerar que los hechos no son constitutivos de delito o, en todo caso, su participación debería ser calificada de **cómplice** y no de autor, por lo que también se consideran infringidos los arts. 28 y 29 C.P .

Arguye el recurrente que de los hechos se deduce que su conducta es subalterna, pues éste no es importador, ni la transporta desde el aeropuerto, ni la distribuye. E incide también en que, asumiendo que el relato de los hechos recoge que Agustín tiene algún tipo de participación en los mismos, se cuestiona que su intervención pueda ser calificada como la de un autor, proponiendo como alternativa la complicidad.

Señala la parte que del "factum" se deduce, tal y como ha quedado acreditado, tras el resultado de la prueba practicada, que el recurrente no es parte operativa de la trama del tráfico de drogas, no participó en las gestiones realizadas, ni en la importación o transporte de la sustancia. Ni era el destinatario de la sustancia estupefaciente ni consta siquiera en qué forma estaría implicado en la operación de transporte de la droga a España. No cabe duda, pues, de que se está ante una conducta de naturaleza accesorio, periférica o secundaria con respecto al hecho nuclear del transporte de la cocaína hasta España. No puede hablarse nada más que de colaboración mínima, por su carácter episódico, o de conducta auxiliar de escasa relevancia. El grado de intensidad de la colaboración de D. Agustín para que la sustancia llegara hasta su destino fue muy escaso, por no decir ninguno.

2. La tesis de la complicidad que postula la parte no puede, sin embargo, acogerse, a tenor de las pautas jurisprudenciales que sobre esa materia sigue este Tribunal.

En efecto, en el **ámbito concreto del delito contra la salud pública** de tráfico de drogas, se subraya en las sentencias de esta Sala la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal , dada la amplitud con la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del "favorecimiento del favorecedor", con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 ( SSTS núm. 93/2005, de 31-1 ; 115/010, de 18-2; 473/2010, de 27-4 ; 1115/2011, de 17-11 ; y 207/2012, de 12-3 ).





Y así, se afirma que respecto de la complicidad en sentido estricto esta Sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, como ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar ( STS 1276/2009, de 21-12 ).

En las sentencias de esta Sala se han señalado como casos de auxilio mínimo o colaborador de escasa relevancia incluíbles en el concepto de complicidad, entre otros, los siguientes: a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores; b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía; c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas; d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación; e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga ; f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga ; g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico; h) la colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma ( SSTS 312/2007, de 20-4 ; 960/2009, de 16-10 ; 656/2015, de 10-11 ; y 292/2016, de 7-4 ).

**3.** Al descender ya al **caso concreto** y operar con los criterios que se acaban de desglosar, se aprecia que el recurrente, según se desprende del "factum" de la sentencia recurrida, que debe permanecer ahora incólume por examinarse de un motivo de infracción de ley, era una de las cuatro personas que se concertaron para introducir en España una partida de cocaína ocultándola en una importación de flores frescas que habría de ser enviada desde Colombia. A lo cual ha de sumarse que él era el experto en temas de flores, dado que de los cuatro acusados era la única persona que se relacionaba con la distribución de flores, según se recoge en las actuaciones. Y además realizó la labor de descargar las partidas de flores que iban en el camión que recogió la mercancía en el aeropuerto. En efecto, descargó las cajas y las introdujo en el local, las abrió para verificar si contenían la droga y se reunió con los otros acusados para analizar la desaparición de la mercancía del interior de las cajas sin que ellos pudieran llegar a depositarla en el inmueble alquilado al efecto.

Siendo así, no puede asumirse el criterio de la parte recurrente de que nos hallemos ante una conducta periférica o secundaria del acusado, sino que ésta presentaba las connotaciones de una coautoría incuestionable del transporte de la droga hasta España.

En virtud de lo que antecede, el motivo resulta inviable.

