



Roj: **STS 1003/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1003**

Id Cendoj: **28079120012019100219**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/04/2019**

Nº de Recurso: **234/2018**

Nº de Resolución: **173/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4584/2017,**
STS 1003/2019

RECURSO CASACION núm.: 234/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 173/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 1 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 234/2018, interpuesto por D. Narciso representado por el procurador D. Rafael Julvez Peris-Martín bajo la dirección letrada de D. Pablo Elizondo Riz y D. Silvio representado por la Procuradora D^a María Colina Sánchez bajo la dirección letrada de D. Javier Vasalla contra la sentencia la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, cuya Sección Cuarta, de fecha 1 de diciembre de 2017 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y D. Victorio representado por el Procurador D. Andrea de Dorremocha Guiot bajo la dirección letrada de D^o Susana Moreno Pedrajas.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 5 instruyó sumario 9/2016, por delito de tráfico de drogas contra Narciso , Silvio y otros, y lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta dictó en el Rollo de Sala 15/2016 sentencia en fecha 1 de diciembre de 2017 con los siguientes hechos probados:

"Apartado A.- Desde fechas no concretadas se conformó en España un grupo de individuos asentados en Galicia que tenía por finalidad traer ingentes cantidades de cocaína, procedente de Sudamérica a nuestro país.



Dicha organización durante el mes de febrero de 2015 estuvo involucrada en un envío marítimo de esa sustancia estupefaciente que finalmente no llegó a incautarse.

A dicha operativa nos referimos en el epígrafe D de este relato de hechos probados.

Tal organización estaba integrada por las personas que se dirán, teniendo cada una de ellas los cometidos específicos que se expresaran más tarde. Estas eran los acusados siguientes:

- Epifanio , mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Ezequias , mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Narciso , mayor de edad y con antecedentes penales, ejecutoriamente condenado por un delito contra la salud pública en Sentencia de 21 de septiembre de 1998 a la pena de 15 años de prisión.
- Felix , mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Otra persona que no enjuiciamos.

También formaban parte de la misma organización individuos que actuaban como representantes de la organización suministradora de la sustancia estupefaciente instalada en Sudamérica. Estos eran los siguientes acusados:

- Silvio , mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Gregorio , mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Victorio , mayor de edad y sin antecedentes penales.

Apartado B.- El liderazgo de la organización mencionada en el anterior apartado lo ostentaba el acusado Epifanio , que asumió, entre otros, la primordial tarea de contactar con individuos componentes del grupo sudamericano que suministraría la sustancia estupefacientes incautada en la madrugada del día 20 de agosto de 2015 en aguas jurisdiccionales portuguesas a bordo del buque DIRECCION000 .

Fue también Epifanio la persona encargada de indicar el punto geográfico exacto para llevar a cabo el traspaso de la droga del barco procedente de Sudamérica a la embarcación DIRECCION000 .

Por su parte, el procesado Narciso , en compañía del también procesado Gregorio se desplazaron a Sudamérica para reunirse con los dueños de la sustancia estupefaciente y preparar el envío de la misma en el buque referido llamado DIRECCION000 .

A través de las investigaciones que se llevaron a efecto, se determinó que entre los días 19 y 20 de agosto de 2015 se iba a producir cerca de las costas portuguesas el mencionado traspaso de la sustancia estupefaciente de la primera embarcación a la segunda, desplazándose Epifanio hasta Portugal con la finalidad de coordinar de manera personal y directa, en suelo luso, la inminente operación.

Las autoridades del país vecino fueron alertadas de la operación que se estaba ultimando y que se iba a materializar en las coordenadas 39°25'N 092°40'W, lo que motivó que éstos procedieran a montar el oportuno dispositivo de vigilancia en la zona indicada, en donde sobre las 3 horas y 10 minutos del día 20 de agosto de 2015, miembros del cuerpo de la Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea portuguesa observaron las dos embarcaciones y como sus tripulantes efectuaban labores de trasvase de bultos o fardos que, con toda probabilidad, contendrían cocaína.

Ante semejante tesitura los funcionarios actuantes procedieron de conformidad con su legislación, al abordaje de la embarcación DIRECCION000 que era la que había cargado la droga y que portaba matrícula portuguesa WV-....-Q , llevándose a cabo el mismo en ese punto geográfico antes señalado sobre las 3:45 horas del día 20 de agosto, deteniéndose en su interior a los cinco tripulantes (estos eran: el ciudadano español residente en Cambados Salvador , y los portugueses Pio , Teofilo , Urbano y Romeo) y descubriéndose a bordo de la citada embarcación DIRECCION000 , 1828,75 kilos de cocaína distribuida en 63 fardos (62 en la bodega del centro y 1 en la bodega de proa). En el interior de la misma también se ocuparon: una anotación a mano con las coordenadas 39 38--39 40' que se corresponden con el punto de alijo, salvo una desviación de 2', anotación de los números 62 y 69 correspondiéndose con las longitudes de onda de radio enviadas por Epifanio a través de su correo-e a un tercero el día 17 de agosto junto con la fecha del trasvase, las coordenadas y los números satélites de contacto, un teléfono IRIDIUM, y 4 teléfonos móviles que llevaban Romeo , Pio , Teofilo y Salvador .

La sustancia aprehendida fue objeto de análisis en el laboratorio de la policía científica portuguesa de acuerdo con la legislación del país vecino, siendo objeto de estudio tres lotes distintos y concluyendo que se trataba de



clorhidrato de cocaína y cuyo peso bruto era: 311.619,400 gramos, con una pureza del 63,67%, 1.375.447,142 gramos, con una pureza del 66,4% y 148.992,528 gramos, con una pureza del 60,5%.

Por los hechos descritos en este apartado B) de hechos probados se siguió procedimiento judicial en Portugal derivado del atestado policial NUM000 .

El Juzgado Central de Instrucción nº 5 solicitó que fuera transferida la jurisdicción a España por los vínculos de aquellos hechos con los que son objeto de la presente causa. Sin embargo, Portugal se negó a entregar a los nacionales de su país (Pío , Teofilo y Romeo) los cuales junto con Salvador fueron enjuiciados por el Tribunal Judicial de la Comarca de Leiria, Juzgado Central Penal que dictó sentencia el 18 de mayo de 2017 en la que se declaraba que el delito se cometió en grado de tentativa, como consecuencia de la operación encubierta de la que traía causa.

Apartado C.- Tras producirse el abordaje y las detenciones referidas en el apartado B), el acusado Epifanio se puso inmediatamente en contacto telefónico con un letrado español llamado Emilio, al cual le preguntó si conocía algún abogado en Oporto, para que se hiciera cargo de la defensa del tripulante detenido, de nacionalidad española, Salvador , solicitando del letrado español que hiciese las gestiones pertinentes con la finalidad indicada.

La organización colombiana suministradora de la cocaína comenzó a inquietarse seriamente al no tener noticias de género alguno de la llegada de la sustancia estupefaciente a su destino, por lo que a partir del día 20 de agosto intentó contactar con la organización española para averiguar lo sucedido, y lo hizo a través de correo-e, y por vía telefónica, dejando mensajes escritos y de voz en los correos-e intervenidos " DIRECCION001 " y " DIRECCION002 " , así como en el teléfono intervenido NUM001 , todos ellos intervenidos a Epifanio .

Apartado D.- Como ya hemos indicado, la organización española referida en el apartado A estaba liderada por el acusado Epifanio . Éste contaba con personas de su entera confianza, como eran los acusados Ezequias y Celso .

El primero de los indicados, ayudado por el acusado Narciso , era el encargado de establecer las oportunas comunicaciones con los demás individuos del grupo organizado, acordando también las reuniones con los suministradores de envíos anteriores que planeaban, dirigidos por el acusado Silvio .

Los referidos Ezequias y Narciso también se encargaban de buscar embarcaciones de pesca a fin de utilizarlas para trasladar los diversos transportes de sustancias estupefacientes de la organización.

En los desplazamientos que realizaban los miembros de la organización para mantener las oportunas reuniones en orden a ultimar los preparativos del envío de cocaína referida en el apartado B, utilizaban, entre otros, el vehículo marca Renault Laguna matrículaHWG , que estaba registrado a nombre del acusado Felix , aunque era utilizado de manera habitual tanto por Ezequias como por Celso . El referido Felix se hallaba presente en muchas de las reuniones llevadas a cabo por la organización para preparar la recepción de las sustancias estupefacientes.