**UNDÉCIMO . 1.** En el **motivo séptimo** reivindica la parte recurrente, por el cauce procesal del art. 849.1º LECrim , que la aplicación del tipo penal se haga en grado de **tentativa** ( art. 16 CP ) y no en el de consumación.

Se argumenta al respecto que el relato de hechos probados cuando trata de especificar en qué consiste la conducta de Agustín , recurrente en el presente, no describe nada más que hechos posteriores a que la droga haya sido incautada por la guardia civil y sus actuantes. Esto entraría en la categoría de tentativa, dado que la consumación del delito nunca hubiere llegado a producirse al existir el anterior control policía, y haría al recurrente acreedor a la oportuna rebaja punitiva, interesando que se aminore en dos grados.

Sin apartarse del hecho probado como exige esta vía casacional, se evidencia que el acusado no llega a tener la disponibilidad pacífica de la sustancia como consecuencia de la intervención policial, que desplegó un dispositivo de entrega vigilada. Con independencia de cualquier otro motivo de casación, y en base al contenido de la sentencia se debe concluir -a criterio de la defensa- que su entrada en los hechos se produce tras el control por la policía, con lo que su actuación no pone en riesgo el bien jurídico protegido, tratándose pues de una tentativa.

Por todo lo anterior, la parte postuló que se estime este motivo (para el caso de ser desestimados los que implican la absolución) y previos los trámites oportunos se dicte sentencia en la que, casando la recurrida, se reduzcan las penas en atención al mandato contenido en el art. 62 del CP .

**2.** La **aplicación jurisprudencial** del concepto de tentativa en los delitos contra la salud pública de tráfico de drogas ya fue expuesta en el fundamento tercero de esta resolución al examinar el recurso de Candido , rechazándose su pretensión.

Ahora la defensa del recurrente Agustín aduce que en la actuación de este acusado sí concurren los elementos propios de la tentativa, argumentando para ello que, a tenor de la literalidad de los hechos declarados probados, sólo intervino en la ejecución del delito a partir del momento en que la droga ya se hallaba en España controlada judicialmente, realizando labores de descarga de las cajas con la mercancía de flores cuando ya había sido extraída y apartada por la policía la sustancia estupefaciente transportada.



Pues bien, contrariamente a lo que alega la parte recurrente, la intervención del acusado fue anterior al envío de la cocaína a España. Pues en la narración de los hechos probados se consigna que Agustín y los otros tres recurrentes se concertaron para introducir en España una partida de cocaína, ocultándola en una importación de flores frescas que habría de ser enviada desde Colombia. Operación de transporte e introducción que se llevó a cabo por medio de la empresa mercantil UK Twenty Points SL., llegando la cocaína a España oculta entre una importante partida de 108 cajas de flores el día 28 de abril de 2015.

Es claro, en consecuencia, que intervino en la operación de transporte de la droga por vía aérea con anterioridad a que los más de 17 kilos de cocaína base viajaran desde Sudamérica a España, hasta ser descargada en el Aeropuerto de Madrid-Barajas.

Por consiguiente, tal como expusimos con respecto a otro de los recurrentes, la conducta de colaboración con los otros tres acusados para que se materializara la operación de transporte de la droga tuvo lugar con anterioridad a que la droga saliera de Sudamérica, contribuyendo así a que se iniciaran los actos de transporte y que la droga viajara hasta el aeropuerto en que fue intervenida. Por lo cual, es patente que con su comportamiento el acusado colaboró a que la cocaína fuera transportada hasta territorio español con el fin de que fuera destinada al tráfico ilícito, del que una primera fase era el transporte de la sustancia.

El motivo por tanto se desestima, y con él la totalidad del recurso, imponiéndose al impugnante las costas de esta instancia ( art. 901 LECrim ).

#### D) Recurso de Luis Manuel

**DUODÉCIMO. 1.** En el **motivo primero** denuncia la parte, bajo la cobertura procesal del art. 852 LECrim , en relación con los artículos 5.4 , 238 y 240 de la LOPJ , la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución , en su vertiente del derecho a un proceso con las debidas garantías, en relación con el 18 de del texto constitucional, por haberse obtenido las pruebas con vulneración del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, interesándose la nulidad de actuaciones en virtud de ello, dado que el auto inicial que autoriza la entrega vigilada y las **escuchas telefónicas** carece de motivación alguna. Y lo que resulta aún más grave, el oficio de la Guardia Civil y del Servicio de Vigilancia Aduanera carece de autor conocido, habiendo admitido el firmante que, pese a estampar su firma, el oficio no es obra suya.

Alega la parte que en el acto del juicio oral, el agente de la Guardia Civil de Tres Cantos NUM001 , instructor de las presentes actuaciones, manifestó que en la solicitud al Juzgado de Guardia para que autorizase la apertura, la entrega controlada, la retirada de la sustancia y una intervención telefónica aparece el membrete de la Guardia Civil del aeropuerto y también de la Agencia Tributaria, figurando el oficio firmado por la representante o administradora de Aduanas, pero no por él, ni por ningún miembro de la Guardia Civil del aeropuerto. Sin embargo, el Agente de Vigilancia Aduanera NUM005 , también instructor de las presentes actuaciones, manifestó que el informe inicial de solicitud al juzgado lo realizó la Guardia Civil de Tres Cantos, siendo este grupo el que elaboró también el atestado, ignorándose por qué no aparece ningún miembro Guardia Civil del aeropuerto en el atestado.

En virtud de lo expuesto, entiende la parte que la intervención de las comunicaciones practicada en las presentes actuaciones adolece de nulidad radical y procede por tanto aplicar lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ .

**2.** El **Tribunal Constitucional** ha venido señalando reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las **razones fácticas y jurídicas** que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas -en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002 ; 167/2002 ; 184/2003 ; 165/2005 ; 136/2006 ; 197/2009 ; y 26/2010 ).

También advierte que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, **el presupuesto habilitante** de la intervención telefónica, constituye **un prius lógico** del juicio de proporcionalidad ( SSTC 49/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 3 ; 165/2005, FJ 4 ; 219/2006 ; 220/2006 ; 239/2006 ; y 253/2006 ).

Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son **algomás que simples sospechas** , pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, "**sospechas fundadas**" en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser **accesibles a terceros** , sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar **una base real** de la que



pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Han de excluirse las *investigaciones meramente prospectivas*, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las *hipótesis subjetivas* y a las *meras suposiciones y conjeturas*, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido ( SSTC 49/1999 ; 166/1999 ; 171/1999 ; 299/2000 ; 14/2001 ; 138/2001 ; 202/2001 ; 167/2002 ; 261/2005 ; 136/2006 ; 253/2006 ; 148/2009 ; 197/2009 ; 5/2010 ; y 26/2010 ).

Matiza el Tribunal Constitucional que el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia; la **fuentes del conocimiento** y el **hecho conocido** no pueden ser la misma cosa ( SSTC 299/2000 ; 167/2002 ; y 197/2009 ). Sin que, además, la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios y la ausencia de los datos indispensables pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma ( SSTC 138/2001 y 167/2002 ).

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, **integrada incluso con la solicitud policial**, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva ( SSTC 200/1997 ; 166/1999 ; 171/1999 ; 126/2000 ; 299/2000 ; 138/2001 ; 202/2001 ; 184/2003 ; 261/2005 ; 136/2006 ; 197/2009 ; 5/2010 y 26/2010 ).

Por su parte, este **Tribunal de Casación**, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones ( SSTS 77/2007, de 7-2 ; 610/2007, de 28-5 ; 712/2008, de 4-11 ; 778/2008, de 18-11 ; 5/2009, de 8-1 ; 737/2009, de 6-7 ; 737/2010, de 19-7 ; 85/2011, de 7-2 ; 334/2012, de 25-4 ; y 85/2013, de 4-2 ) que de la nota de la judicialidad de la medida de la intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre 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.