Celso constituía el nexo de unión entre el grupo suministrador de la cocaína y el grupo gallego, acudiendo a las muchas reuniones que tenían lugar en Madrid entre ambos grupos organizados. Además Celso se encargaba de controlar la seguridad de tales reuniones, por lo que el jefe del grupo organizador, Epifanio , siempre quería contar con su presencia en esos encuentros.

Por otro lado, y en relación con el alijo de sustancia estupefaciente que no logró encontrarse del mes de febrero de 2015 aludido en el epígrafe A) de este relato fáctico, fue precisamente Celso el encargado de todo el operativo relacionado con el barco en el que se iba a trasladar la droga a España, comunicando todas las incidencias que se producían, directamente, a Epifanio ; y también respecto de este alijo, la organización sudamericana suministradora de la sustancia estupefaciente en varias ocasiones se puso en contacto con Ezequias a fin de indicarle que si la embarcación que iba a recibir la cocaína del barco procedente de Sudamérica no estaba en el punto de encuentro convenido, ésta última nave seguiría su ruta sin esperar. Ezequias realizó diversas comunicaciones vía Blackberry para poner en contacto a las dos embarcaciones, transmitiendo a Epifanio los problemas que tuvieron.

Apartado E.- Como expresábamos en el Apartado A de este relato fáctico, la organización objeto de la presente causa estaba compuesta por: su líder, el español Epifanio , por los españoles Ezequias , Celso , Narciso y por el portugués Felix .

También integraban la misma organización personas que asumían el cometido de representar a la organización sudamericana suministradora de las sustancias estupefacientes. Éstos eran los colombianos Silvio y Victorio , y el español Gregorio . A estos últimos nos referimos a continuación.



Silvio miembro destacado que se encontraba presente en todas las reuniones que Epifanio y Celso tenían en Madrid. Silvio siempre que acudía a las reuniones, alertaba de que no iba a portar teléfono móvil para evitar ser detectado.

Por su parte Victorio participó de manera activa en el transporte de cocaína, interceptado en la madrugada del 20 de agosto de 2015 a bordo del DIRECCION000 .

El referido Victorio desde finales de septiembre de 2014 se desplazaba a Galicia para reunirse con Ezequias y Felix .

Posteriormente, las reuniones con el resto de la organización se producían con periodicidad mensual, manteniendo el acusado numerosos contactos Blackberry con Epifanio para ultimar los preparativos del citado envío.

Por último, en el transporte del estupefaciente incautado fue significativa la participación de Gregorio .

Este acusado, el 24 de abril de 2015 se reunió en Galicia con Epifanio , -con el cual venía manteniendo contactos telefónicos-, con Ezequias y con Celso .

Antes de dicha fecha Gregorio se había desplazado a Colombia para preparar el envío de cocaína, regresando a España. El día 27 de abril Gregorio se reunió con los dos anteriores, pero en esta ocasión en Madrid, y después en la localidad de Majadahonda.

Tras celebrarse las mencionadas reuniones Gregorio retornó a Colombia para poner en conocimiento de los miembros de la organización sudamericana suministradora de la sustancia estupefaciente lo acordado con la organización española, manteniendo desde allí diversas conversaciones con Epifanio respecto a la marcha de las negociaciones.

Gregorio también mantuvo contactos telefónicos con Narciso , dándole cuenta de las reuniones que mantenían en Colombia en orden a efectuar el transporte de la sustancia estupefaciente.

Efectuadas las detenciones de los investigados tras la incautación de droga en agosto, y después las correspondientes entradas y registros judicialmente autorizados en sus domicilios, se intervinieron las siguientes cantidades de dinero fruto de su actividad ilícita:

- 9.520€ a Felix .
- 59.370€ a Narciso .
- 8.540€ a Pedro Jesús .
- 930€ a Celso .

En el domicilio que habitaba el procesado Silvio se practicó diligencia de entrada y registro.

El repetido Silvio venía siendo objeto de vigilancias y seguimientos por parte de miembros del Cuerpo Nacional de Policía. El día en que se llevó a cabo el mencionado registro, funcionarios policiales penetraron en el interior de la vivienda, tras derribar la puerta de acceso, sorprendiendo a Silvio en el interior del servicio, cuando estaba procediendo a arrojar al agua del inodoro una sustancia polvorienta que se hallaba introducida en una bolsa de plástico, sustancia que resultó ser cocaína, con un peso total de 57,269 gramos netos, con una pureza del 15,9% cuyo valor ha sido tasado en 9.769€.

La referida sustancia estupefaciente fue poseída por Silvio con el fin de redistribuirla entre terceras personas.

También se le ocuparon a este procesado la suma de 6.080€, fruto de su ilícita actividad.

En las numerosas vigilancias efectuadas de las reuniones de los investigados destinadas a los preparativos de los envíos de droga, se ha detectado el uso de los siguientes vehículos:

- Renault LagunaHWG antes indicado usado principalmente por Ezequias y Epifanio .
- MercedesVCJ usado principalmente por Epifanio .
- Audi A3WKY usado por Ezequias y Felix .
- Peugeot 407XCG usado por Epifanio .
- Fiat PandaVBC usado por Silvio .
- Citroen C15VXK usado por Ezequias siendo entonces su titular "Excavaciones y Transportes Guimarey", y actualmente AutoMoción GIMASIL SL (desde el 25.04.15).
- Peugeot 207KDS usado por Silvio



- Audi A5 matrícula-HST usado por Narciso .

- Saab-CHF usado por Epifanio .

Igualmente se han incautado numerosos dispositivos electrónicos usados por los acusados durante la ejecución del delito y cuyo uso provisional ha sido adjudicado judicialmente a la unidad investigadora".

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

Que debemos condenar y condenamos a los procesados que se expresaran, como autores responsables de un delito de tráfico de drogas ya definido en grado imperfecto de ejecución de tentativa, con la concurrencia en todos ellos de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de reconocimiento tardío como muy cualificada, excepto en Silvio , y la circunstancia agravante de reincidencia en Narciso , a las penas siguientes:

A Epifanio , 3 años, 6 meses y 1 día de prisión, multa de 50 millones de euros con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

A Ezequias , 2 años y 2 meses de prisión, multa de 50 millones de euros con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

A Celso , 2 años de prisión, multa de 50 millones de euros, con 1 día de arresto sustitutorios caso de impago.

A Felix , 1 años y 9 meses de prisión, multa de 50 millones de euros, con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

A Gregorio , 2 años de prisión, multa de 50 millones de euros, con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

A Victorio , 1 año y 9 meses de prisión, multa de 50 millones de euros, con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

A Narciso , 3 años Y 6 meses de prisión, multa de 50 millones de euros, con 20 días de arresto sustitutorio caso de impago.

A Silvio , 5 años de prisión, multa de 50 millones de euros, con 20 días de arresto sustitutorio caso de impago.

Se acuerda el comiso del dinero y efectos incautados, así como de los siguientes vehículos a los cuales se dará el destino legal previsto en la Ley 17/2003 de 20 de mayo reguladora del Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas:

- Renault LagunaHWG antes indicado usado principalmente por Ezequias y Epifanio .

- Mercedes-VCJ usado principalmente por Epifanio .

- Audi A3-WKY usado por Ezequias y Felix .

- Peugeot 407-XCG usado por Epifanio .

- Fiat Panda-VBC usado por Silvio .

- Citroen C15-VXK usado por Ezequias siendo entonces su titular "Excavaciones y Transportes Guimarey", y actualmente AutoMoción GIMASIL SL (desde el 25.04.15).

- Peugeot 207-KDS usado por Silvio

- Audi A5 matrícula-HST usado por Narciso .

- Saab 2233-3GX usado por Epifanio .

Condenamos a los procesados al pago de las costas procesales en la proporción que les corresponde.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma, ante la Sala de lo Penal, del Tribunal Supremo, que deberá ser anunciado en el plazo de cinco días, contados a partir de la última notificación".

TERCERO.- La Audiencia Nacional, Sección Cuarta dictó auto de aclaración con fecha 14 de diciembre de 2017, en el que constan los siguientes hechos y parte dispositiva:

"Único.- Notificada la sentencia de fecha 1 de Diciembre de 2017 al Ministerio Fiscal y demás partes, por él mismo se presentó escrito solicitando la aclaración y corrección de la sentencia por haberse detectado error, ya que en la sentencia dictada tan solo existe manifestación acerca del comiso de los vehículos que se solicitó, obviando cualquier mención acerca de las cantidades incautadas y cuyo comiso se solicitó por remisión a su descripción en la conclusión primera, en concreto afecta a: 9520 euros de Felix ; 59.370 euros de Narciso ;



8540 euros de Pedro Jesús ; 930 de Celso ; interesando que se haga expresa manifestación sobre comiso y destino legal de las indicadas cantidades.