La medida -señalan las sentencias citadas de este Tribunal- debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y expresar una motivación o justificación suficientes. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia 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 facilitados por la policía han de tener un grado de objetividad que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Deben ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, 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 investigación 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. 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-. Se trata de términos semejantes a los que se emplean en el art. 579 LECrim .

**3.** En el oficio remitido al Juzgado se informa que como resultado del análisis de riesgo efectuado por los componentes de la Unidad de Análisis de Riesgo del Aeropuerto de Madrid-Barajas, se detectó en el depósito temporal de la firma IBERIA del recinto aduanero de la Aduana Barajas, la existencia de una mercancía amparada con el nº de conocimiento NUM006 , procedente de Colombia, con un peso declarado de 1219 Kilogramos, reseñando un contenido de flores frescas. Una vez observado el origen la mercancía declarada y examinada a través de rayos X, presentó una densidad que pudiera corresponder a sustancias estupefacientes, siendo los datos del remitente: Verdes la Estación SAS VDA BOCAJA, Bogotá Colombia; y del destinatario: Uk Twenty Points SRL, Clara del Rey, 39, Madrid.

Sobre la base de lo anterior, por parte de la Unidad de Análisis de Riesgo de esta Administración de Aduanas se procede a la apertura de dicho envío, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley Orgánica 12/95 de Represión del Contrabando , al artículo 68 del Reglamento de la CEE , Aduana del Aeropuerto de Madrid-Barajas (28042, Madrid Tel. 91-7438762, Fax 91-7438771, número 2913/92 del Consejo de 12/10/1992), y en el Reglamento aprobado en el XX Congreso de la Unión Postal Universal de Washington de 14 de diciembre de 1989 que fue ratificado por España el uno de junio de 1992, en las Actas aprobadas por el XXII Congreso de la Unión Postal Universal hecho en Beijing el 15 de septiembre de 1999, que fue ratificado por España el catorce de enero de 2005, así como la orden PRE/773/2010 de 24 de Marzo, sobre el despacho de Aduanas



de envíos que circulan por correo a través de las cabeceras de zona aduanera del Ministerio de la Presidencia, resultando que se encuentra una sustancia de polvo blanco en el interior de los separadores de las flores, que al aplicarle el reactivo narco-test da positivo a cocaína. Desplazados al domicilio social del destinatario sito en la calle Clara del Rey se comprueba que no existe dicha empresa.

Con esos sugestivos antecedentes policiales, la Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción nº 52 de Madrid dictó un auto el 28 de abril de 2015 (folios 42 y ss de la causa) en el que se hacía constar como antecedente la intervención en el Aeropuerto de Madrid-Barajas del envío de una partida de flores frescas, que, una vez abierta y examinada, pudo comprobarse que en el interior de los separadores de flores contenía un polvo blanco que al practicarle el reactivo narcotest dio positivo a la cocaína.

En el auto se fundamenta de forma singularizada la procedencia de la aplicación del art. 263 de la LECrim para realizar una entrega controlada y también del art. 579 del mismo texto legal para autorizar la intervención del teléfono que proporcionó en las oficinas de la Aduana del aeropuerto el acusado Segundo, cuando compareció el día 29 de abril a retirar la cajas de mercancía que contenían la sustancia estupefaciente.

Se está, pues, ante un supuesto en el que, en contra de lo que arguye la parte recurrente, concurren sin duda los supuestos fácticos imprescindibles para poder hablar de las sospechas fundadas y de las buenas razones a que se refiere la jurisprudencia constitucional y de esta Sala para adoptar medidas de investigación que llevan consigo la restricción de derechos fundamentales de los imputados. En este caso el derecho al secreto de las comunicaciones.

En vista de los datos que se acaban de exponer, la Juez de Instrucción dictó el referido auto en el que se acordó la entrega controlada de la mercancía que albergaba la sustancia estupefaciente y también la intervención del teléfono de uno de los acusados contando para ello con datos objetivos que legitimaban ambas decisiones. Pues la medida era idónea para el fin que se pretendía. También era necesaria, dado que, tras apreciar los notables indicios de que el investigado se hallaba claramente implicado en un tráfico de cocaína a gran escala, la medida era necesaria para investigar lo que se presentaba claramente como una red de personas dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes. Y por último, al tratarse de un presunto delito grave, puesto que conllevaba una pena que superaba claramente los cinco años de prisión, la autorización judicial cumplimentaba igualmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto a la alegación concreta que formula la defensa en el sentido de que el oficio no aparece firmado por ningún miembro de la Guardia Civil que confeccionó el atestado, carece de consistencia enervadora alguna toda vez que en las diligencias se especifica que actuaron conjuntamente la Guardia Civil y los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, y lo cierto es que el oficio aparece impreso con el membrete de la Agencia Tributaria y de la Dirección General de la Guardia Civil. Si además se repara en que el oficio aparece firmado por la Administradora de la Aduana y que los funcionarios de la Guardia Civil lo ratificaron en el curso de la causa, sólo cabe desestimar el alegato sobre ese aspecto meramente formal relativo al oficio policial.

Así las cosas, el motivo se desestima.

**DECIMOTERCERO. 1.** En el **motivo segundo** se invoca por la defensa, con sustento procesal en el art. 852 de la LECrim, en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24 de la Constitución, en su vertiente del derecho a la **presunción de inocencia**, al haber sido condenado el recurrente sin prueba de cargo válida capaz de enervar la presunción de inocencia.

Considera la parte que no ha sido practicada prueba suficiente que permita la inferencia lógica necesaria para acreditar la culpabilidad del acusado y que no concurre una pluralidad de indicios externos que avalen la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador.

Señala que no ha quedado acreditado que tuviera algún tipo de relación con la empresa empleada para el envío de la sustancia estupefaciente ya que no hay nada que le relacione con ella. Tampoco se habría probado que llevase a cabo ningún trámite relacionado con la empresa, ni que acudiese a la gestoría en ningún momento, como indicó el gestor que declaró en juicio, quien afirmó que los agentes le visitaron en varias ocasiones interrumpiéndole en su trabajo, y que al final firmó la foto que los agentes le señalaban, manifestándoles en dicho momento que creía probable que le sonara la cara porque les haya visto por la calle, no estando seguro de que fueran dos de las personas que fueron a la gestoría a acompañar a Segundo, que era con quien el gestor trataba.

Refiere también que incluso el resto de coinvestigados que sí han reconocido tener algún tipo de relación con la empresa manifestaron que el recurrente no tenía ninguna relación con ella, no siendo la persona que se encargaba de realizar los pedidos ni quien informaba que iba a llegar un envío. No establecía la ruta de reparto ni tampoco alquiló el almacén, ni, en definitiva, impartió instrucciones al respecto.





Aduce igualmente que no ha quedado acreditado que tuviera conocimiento ni ningún tipo de participación en el envío de las flores que contenían la sustancia intervenida, puesto que no fue advertida su presencia ni en el aeropuerto ni en el mercado de La Teja, ni hay nada que le relacione con el mismo, a pesar de haber sido investigados los teléfonos que se le intervinieron.

Los agentes de la Guardia Civil y de Vigilancia Aduanera que declararon en el juicio oral lo único que pudieron observar es que se reunió en un par de ocasiones con varios de los coinvestigados, o, como ellos mismos reconocieron, se encontró, ya que nada acredita que se concertaran previamente para ello, a pesar de las intervenciones telefónicas practicadas. Una de las reuniones era además de escaso interés puesto que fue con uno de los coinvestigados que ha sido absuelto al no quedar acreditado que tenga relación alguna con los hechos.