Así mismo, el Procurador D. Rafael Julvez Peris Martin, en representación de Narciso , presentó escrito solicitando aclaración y corrección de la sentencia por haberse detectado error, ya que en el folio 25 de la misma, dentro del apartado de individualización de la pena se señala "agravante de reincidencia", considerando que es un error, dado que los antecedentes están cancelados en virtud de lo preceptuado en el art. 136 del Código Penal ".

"Rectificar la parte dispositiva de la sentencia de fecha 1 de Diciembre de 2017 , en el sentido de que se acuerda el comiso de las cantidades incautadas, en concreto: 9520 euros de Felix ; 59.370 euros de Narciso ; 8540 euros de Pedro Jesús ; 930 de Celso ; dándosele el destino oportuno.

No ha lugar a la aclaración solicitada por la representación de Narciso ".

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por Narciso y Silvio que se tuvo por anunciado, 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) Silvio : PRIMERO.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , vulneración del art. 24.1 de la CE , vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia e in dubio pro reo, derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución Española de 1.978. SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional (artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), puesto que la Sentencia no ha respetado las exigencias del derecho fundamental a la presunción de inocencia garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución , vulnerando además, mediante una aplicación extensiva de los tipos penales, el principio de legalidad que reconoce el artículo 25.1 de la misma Ley Fundamental . TERCERO.- Por infracción directa de la ley (artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), infracción en que la Sentencia ha incurrido:- Del art. 5.4 de la LOPJ Por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE por aplicación indebida de los arts. 368 , 369. 1 y 5 , art. 369 bis y art. 370.3 en relación y aplicación del art. 374 del mismo cuerpo legal . - Por la errónea interpretación del texto de las normas penales sustantivas aplicables a los hechos que se declaran probados;- Por la errónea subsunción de los hechos declarados probados bajo el texto de las normas penales que el tribunal ha considerado aplicables; - Incorrecta aplicación de la siguiente normativa: Artículo 11 de la LOPJ ; Artículo 238 de la LOPJ ; Artículo 24 de la Constitución . Nulidad de pleno derecho con la consiguiente vulneración del derecho fundamental, al amparo de lo preceptuado en el art. 238 y ss. de la LOPJ , CUARTO.- Por la infracción indirecta de la ley, que resulta de la vulneración o el desconocimiento por parte de la Sentencia de las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia, con la consecuencia de incurrir en arbitrariedad (artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 9.3 de la Constitución). QUINTO.- Por la infracción indirecta de la ley, que resulta de la vulneración de las reglas relativas a la ponderación de la prueba documental (artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). SEXTO.- Por quebrantamiento de forma (artículos 850 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pues en la Sentencia cabe apreciar una manifiesta contradicción entre los hechos declarados como probados, advirtiéndose además que se ha considerado como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, suponen la predeterminación del fallo (artículo 851.1º y 2º), así como que la resolución de la Sala de la Audiencia Nacional no resuelve todos los puntos que fueron objeto de la acusación y de la defensa (artículo 851.3º).

B) Narciso : PRIMERO.- Por infracción de ley por inaplicación indebida del art. 11.1 L.O.P.J y derivadas por delito provocado. SEGUNDO.- Por la vía directa del art. 5.4 L.O.P.J por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y al proceso público con todas las garantías garantizados en el art. 24.2.C.E . por faltar una suficiente, adecuada y lícita actividad probatoria de cargo, realizada sin menoscabo de garantías y derechos constitucionales. TERCERO.- Por infracción de ley por aplicación indebida del art. 22.8 C.P .

QUINTO.- Instruidas las partes el Procurador Sr. Dorremochea Guiot presentó escrito dándose por 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 5 de marzo de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRELIMINAR.1. La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó, en sentencia dictada el 1 de diciembre de 2017, a los procesados que se dirán, como autores responsables de un delito de tráfico de drogas, en grado de tentativa, con la concurrencia en todos ellos de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de reconocimiento tardío de los hechos como muy cualificada, excepto en Silvio, y la circunstancia agravante de reincidencia en Narciso, a las penas siguientes:

A Epifanio, 3 años, 6 meses y 1 día de prisión, multa de 50 millones de euros con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

A Ezequias, 2 años y 2 meses de prisión, multa de 50 millones de euros con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

A Celso, 2 años de prisión, multa de 50 millones de euros, con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

A Felix, 1 año y 9 meses de prisión, multa de 50 millones de euros, con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

A Gregorio, 2 años de prisión, multa de 50 millones de euros, con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

A Victorio, 1 año y 9 meses de prisión, multa de 50 millones de euros, con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

A Narciso, 3 años y 6 meses de prisión, multa de 50 millones de euros, con 20 días de arresto sustitutorio caso de impago.

A Silvio, 5 años de prisión, multa de 50 millones de euros, con 20 días de arresto sustitutorio caso de impago.

Se acuerda el comiso del dinero y efectos incautados, así como de los vehículos que se especifican en el fallo, a los cuales se dará el destino legal previsto en la Ley 17/2003 de 20 de mayo reguladora del Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas.

2. Los hechos objeto de condena se centraron fundamentalmente en que, mediante las correspondientes investigaciones, se conoció que entre los días 19 y 20 de agosto de 2015 se iba a producir cerca de las costas portuguesas un traspaso de sustancia estupefaciente (cocaína) entre un barco procedente de Sudamérica y la embarcación DIRECCION000, operación que iba a realizar una organización que era liderada por el acusado Epifanio, que asumió, entre otras, la primordial tarea de contactar con individuos componentes del grupo sudamericano que suministraría la sustancia estupefacientes incautada en la madrugada del día 20 de agosto de 2015 en aguas jurisdiccionales portuguesas a bordo de la referida embarcación.

La organización estaba integrada por Epifanio; Ezequias; Narciso, condenado por un delito contra la salud pública en sentencia ejecutoria de 21 de septiembre de 1998 a la pena de 15 años de prisión; Felix; y por los individuos que actuaban como representantes de la organización suministradora de la sustancia estupefaciente instalada en Sudamérica. Estos eran los siguientes acusados: Silvio; Gregorio; y Victorio.

El procesado Narciso, en compañía del también procesado Gregorio, se desplazó a Sudamérica para reunirse con los dueños de la sustancia estupefaciente y preparar el envío de la misma.

Las autoridades portuguesas fueron alertadas de la operación que se estaba ultimando y que se iba a materializar en las coordenadas 39°25'N 092°40'W, lo que motivó que éstos procedieran a montar el oportuno dispositivo de vigilancia en la zona indicada, en donde sobre las 3 horas y 10 minutos del día 20 de agosto de 2015, miembros del cuerpo de la Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea portuguesa observaron las dos embarcaciones y cómo sus tripulantes efectuaban labores de trasvase de bultos o fardos que, con toda probabilidad, contendrían cocaína.

Ante semejante tesitura los funcionarios actuantes procedieron, de conformidad con su legislación, al abordaje de la embarcación DIRECCION000, que era la que había cargado la droga y que portaba matrícula portuguesa WV-....-Q, llevándose a cabo el mismo en el punto geográfico antes señalado sobre las 3:45 horas del día 20 de agosto. Fueron detenidos en su interior los cinco tripulantes: el ciudadano español residente en Cambados Salvador, y los portugueses Pío, Teófilo, Urbano y Romeo, y se descubrieron a bordo de la citada embarcación DIRECCION000 1.828,75 kilos de cocaína distribuida en 63 fardos (62 en la bodega del centro y 1 en la bodega de proa). En el interior de la misma también se ocuparon: una anotación a mano con las coordenadas 39°38'-39°40' que se corresponden con el punto de alijo, salvo una desviación de 2', anotación de los números 62 y 69 correspondiéndose con las longitudes de onda de radio enviadas por Epifanio a través de su correo a un tercero el día 17 de agosto junto con la fecha del trasvase, las coordenadas y los números satélites de contacto, un teléfono IRIDIUM, y 4 teléfonos móviles que llevaban Romeo, Pío, Teófilo y Salvador.



La sustancia aprehendida fue objeto de análisis en el laboratorio de la policía científica portuguesa de acuerdo con la legislación del país vecino, siendo objeto de estudio tres lotes distintos y concluyendo que se trataba de clorhidrato de cocaína cuyo peso bruto era: 311.619,400 gramos, con una pureza del 63,67%, 1.375.447,142 gramos, con una pureza del 66,4% y 148.992,528 gramos, con una pureza del 60,5%.

Por consiguiente, un total de 1.828,75 kilos, de una riqueza en cocaína base del sesenta y tantos por ciento.

3. Contra la referida sentencia recurrieron en casación las defensas de los acusados Silvio y Narciso, oponiéndose al recurso el Ministerio Fiscal.

A) Recurso de Silvio

PRIMERO . 1. En el *motivo primero* del recurso denuncia la defensa, con sustento procesal en el art. 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.1 CE) y también del *in dubio pro reo*, y del derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución. Y también denunció la vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías al apoyarse la condena en documentos e informes que no cumplen con las garantías constitucionalmente exigibles, puesto que no ha quedado acreditado por la prueba practicada que el recurrente haya cometido los mencionados delitos.

En relación con la nulidad radical de pleno derecho de las actuaciones, cita la defensa el artículo 11.1 LOPJ, que dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directamente o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: derecho a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia (artículo 24.1 y 2 CE) y al derecho del principio de legalidad penal y la interdicción de la arbitrariedad que garantiza el artículo 9.3 de la CE que acarrea la nulidad de todo lo actuado. Y por consiguiente la vulneración del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que garantiza el Derecho a un proceso equitativo.

Señala la parte que en la presente causa estamos ante un delito provocado, auspiciado por los agentes de la DEA., que puestos previamente de acuerdo con la organización colombiana integrada por Conrado, Demetrio y Doroteo, que son quienes se encuentran tras los alias o " Mantecas " que figuran en todos los chats y comunicaciones, realizan una acción delictiva de objeto imposible, confirmando un delito inexistente que además es provocado.

Advierte la defensa que al Instructor jamás se le informó de que se trataba de una actuación preparada por la DEA, valiéndose de miembros de la organización colombiana con los que había llegado a un pacto para su extradición para EE UU en las condiciones más favorables, por lo que las investigaciones se realizaron siempre al margen del control judicial, a quien los informes policiales que sustentan todos los autos de intervenciones telefónicas les dibujaban un escenario falso, que ha contaminado todo el proceso obligando a declarar la nulidad de actuaciones y derivadas según lo preceptuado en el artículo 11.1 de la LOPJ

En definitiva, toda la operación se hallaría "ab initio" viciada puesto que se monta auspiciada y dirigida por la DEA, sabiendo de antemano que nunca llegará a perfeccionarse, porque el control de la mercancía estará siempre en sus manos, sin que exista posibilidad de que los supuestos destinatarios tuvieran acceso a la misma, por lo que en ningún momento ha estado en peligro el bien jurídico tutelado por la norma: la salud pública, por lo que estaríamos ante un delito imposible.

Prueba de ello, dice la defensa, es que nada se sabe de la embarcación que transporta la droga a las aguas territoriales de Portugal, donde es intervenida, pues sencillamente podría pertenecer a las fuerzas de seguridad que montaron la operación falsa, al ser imposible que estando controlada la operación por tierra, mar y aire se les pudiera escapar. No se sabe nada concreto de ese barco nodriza que transporta la droga, desapareciendo, además, por arte de magia de la escena delictiva.

A continuación transcribe la parte recurrente el contenido de varias sentencias de esta Sala referentes al delito provocado y también a la prueba ilícita y a la conexión de antijuricidad, y acaba afirmando que no sólo se está ante una prueba nula sino que se carece de un control judicial que garantice el resultado probatorio, al mismo tiempo que hace referencias genéricas a todos las pruebas efectuadas.

2. Como puede fácilmente constatarse con una simple lectura del recurso, la defensa elabora un motivo de impugnación de la sentencia recurrida con un contenido un tanto caótico, pues comienza hablando de la presunción de inocencia y de una pluralidad de derechos fundamentales, para pasar a tratar después el tema del delito provocado, provocación que atribuye a la intervención de la DEA desde el primer momento, y después de hacer varias citas jurisprudenciales sobre la figura del delito provocado, termina solicitando la declaración de ilicitud y de nulidad de la prueba practicada.



Pues bien, en cuanto al tema del **delito provocado**, sobre el cual centra la parte las razones de la ilicitud de toda la labor policial y la pretendida invalidez del resultado probatorio, tiene establecido esta Sala (**STS 253/2015**, de 24 de abril) que lo importante no es tanto que la policía esté interviniendo desde el primer momento, cuanto que quien tomó la iniciativa, haciendo nacer el propósito criminal en otros, actúe desde el comienzo con intención ajena a lo delictivo; fingiendo el propósito de burlar la ley pero con el decidido planteamiento de atraer la intervención de la policía para yugular el más mínimo conato de actividad delictiva y con exclusión por tanto de todo riesgo para el bien jurídico. Desde el inicio del *iter criminis* no se aprecia propósito criminal, sino la voluntad de generar en otro ese propósito inútil y condenado en una valoración *ex ante* a la más absoluta ineficacia, pues, deliberadamente, quien tiene el dominio de la acción y ha desatado su curso actúa con la preconcebida idea de dar paso a las fuerzas y cuerpos de seguridad. El instante concreto en que éstas intervienen es secundario. Lo decisivo es definir la inicial intencionalidad de quien desencadena la secuencia. Si *ab initio* está ya de forma inequívoca presente en ella el plan de activar la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad la acción no llega a invadir la esfera penal. Lo definitivo no es si en el momento inicial existía ya connivencia con la policía, sino si existía una decisión previa clara y firme de conceder protagonismo a la policía.

En la **STS 204/2013**, de 14 de marzo, también recordada en la 253/2015, se sintetiza la doctrina sobre la materia en estos términos: "El TEDH, en su STEDH de 1 marzo 2011, Caso Lalas contra Lituania, en la que recogía doctrina establecida en anteriores resoluciones, recordaba en el fundamento jurídico nº 42, que, tal como se había establecido en la STEDH del caso Ramanauskas contra Lituania, de 5 de febrero de 2008, se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados -ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones- no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso". La citada sentencia del TEDH, caso Ramanauskas contra Lituania, afirmaba que (54) "...el interés público no podría justificar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial", pues tal forma de operar es susceptible de privar definitivamente al acusado de su derecho a un proceso equitativo.

En la **STS 863/2011** se argumenta que el delito provocado "...según una consolidada doctrina de esta Sala de Casación, aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al propio tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (por todas, SSTS 24/2007, de 25-1; y 467/2007, de 1-6). Al tiempo, se niega la existencia del delito provocado cuando la actuación policial haya tenido lugar incidiendo sobre una conducta ya existente que permaneciera oculta. Esta posibilidad es frecuente cuando se trata de delitos como el de tráfico de drogas, que se desarrollan sobre la base de conductas muy variadas entre las cuales está la mera tenencia con destino al tráfico, que ya supone la consumación. En consecuencia, cuando la actuación policial pone de relieve la existencia de una tenencia o de un poder de disposición sobre la droga con destino al tráfico, no puede apreciarse la existencia de delito provocado, pues simplemente se ha hecho aflorar algo previamente existente e independiente de la referida actuación policial. Doctrina mantenida sustancialmente, entre otras, en las SSTS 1233/2000; 313/2010; 690/2010; 1155/2010, y 104/2011".

En distintos precedentes se ha estimado la existencia de tal clase de actuaciones incitadoras de una conducta delictiva que no se habría podido demostrar que hubiera tenido lugar de no haber mediado la incitación realizada por el agente provocador o por alguien que actuara en connivencia con el mismo, lo que ha conducido en esos casos a la absolución de los recurrentes, extendiendo los efectos de la estimación a los no recurrentes (SSTS 1552/2002, 1366/1994 y 1672/1992).

En la **sentencia 835/2013**, de 6 de noviembre, se sostiene que "La sala de instancia ha rechazado con razón el calificativo de agente provocador para el agente infiltrado. Y es que, como resulta entre otras de la STS 1166/2009, de 19 de noviembre, la provocación delictiva es una inducción engañosa que supone generar en otro el propósito de delinquir; lo que no se da cuando éste, es decir, el sujeto investigado es el dueño de la iniciativa criminal, al haber tomado por su cuenta la decisión de llevar a cabo una acción penalmente antijurídica".