2. Sin embargo, en contra de lo que alega el recurrente, el examen de las actuaciones y de la motivación de la sentencia recurrida pone de relieve datos probatorios objetivos que contienen elementos de convicción suficientes para enervar la presunción constitucional.

En este sentido, argumenta el Tribunal sentenciador en el fundamento quinto de la sentencia recurrida que, aunque el acusado Luis Manuel , a diferencia de Segundo o Agustín , no llegó a tener relación directa con la mercancía en la que se ocultaba la droga, tal circunstancia no es infrecuente que se dé en las actividades de narcotráfico a gran escala, cuyos principales responsables se mantienen en un segundo plano para evitar ser descubiertos.

En esa línea inculpativa resalta la Audiencia que fue Luis Manuel quien propuso a Segundo participar en la actividad delictiva, según consta en la declaración de este último, ya que manifestó que era Luis Manuel quien se encontraba detrás de esta operación de importación de sustancia estupefaciente, para lo que recurrió a la empresa UK Twenty Points SL, inactiva desde hacía años.

El coacusado Segundo explicó que llamó a Luis Manuel porque carecía de trabajo y él le ofreció esto. Lo de trabajar en la empresa de Candido se lo propuso Luis Manuel , habló con Candido y le dijo que le parecía bien.

El Tribunal argumenta que fue Segundo quien, a comienzos del mes de abril, acompañó a Candido a la gestoría para realizar el acta censal de la empresa y poder utilizarla para la actividad delictiva, hecho al que no fue ajeno Luis Manuel , como evidencia que en su poder se hallase el justificante de pago de la deuda por importe de novecientos euros que la mercantil UK Twenty Points SL mantenía con la Agencia Tributaria, cuyo pago era precisamente condición inexcusable para que la empresa pudiese recuperar su actividad y actuar como compañía importadora, tal y como resulta de la declaración realizada por el gestor, quien manifestó que un compañero fue a Hacienda para solicitar un certificado de deuda y, una vez obtenido, se lo comunicaron al administrador de la sociedad; al cabo de varios días lo pagaron, pues la empresa aduanera les había pedido esta documentación de pago de deudas.

El documento de pago fue hallado en poder del recurrente, quien pretendió exculparse alegando que se trataba de un suceso accidental, pues habría sido Segundo quien dejó el documento olvidado en el vehículo de Luis Manuel , circunstancia que negó aquél, no convenciendo al Tribunal las alegaciones exculpativas del ahora impugnante, y sí en cambio lo expuesto por el coacusado Segundo .

De otra parte, también figura en las actuaciones como dato relevante la reunión que tuvo lugar en la tarde del día 29 de abril de 2015 en la cafetería Cochabamba de Madrid, a la que ya nos hemos referido al analizar la prueba de cargo existente contra los acusados Agustín y Segundo , que eran las otras dos personas que se hallaban dentro del local donde fue depositada la mercancía importada.

En esa reunión, como ya se expuso en los fundamentos cuarto y sexto de esta sentencia, mantuvieron una conversación en la que era Luis Manuel el que hacía las preguntas y Agustín el que contestaba. Los acusados manipulaban los teléfonos y asociaban esos terminales a nombres en forma de alias o apodos; tenían los teléfonos móviles encima de la mesa, alguno lo abrió y se lo pasaba uno al otro; separaban la carcasa exterior de alguno de los móviles, pero no llegó a ver la testigo si extraían la tarjeta o no, pero cuando se los intercambiaban referían cada móvil a algún apodo o alias. En el momento que uno de ellos entrega el móvil decía "este es" y asociaba un alias, era como identificar cada móvil con un alias, en las blackberry es muy habitual. No pudo ver la funcionaria si eran blackberry pero entre los que se intervinieron sí había blackberry. Duró como media hora la reunión desde que llegaron, tomaron la consumición y hablaron. No le parecieron excesivamente nerviosos pero sí cautos, vigilantes. Se levantaron, se fueron al mostrador, pagó Luis Manuel y se fueron juntos.