Y en la **STS 395/2014**, de 13 de mayo, se establecía que "El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la



comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial."

3. Al trasladar la doctrina jurisprudencial precedente al presente caso, se comprueba que la parte no ha aportado dato objetivo alguno que permita constatar aquí un delito provocado. El recurrente se limita a realizar una mera conjetura, ayuna en su argumentación de cualquier clase de dato objetivo y de argumentos probatorios que apoyen indiciariamente un supuesto de provocación delictiva. Entiende la parte impugnante que por el mero hecho de que la DEA haya descubierto la operación y tenga conocimiento de la entrega de la droga que se va a materializar en aguas marítimas portuguesas, al parecer con una importante cantidad de cocaína, y que pueda supervisar y controlar el transporte que se está haciendo con la cocaína, ya puede atribuirse a la referida agencia antidroga una conducta consistente en incitar o inducir engañosamente a los traficantes y transportistas a que lleven a cabo la operación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que una cosa es contar con indicios o datos sugestivos de que se está produciendo una operación de tráfico de cocaína a gran escala por vía marítima, y otra muy distinta que quien la haya promovido e inducido a sus autores para que la lleven a cabo sea una agencia antidroga, en este caso la DEA.

La hipótesis o versión fáctica de la defensa nos llevaría a sostener que cualquier transporte por mar de sustancia estupefaciente sobre el que tenga sospechas fundadas la DEA, incluso en los casos en que llegue a controlar o supervisar el transporte y la entrega, debe ser considerado como un tráfico de drogas promovido, provocado o incitado fraudulentamente por los propios agentes policiales, razonamiento que de por sí, y sin apoyos probatorios claros y concluyentes, constituye una mera elaboración conjetural o especulativa que en modo alguno permite hablar de un delito provocado. Y como aquí se carecen de toda prueba seria al respecto y solo se cuenta con meras alegaciones defensivas del acusado sin contraste probatorio alguno, carece de base empírica el alegato de la parte.

Todo ello sin perjuicio de lo que, a mayores, se dirá al examinar el recurso del otro acusado, momento en el que se entrará a analizar con cierta profundidad la sentencia dictada por el Tribunal Penal de la Comarca de Leiria (Portugal).

Así las cosas, este primer motivo se desestima.

SEGUNDO . 1. En el **segundo motivo** invoca la defensa, bajo la cobertura procesal de los arts. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, así como la infracción también del principio de legalidad que reconoce el artículo 25.1 de la misma Ley Fundamental , preceptos que pone en relación con los arts. 1.1 ; 2.1 ; 4.1 CP , y los arts. 11 y 238 de la LOPJ .

A partir de toda esa amalgama normativa, teoriza la parte recurrente sobre el derecho a la presunción de inocencia y sobre los criterios y conceptos que utiliza el Tribunal Constitucional para definir su contenido y alcance, completando sus citas con sentencias de esta Sala y con lo dispuesto en algunos Convenios internacionales. Sin embargo, como ya sucedió con lo argumentado en el motivo anterior, tampoco desciende aquí la defensa a examinar el caso concreto analizando datos empíricos y contrastados referentes al mismo, ni cuestiona *de facto* los relevantes argumentos incriminatorios vertidos en la sentencia recurrida. De modo que sus razonamientos genéricos y meramente retóricos servirían para referirse a cualquier otro caso relativo a una conducta relacionada con el tráfico de drogas.

2. Al centrarnos en el contenido de la **sentencia impugnada** , constatamos que en su fundamento cuarto se argumenta que los instructores de los atestados funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía con carnet profesional NUM002 y NUM003 , y sobre todo el de carnet nº NUM004 , se refirieron al recurrente Silvio como la persona que detuvieron en el momento en que pretendía deshacerse de 57,269 gramos de cocaína introducida en una bolsa de plástico en el inodoro del cuarto de baño de la vivienda que utilizaba el acusado.

El primero de los referidos funcionarios manifestó que conocía a Silvio desde el año 2010, a raíz de la operación denominada "Manzanas blancas", ajena a la que es objeto de la presente causa. Y siguió diciendo que el procesado Silvio se reunía con Epifanio , Celso y Ezequias cuando éstos se desplazaban desde Galicia a Madrid, preocupándose aquél de comprobar si había personas vigilándoles.

Actuaba Silvio como representante en España de la organización colombiana suministradora de la sustancia estupefaciente, y fue objeto el acusado de vigilancias y seguimientos en torno al domicilio donde éste solía dormir, también habitado por Victoria , que figuraba como titular del contrato de arrendamiento de la vivienda, ubicada en la localidad de Galapagar (Madrid).

El instructor inicial del atestado, policía con carnet profesional NUM003 , puso de relieve que cada vez que se desplazaba el grupo gallego a Madrid procedente de Galicia, contactaban con Silvio , manteniendo con él diferentes reuniones, de cuya celebración tenían conocimiento a través de las conversaciones telefónicas,



lo que permitió a los funcionarios policiales de Madrid establecer las oportunas vigilancias para verificar la realidad de dichas reuniones y la identidad de sus asistentes.

Fue el policía con carnet profesional NUM005 el que se refirió con exhaustividad a Silvio, al relatar las incidencias que tuvieron lugar en la detención del referido procesado en la vivienda situada en la CALLE000 NUM006, Molino de la Hoz, Galapagar, y posterior diligencia de entrada y registro.

La defensa del procesado Silvio puso especial énfasis en demostrar que el acusado era absolutamente ajeno a la referida vivienda, a la que -dice- acudió esporádicamente para obtener servicios sexuales de su titular, queriendo con ello desvincularse de la sustancia estupefaciente y del dinero hallado en tal domicilio, lo que no resulta factible a tenor de las circunstancias que se exponen a continuación.

El funcionario policial con carnet NUM004 precisó que llegaron a la conclusión de que Silvio vivía en el inmueble situado en el nº NUM006 de la CALLE000 de Galapagar tras hablar con diversos porteros de las fincas y vecinos limítrofes, a los que preguntaron por el investigado. Prosiguió diciendo que él, junto a su compañero, procedieron a derribar la puerta de acceso, y a la entrada, situado en la parte izquierda, se hallaba el cuarto de baño, en cuyo interior estaba Silvio inclinado encima del inodoro, añadiendo: "Oyó un forcejeo y vio que su compañero había cogido fuertemente a Silvio y lo había tirado en el pasillo para detenerle -la sustancia estupefaciente estaba en una bolsa medio cerrada que se hallaba encima del agua del inodoro-".

Los datos aportados por los funcionarios que hicieron los seguimientos del acusado en las fechas previas a la operación investigada, constataron pues su intervención en las reuniones que celebraron en Madrid para organizar el transporte que acabó realizándose en aguas portuguesas, siendo el recurrente quien controlaba la seguridad del grupo organizador y se encargaba de que el terreno estuviera despejado cuando la organización planificaba y proyectaba los pasos que se estaban dando. Datos que aparecen en cierto modo avalados por el hecho de que al acusado se le intervino en su domicilio cierta cantidad de cocaína.

Así las cosas, se considera enervada la presunción de inocencia que ampara al acusado a tenor de los datos indiciarios que aporta la policía en el juicio y de los datos objetivos que los corroboran.

El motivo se desestima.

TERCERO. 1. En el **motivo tercero** se alega por la defensa, por el cauce procesal del art. 849.1º de la LECrim y del 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por haberse aplicado indebidamente los arts. 368, 369. 1 y 5, art. 369 bis y art. 370.3, en relación con el art. 374 del mismo cuerpo legal. Además, cita igualmente la indebida inaplicación de los arts. 11 y 238 de la LOPJ y 24 de la Constitución.

Habla al respecto de la ruptura de la cadena de custodia y de la infracción de las garantías mínimas que deberían presidir la incautación y aprehensión de todos y cada uno de los medios de prueba de cargo que han sido utilizados por el Ministerio Público, generando evidente y clara indefensión al Sr. Silvio, si bien a tales efectos solo se cita y además de forma genérica la cadena de custodia. Y vuelve a continuación a incidir en la nulidad derivada del delito provocado, reiterando la ruptura de la cadena de custodia con respecto a la sustancia estupefaciente encontrada en la cisterna de su domicilio o de la vivienda que ocupaba habitualmente.

2. Las alegaciones que aquí formula la parte poco tienen que ver con el juicio de subsunción que se contempla en la infracción de ley prevista en el art. 849.1º de la LECrim, pues pone aquí el acento de su impugnación en la ruptura de la cadena de custodia con respecto a la droga que se le intervino en el lugar donde reside: 57 gramos de cocaína. Sin embargo, no señala datos ni aporta argumento impugnativo alguno que apunte o refiera indicios de esa ruptura, que es citada más bien como alegación retórica e inespecífica, no concretando, una vez más, las razones por las que cuestiona ese aspecto de la instrucción. Da la sensación de que, como en el caso del delito provocado, también formula aquí la queja como una mera objeción simbólica que después no avala ni con datos objetivos ni con argumentos singularizados. Y siguiendo además con el desorden y la descoordinación argumental que exhibe en el conjunto de su recurso, vuelve a insistir una vez más en la cuestión ya tratada del delito provocado.

3. Dentro del mismo motivo suscita también la parte la aplicación del art. **849.2º de la LECrim** por considerar que concurre error de hecho en la apreciación de la prueba basado en los documentos que cita en el motivo siguiente.

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECrim), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio poder demostrativo directo del documento (lo que algunas sentencias califican



como la autosuficiencia o literosuficiencia del documento); es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida (SSTS de 1653/2002, de 14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; 207/2012, de 12-3 ; 474/2016, de 2-6 ; y 883/2016, de 23-11 , entre otras).

En este caso la parte no cita en el motivo documento alguno que evidencie el error del Tribunal y que permita por tanto dar entrada a la aplicación del art. 849.2º de la LECrim , pues se remite genéricamente al motivo quinto, en el que se reseñan varios tomos de la causa con numerosos documentos, sin que se expliquen o justifiquen las razones por las que tan extensísima documentación tiene las condiciones que requiere la norma procesal para evidenciar el error de hecho, sin que se excluyan además contradicciones con la relevante prueba de cargo que figura en las actuaciones.

Así las cosas, se rechaza en su integridad el motivo tercero.

CUARTO . En el **motivo cuarto** se invoca la vulneración de las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia, lo que determinaría que se incurra en arbitrariedad. Y para fundamentar tal vulneración se remite de forma genérica a lo que ya argumentó la parte en los motivos anteriores.

Siendo así, damos reproducida la respuesta y las explicaciones que se vertieron en los fundamentos precedentes de esta sentencia, lo que aboca a la desestimación de este motivo cuarto.

QUINTO . El **motivo quinto** lo dedica de nuevo a denunciar la infracción de lo dispuesto en el art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , alegando que concurre error en la apreciación de la prueba, a cuyos efectos designa las declaraciones de varios coimputados, las manifestaciones de los agentes policiales, y después trae a colación el contenido de un importante número de folios extraídos del contenido de los tomos 2, 4, 5, 7, 8 y 9 de la causa.

Se puede así apreciar fácilmente que, en primer lugar, la parte hace referencia reiterada en la redacción de los motivos que encauza por el art. 849.2º de la LECrim a pruebas testificales documentadas y no a pruebas auténticamente documentales.

En segundo lugar, es patente que la parte no cita documentos que por sí mismos evidencien de forma directa y por su incuestionable e irrefutable poder demostrativo el hecho que se pretende acreditar y que no fue acogido por la Sala de instancia. Ese poder demostrativo inapelable no sólo no queda acreditado de por sí, sino que el propio hecho de que la parte acuda a otras pruebas para respaldarlos revela que no estamos ante una clase de documentos que cumplimente los parámetros que requiere el art. 849.2º de la LECrim y la jurisprudencia que lo interpreta.

Lo que hace realmente la defensa es reinterpretar y revalorar toda la prueba practicada en la instancia en un sentido contrario al acogido por el Tribunal sentenciador, con el objetivo de inclinar el resultado probatorio a su favor, metodología que nada tiene que ver con la referida norma procesal.

Por último, el material probatorio que utiliza la parte se contradice con pruebas personales, documentales y periciales utilizadas por el Tribunal sentenciador, incumpliendo así otro de los requisitos imprescindibles que requiere esta Sala de Casación para que pueda prosperar la vía procesal que implementa la defensa.

El motivo resulta pues inasumible.

SEXTO . Por último, en el **motivo sexto** invoca, al amparo de los arts. 850 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , el quebrantamiento de forma consistente en una manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados, quejándose también de que, además, se han considerado como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, suponen la predeterminación del fallo (artículo 851.1º y 2º). A ello añade que la resolución de la Sala de la Audiencia Nacional no resuelve todos los puntos que fueron objeto de acusación y de defensa (artículo 851.3º).

Sin embargo, la parte recurrente no especifica *de facto* en el motivo cuáles son en concreto las contradicciones entre los hechos declarados probados, ni refiere las palabras que por su carácter jurídico predeterminan el fallo, ni tampoco los supuestos que considera que dan pie a considerar que concurre un supuesto de incongruencia omisiva.

Siendo así, el motivo es claro que no puede prosperar, desestimándose por tanto la integridad del recurso, con imposición de las costas correspondientes del recurso de casación (art. 901 LECrim).

B) *Recurso de Narciso*



SÉPTIMO . 1. El *primer motivo* lo dedica la parte a denunciar la inaplicación indebida del art.11.1 LOPJ y derivadas por entender que concurre un supuesto de **delito provocado** .

Resalta la defensa que en relación con la nulidad radical de pleno derecho de las actuaciones dispone el art. 11.1 LOPJ que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales. E igualmente denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (ad 24.1 y 2 C.E) y al principio de legalidad penal y la interdicción de la arbitrariedad que garantiza el art. 9.3 C.E , que acarrea la nulidad de todo lo actuado y por consiguiente la vulneración del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que garantiza el Derecho a un proceso equitativo.

La defensa alega que estamos ante un delito provocado porque al Instructor jamás se le informó de que se trataba de una actuación preparada por la DEA valiéndose de miembros de la organización colombiana con los que había llegado a un pacto para su extradición a EEUU en las condiciones más favorables. Por lo cual, las investigaciones se habrían realizado siempre al margen del control de la autoridad judicial, a quien los informes policiales que sustentan todos los autos de intervenciones telefónicas les dibujaban un escenario falso, que ha contaminado todo el proceso obligando a declarar la nulidad de las actuaciones derivadas según lo preceptuado en el art. 11.1 L.O.P.J

Y añade que durante toda la instrucción de la causa, adujo la parte en sus escritos que nada sabía de la embarcación que transportaba la droga a las aguas territoriales de Portugal, donde fue intervenida, pues sencillamente podría pertenecer a las fuerzas de seguridad que montaron la operación falsa, dado que es imposible que estando controlada la operación por tierra, mar y aire se les pudiera escapar. No se sabe nada de ese barco nodriza que trae la droga, qué tipo de embarcación es: mercante, velero o de pasajeros, desapareciendo por arte de magia de la escena delictiva.

Según la defensa, es evidente que tales dudas han quedado definitivamente despejadas con la sentencia de 18 de mayo de 2017 dictada en Portugal por el Tribunal de Leiria, sentencia que ha sido aportada y unida a esta causa. En ella se ve claramente -dice la parte- que la droga es introducida por los agentes de la DEA, que la misma viaja a Portugal en un avión de una compañía aérea portuguesa, la guardan en una comisaria de la policía judicial del país vecino y en la madrugada del 19 al 20 de agosto de 2015 la introducen en un velero de nombre " DIRECCION003 ", de 12 metros de eslora, y la sacan a 27 millas de la costa portuguesa para entregársela a los tripulantes del " DIRECCION000 ", que son detenidos. Dicha operación estaba controlada por tierra, mar y aire sin que tuvieran posibilidad alguna de huida.

Se señala en la sentencia portuguesa -precisa la defensa- que todos los tripulantes del velero DIRECCION003 eran miembros de la policía judicial portuguesa y homólogos, expresión con la que se refieren a agentes de la DEA o miembros de la policía española, aunque no lo aclaran, por lo que es llano que son ellos mismos los que entregan la droga a los tripulantes del DIRECCION000 que resultaron detenidos, por lo que estaríamos ante un delito provocado.

Destaca la parte que es la DEA la que introduce la droga en tres palés, a través de la TAP (por cierto se habla de 1940 kg de cocaína, cuando la droga intervenida son realmente 1.825 kg de cocaína). Desaparecen por tanto 115 kg de cocaína, aunque la sentencia de Portugal no entra en ello.