Por consiguiente, las manifestaciones con las que el coacusado Candido inculpa al recurrente como principal factótum de toda la operación han quedado corroboradas por el documento hallado en poder de Luis





Manuel y por la reunión celebrada el mismo día en que resultó fallida la recogida de la droga en el aeropuerto de Madrid- Barajas.

La Audiencia dispuso, pues, de prueba de cargo suficiente para fundamentar la autoría del recurrente Luis Manuel , desvirtuando con prueba directa e indiciaria la presunción constitucional que protege al acusado.

En motivo resulta así inatendible.

**DECIMOCUARTO. 1.** En el **tercer motivo** alega la defensa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim , en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho a la **tutela judicial efectiva** comprendido en el artículo 24 de la Constitución , en su vertiente del derecho a un proceso con las debidas garantías, al dictarse una resolución judicial contraria al canon constitucional de motivación.

Según la parte, la argumentación expresada por la Audiencia en su sentencia es objetable desde la perspectiva de la necesaria racionalidad y congruencia exigibles para formular la inferencia acreditativa de la culpabilidad del recurrente, y por tanto no cumple con las exigencias legales de motivación, vulnerando el mencionado derecho fundamental del acusado, por lo que procede su revisión en la labor de control que tiene atribuido el órgano casacional.

**2.** La parte recurrente reitera en este motivo con expresión de las mismas quejas y argumentos probatorios su discrepancia con las razones expuestas por la Sala de instancia para fundamentar la autoría del acusado. Enfoca sus divergencias en el ámbito de la motivación, alegando que los argumentos del Tribunal carecen de racionalidad y de congruencia, pero lo único que hace en sus alegatos es reiterar lo que ya dijo en el motivo anterior; es decir, oponer a la versión de la sentencia la suya propia, sin aportar ningún argumento nuevo de los que vertió en su momento.

Por lo tanto, sólo cabe dar por reproducido lo que ya se dijo en el fundamento precedente sobre la suficiencia de la prueba de cargo y los razonamientos en que la sustentó el Tribunal sentenciador.

El motivo no puede por tanto prosperar.

**DECIMOQUINTO. 1.** El **motivo cuarto** , formulado a través del cauce procesal previsto en el artículo 849.1º LECrim , lo dedica la parte a denunciar la **aplicación indebida de los artículos 368 , 369.1.5ª y 370.3** del Código Penal , al no haber quedado acreditada la concurrencia de los elementos típicos de los referidos preceptos y, sobre todo, por no constar la concurrencia de los elementos típicos del tipo agravado de comercio internacional.

Aduce la defensa que de los hechos probados de la sentencia no se infiere la realización por parte del recurrente de los elementos típicos de los artículos 368 , 369.1.5ª y 370.3 del Código Penal , por lo que los mismos han sido aplicados indebidamente, siendo en último caso de aplicación lo dispuesto en los artículos 368 y 369.1.5ª CP , al no quedar acreditada la concurrencia de los elementos típicos del tipo agravado de comercio internacional, por lo que la pena a imponer debería haber sido únicamente la pena superior en grado respecto a la señalada en el artículo 368 CP y no en dos grados, como ha sido indebidamente aplicada.

**2.** Partiendo siempre de la premisa de que los hechos declarados probados se consideran ahora inamovibles al denunciar una infracción de ley y no ya un error en la apreciación de la prueba ni tampoco la vulneración de la presunción de inocencia, extremos que ya se han dirimidos, resulta claro que la queja del recurrente no puede prosperar. Pues en la sentencia se declara probado que los cuatro acusados se concertaron para introducir en España una partida de cocaína ocultándola en una importación de una partida de flores frescas que fue enviada desde Colombia, y también se considera probado que el mismo día en que se frustró la recogida de la droga en el aeropuerto fue el ahora recurrente quien pidió explicaciones a otros dos acusados sobre el fracaso de la operación, y fue considerado por uno de ellos como el factótum de toda la acción delictiva. A tenor de lo cual, no cabe duda de que le han sido aplicados correctamente los preceptos penales arriba citados.