Con base en lo anterior, procede según la parte recurrente estimar el motivo, y como consecuencia de la nulidad de actuaciones derivada de la existencia de un delito provocado, acordar la libre absolución del recurrente y también del resto de los procesados, incluso de aquellos que han llegado a un pacto de conformidad con el Ministerio Público y no han recurrido la sentencia de instancia, por ser la nulidad generada una cuestión de orden público.

2. En el fundamento primero de esta sentencia ya se examinó cuál era la doctrina de esta Sala sobre el concepto y los requisitos que han de concurrir para considerar que concurre un **delito provocado** , doctrina que ahora damos por reproducida.

Sin embargo, también conviene traer aquí a colación la sentencia 575/2013, de 28 de junio , y las que en ella se citan, por tratarse de un caso en que tuvo intervención la DEA y se operó igualmente con agentes encubiertos y se hizo una entrega controlada de la sustancia estupefaciente, factores que permiten ilustrar y comprender las exigencias de la ley para que puedan pensarse esta clase de conductas, aunque la penalización lo sea a través de una tentativa de delito, como también aquí sucedió.

En esa **sentencia 575/2013** se argumenta lo siguiente: "Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre los presupuestos de validez de la figura del agente encubierto y acerca de los límites para impedir la desnaturalización de esa diligencia, provocando como indeseable efecto una verdadera provocación al delito. La STS 848/2003, 13 de junio , citada por los Jueces de instancia, precisa que "... el **delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión,**



sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad , que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, **provoca** a través de su actuación engañosa la ejecución de **una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél** , y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución , y **desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos** , contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS núm. 1344/1994, de 21 junio). Hemos dicho en la STS núm. 1992/1993, 15 de septiembre , que "para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación -en realidad, **una forma de instigación o inducción -parta del agente provocador , de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito** , surgiendo así en el agente todo el "iter criminis", desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la **iniciativa y comportamiento del provocador** , que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista "ab initio" intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal -por el carácter imposible de su producción- como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como **penalmente irrelevante** , procesalmente inexistente y, por todo ello, impune". En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes.

*Pero, **no existe delito provocado** , como dice la Sentencia 1114/2002, 12 de junio , cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo , en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador , que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del "iter criminis", en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación , siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione . En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto , aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.*

En la STS núm. 1992/1993, de 15 septiembre , antes citada, hemos señalado, en este sentido, que "otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, **como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquiendo o se proponen hacerlo , en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el art. 282 LECrim** . En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado y sólo a partir de la actuación simulada de los agentes los actos realizados serán irrelevantes por la imposibilidad de producción de sus efectos. En otras palabras, **la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento del "iter criminis" en que aquella intervención se produjo** , bien limitándose a su descubrimiento y constatación en la fase postconsumativa o de agotamiento, bien originando su frustración o tentativa si la intervención policial se produce antes de que el delito se haya consumado".

3. Pues bien, aplicando esta doctrina al caso concreto aquí enjuiciado, y utilizando la sentencia del Tribunal Penal de la Comarca de Leiria (Portugal) de 18 de mayo de 2017 (folios 402 y ss. de esta causa), en la que se apoya continuamente la defensa para sostener su tesis exculpatoria, constatamos que, en efecto, fue un



colaborador de la DEA el que recibió en aguas internacionales de América del Sur los cerca de 1.940 kilos de cocaína, asumiendo la ejecución de su transporte hasta la costa portuguesa, actividad que después desarrolló pero previa entrega a las autoridades competentes norteamericanas, que la mantuvieron bajo su custodia, para después darle curso hacia Portugal con el fin de que, una vez controlada por los agentes policiales de ambos países, les fuera entregada a las personas que la habían adquirido desde territorio español vía Portugal.

Según se recoge en los extensos hechos de la sentencia portuguesa, la cocaína llegó a Portugal por vía aérea y después, mediante agentes encubiertos portugueses y norteamericanos fue depositada en un barco velero para entregarla a las personas que a su vez habían de ponerla a disposición de la organización española, dirigida por el principal acusado en esta causa, Epifanio , organización que, según consta probado en la sentencia dictada por la Audiencia, con la conformidad de los principales acusados, era la destinataria final de la sustancia estupefaciente.

Con respecto a esta entrega de droga controlada realizada por agentes encubiertos o infiltrados, se argumenta en la sentencia dictada por el Tribunal portugués, en la que se basa sustancialmente la parte recurrente para sostener su recurso, que " *...desde el punto de vista de la legitimidad constitucional de la intervención del agente infiltrado (...) lo que verdaderamente importa, para asegurar esa legitimidad, es que el funcionario de la investigación penal no induzca o instigue al sujeto a la comisión de un delito que de otro modo no cometería o que no estuviera dispuesto a cometer , sino que se limite a ganarse su confianza para observarlo mejor, y para recoger información relativa a las actividades criminales de las que es sospechoso. Y, además, que la intervención del agente infiltrado sea autorizada previamente o ratificada posteriormente por la autoridad judicial competente* " .

" *Sin embargo, no es el caso (agente provocador) de los autos, ya que lo que sucedió, simplificando, fue que la Policía Judicial en colaboración con la DEA sustituyó por el intermediario entre el productor/vendedor de la cocaína y el comprador personas o entidades cuya exacta identificación no se obtuvo en los autos . Además, en el caso de no haberse interceptado en el mar, el estupefaciente seguiría su trayecto "normal" hasta el comprador. Por tanto, aunque se admita que el empleo de los agentes encubiertos se usó hasta el límite, no estamos ante una acción provocadora . Cabe añadir que los investigados se prestarían a hacer lo que hicieron, de la misma forma, si la droga no hubiese sido entregada por la Policía Judicial, sino por cualquier intermediario relacionado con el circuito al que estaba destinada inicialmente* " (pág. 46 de la sentencia del Tribunal Penal de Leiria).

Así pues, tanto por la aplicación de los criterios que son seguidos sobre la doctrina del delito provocado en la jurisprudencia de esta Sala, como también por los que ha aplicado el Tribunal portugués de Leiria en su sentencia de 18 de mayo de 2017 , en que se sustenta sustancialmente el recurso de la defensa, se acaba llegando a la misma conclusión de que no nos hallamos ante un supuesto de delito provocado.

Ello es así porque la intervención de un colaborador de la DEA en el inicio del transporte de la cocaína desde Sudamérica a las costas portuguesas se lleva a cabo cuando ya los productores/vendedores de la cocaína han llegado a un acuerdo con la organización española para venderle la partida de cocaína, han decidido la venta y han iniciado el transporte. Por lo tanto, la operación no ha sido inducida ni instigada por los agentes de la DEA sino por la organización compradora que desde Galicia ha convenido y contratado con los productores/vendedores de la sustancia la adquisición de los casi 1.900 kilos de cocaína. La infiltración de los agentes de la DEA, primero, y después de los agentes policiales portugueses, tuvo lugar cuando ya estaba decidida y formalizada la operación de venta y el transporte de la droga, interviniendo por tanto los funcionarios para controlarla y descubrir así quiénes estaban detrás de la operación de la compraventa y transporte de la cocaína ya decidido y formalizado cuando se frustró la operación merced a la intervención policial.

Las declaraciones de los acusados en la vista oral, y en concreto su reconocimiento de que eran ellos quienes habían adquirido la cocaína que viajaba hacia Galicia con escala previa en Portugal, al margen de los datos objetivos que figuraban documentados sobre la intervención del máximo dirigente de la organización gallega (Epifanio), que controlaba y supervisaba el punto de alta mar donde se iba a realizar el trasbordo de la droga de un barco a otro, son datos objetivos incuestionables sobre quiénes fueron las personas que determinaron a los propietarios de la cocaína a realizar la operación de venta y transporte de la sustancia.

Así las cosas, el motivo se desestima.

OCTAVO . 1. En el **motivo segundo** denuncia la defensa, con soporte procesal en el art. 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y también del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE), facultando el art. 854 de la L.E.Crim . a interponer recurso de casación a los que hayan sido parte en el juicio criminal conforme a lo dispuesto en los arts.873 y 874 de la misma Ley .



Después de esta introducción y entrando en el motivo casacional aludido señala que el acusado es totalmente ajeno a los hechos objeto de autos, pues nada tendría que ver con la sustancia incautada en aguas jurisdiccionales de Portugal.

Destaca que el único contacto que se atribuye a Narciso con los demás investigados es de fecha de 30 de julio de 2015, en el que se le sitúa de acompañante en el vehículo que les desplaza a Luanco (Asturias). Considera evidente que ninguna participación tuvo el Sr. Narciso en esta operación, pues resulta inverosímil que, de haber participado, no tuviera ninguna comunicación ni encuentro con los demás procesados durante los 20 días anteriores a la supuesta operación de transbordo de sustancia estupefaciente en aguas portuguesas, como se desprende del propio relato de los investigadores.

Como conclusión señala que no existe prueba alguna, ni directa ni indiciaria, de la participación del acusado Narciso en el transporte de la sustancia estupefaciente incautada en Portugal.

Subraya también que al haber regresado el acusado de Perú el día 21 de julio de 2015, es evidente que el 28 julio y el 10 agosto de 2015 en que informa la DEA sobre la fecha de llegada de la sustancia estupefaciente, el acusado no se encontraba desplazado en Colombia para coordinar ninguna operación de narcotráfico,

También aduce que, a pesar de que la investigación arranca el 14 de julio de 2014, el recurrente no entra en escena hasta el 29 de mayo de 2015, cuando lo pone a su antojo y conveniencia el equipo investigador de Greco-Galicia en el que se describe una reunión en Taberna del Rey en la parroquia de Curro-barro y otra reunión del 22 de junio del mismo año en el restaurante la "Florita", reuniones que, según la defensa, nada tienen que ver con negocios ilícitos sino con la búsqueda de negocios de pescado y mariscos a que se viene dedicando el acusado desde hace más de treinta años.

El hecho de que en el pasaporte de Narciso figuren múltiples sellos de entrada y salida de diferentes países suramericanos y africanos no hace sino corroborar lo manifestado por el mismo en el sentido de que por su actividad laboral se ve obligado a viajar por diferentes países por los negocios de su actividad.

En el juicio oral, debido al acuerdo de conformidad de otros acusados con el Ministerio Fiscal y a la asunción de las penas ofrecidas y aceptadas a la carta, dice la defensa que los coacusados, aparte de asumir su responsabilidad, la extienden también a otros, entre ellos al recurrente. Ello es lo que habría hecho el Sr. Gregorio, al reconocer en el juicio que se reunió con el impugnante en Colombia para preparar o convenir el envío de la sustancia estupefaciente. Esta afirmación únicamente obedece, según el recurrente, al acuerdo alcanzado por el Sr. Gregorio con el Ministerio Fiscal, sin que ello haya sido corroborado por ningún dato periférico.

Por último, destacar que, una vez recaída sentencia en Portugal, donde se describe perfectamente la dinámica comisiva de los hechos, no tiene sentido alguno la atribución de unos papeles que el acusado ha negado en todo momento que sean de su propiedad o posesión.

En el Apartado B) de los hechos probados en la sentencia, pagina 9 in fine, se señala que "Por su parte, el procesado Narciso, en compañía del también procesado Gregorio se desplazaron a Sudamérica para reunirse con los dueños de la sustancia estupefaciente y preparar el envío de la misma en el buque referido llamado DIRECCION000".

Este hecho es negado también por el recurrente, al mismo tiempo que alega que en derecho penal no basta el testimonio del acusado para atribuirle la comisión de un hecho delictivo y la consiguiente condena penal, sino que dicho testimonio debe ser corroborado por algún elemento periférico y es evidente que en el caso de autos no se ha producido por ninguno de los cinco agentes policiales que depusieron en el plenario.

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).

Pues bien, en el caso que ahora se juzga es claro que concurre prueba de cargo suficiente para verificar la autoría del acusado. A este respecto, ha de citarse en primer lugar que el coacusado Gregorio, tal como expone el propio recurrente en su escrito, declaró en la vista oral que se reunió con el ahora impugnante, Narciso, en Colombia para preparar el envío de la sustancia estupefaciente a Galicia desde Sudamérica.



Frente a una incriminación de esa índole alega la defensa que fue una manifestación falsa y condicionada por la obtención de la reducción punitiva que buscaba obtener Gregorio mediante el cambio de calificación del Ministerio Fiscal, por lo que se trata de una declaración de coimputado sin corroboración de ninguna índole.

Sin embargo, en contra de lo que señala la defensa, sí concurren corroboraciones serias en la causa. En primer lugar, la propia declaración del recurrente, quien en el trámite de la última palabra admitió la certeza de los hechos que le imputaba el Ministerio Fiscal, viéndose así sustancialmente beneficiado por la reducción de la pena al aplicarse la atenuante de confesión tardía con el carácter de cualificada. Reconocimiento de los hechos de los que, al parecer, pretende desdecirse ahora, una vez que ya tiene en sus manos la reducción punitiva, jugando así roles diferentes el propio acusado y su defensor a la hora de intentar obtener un doble beneficio de las alegaciones de uno y otro en orden al resultado final del juicio.

De otra parte, también incide la sentencia recurrida en que constan en la causa las declaraciones de los funcionarios policiales sobre las conversaciones telefónicas del acusado y los movimientos que tuvo en las fechas precedentes a la operación del transporte de la droga con destino a la organización en la que se hallaba integrado el propio recurrente (folio 19 de la sentencia recurrida).

Siendo así, es claro que ha resultado fehacientemente enervada la presunción de inocencia del acusado.

El motivo por tanto ha de decaer.

NOVENO.1. En el motivo tercero invoca la parte la infracción del art. 22 del C. Penal, en el que se regula la agravante de reincidencia, precepto que pone en relación con el art. 136.1 y 2 del mismo texto legal.

El recurrente considera que ha sido indebidamente aplicada la agravante de reincidencia, dado que cuando se cometieron los hechos ya había transcurrido el plazo señalado para la cancelación de los antecedentes penales, en concreto el de cinco años, que según la defensa es el que procede aplicar en el presente caso.

Argumenta el impugnante que en el párrafo 3 del art. 136 del CP se dispone que los plazos para cancelar los antecedentes penales se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la Pena. Por lo tanto, en el supuesto examinado se habría extinguido la pena en 2008, fecha a la que deben añadirse cinco años, lo que significa que, siendo cometidos los hechos enjuiciados en julio de 2014, en esta fecha el acusado carecía ya de antecedentes penales computables. No cabía, pues, aplicarle la agravante de reincidencia del art. 22.8ª del C. Penal.

2. Las objeciones de la defensa a la aplicación de la agravante de reincidencia por haber transcurrido el plazo señalado para la cancelación de los antecedentes penales han de acogerse.

En efecto, el acusado Narciso ha sido ejecutoriamente condenado por un delito contra la salud pública en sentencia de 6 de noviembre de 1996 a la pena de 15 años de prisión, dato que, en principio, aparenta la imposibilidad de la cancelación del antecedente penal que propugna la defensa, dada la cuantía de la pena y el periodo de cinco años que establece a mayores la versión del C. Penal anterior a la reforma de 2015 para poder obtener la cancelación de los antecedentes penales.

Sin embargo, en el folio 3912 de la causa consta una certificación del Ministerio de Justicia en la que figura que el penado Narciso ha sido condenado en sentencia de 6-11-1996, firme el 21-9-1998, en el sumario ordinario 17/1993, por el delito de tráfico de drogas, a la pena de 15 años de prisión. Y se especifica también en la certificación del Ministerio que esa condena ha quedado cumplida en fecha 8-1-2004 y que consta como cancelada.

Siendo así, es claro que la condena ya no puede computarse como antecedente penal a los efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia. Por lo cual, debe estimarse la pretensión de la parte y dejar sin efecto en la segunda sentencia la aplicación de la referida agravante.

Ello determina igualmente una modificación de la pena, en el sentido de que al no operar la agravante de reincidencia, y siguiendo el criterio de aplicar la pena mínima que ha establecido la sentencia recurrida en su fundamento quinto (pág. 25), procede imponer una pena de dos años, tres meses y un día de prisión. Ello obedece a que en la motivación de la sentencia de instancia se acuerda reducir en dos grados la pena que corresponde al delito consumado: de 9 a 13 años y 6 meses de prisión. Se le redujo un grado por apreciarse el delito en fase de tentativa y otro por la aplicación de la atenuante de confesión tardía como muy cualificada.

En virtud de lo cual, la horquilla punitiva aplicable comprende de 2 años, 3 meses