Y en lo que respecta al subtipo agravado de simulación de operación de comercio internacional entre empresas ( art. 370.3 del CP ), damos ahora por reproducido lo expuesto sobre el particular en los fundamentos segundo y noveno de esta sentencia, donde se argumenta sobre el mismo problema de tipicidad en cuanto a la conducta de otros dos acusados, dirimiéndose la cuestión en sentido desestimatorio y exponiendo las razones por las que sí se da en el caso el subtipo agravado que ahora se impugna también por este recurrente.

El motivo resulta así invariable.

**DECIMOSEXTO. 1.** Por último, en el **motivo quinto** invoca la defensa, acudiendo al cauce procesal del art. 849.1º de la LECrim , la aplicación indebida del artículo 28 CP y la inaplicación del artículo 29 CP en relación con los artículos 368 , 369.1.5ª y 370.3 del Código Penal , al no haber resultado acreditada la participación



en los hechos en concepto de autor por parte del impugnante, ya que a lo sumo cabía considerarlo cómplice del delito y en ningún caso autor.

Plantea así la parte con carácter subsidiario la **tesis de la complicidad**, al entender que de probarse la presunta participación del acusado en los hechos objeto de condena, y en todo caso de acuerdo con los hechos probados en la sentencia, como mucho podríamos estar ante un simple cómplice al tratarse su conducta de actividades propias de un "auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través de actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis», sin los cuales la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, en el sentido de ser fácilmente sustituible, ya que como indicábamos, sólo ha quedado acreditado que Luis Manuel puso en contacto a uno de los coinvestigados, Segundo, con otras personas que podían ofrecerle trabajo, no habiendo quedado acreditada su participación de ningún otro modo.

2. Según puede apreciarse con la mera lectura del recurso, la defensa vuelve a separarse del "factum" recogido en la sentencia recurrida para conseguir el objetivo de modificar la calificación jurídica, en este caso pretendiendo que opere la tipificación como un mero partícipe por complicidad.

El tema ya ha sido suscitado por el coacusado Agustín, siendo denegada su pretensión en el fundamento décimo de esta sentencia, en el que se resumió la doctrina jurisprudencial sobre la complicidad en los delitos de tráfico de drogas y la imposibilidad de operar con él en un caso como el que ahora nos ocupa, en el que los cuatro acusados se concertaron para introducir en España una partida de cocaína ocultándola en una importación de flores frescas que habría de ser enviada desde Colombia, consiguiendo introducirla a través del aeropuerto de Madrid-Barajas, si bien les fue intervenida antes de que llegaran a retirarla de la terminal correspondiente.

Siendo, pues, el recurrente uno de esos cuatro acusados, y atendiendo a la intervención que tuvo en los hechos, tal como se expuso en su momento al examinar la prueba de cargo, debe excluirse la tesis defensiva de que su conducta fue accesoria, secundaria o meramente auxiliar. Por lo cual, su actuación debe ser subsumida en el art. 28 del C. Penal y no desde luego en el 29 como pretende cuando juega con el concepto de complicidad.

Se desestima, en consecuencia, este último motivo, y con él la totalidad del recurso, imponiéndose al impugnante las costas de esta instancia ( art. 901 LECrim ).

## FALLO

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

**1º) Desestimar los recursos de casación** interpuestos por las representaciones de los acusados Candido, Segundo, Agustín y Luis Manuel contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, de fecha de 28 de febrero de 2017, en la que fueron condenados los cuatro recurrentes como autores de un delito contra la salud pública de tráfico de cocaína en cantidad de notoria importancia y con la agravación de simulación de comercio internacional entre empresas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad.

**2º) Se imponen a los recurrentes las costas de sus respectivos recursos.**

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez, presidente Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia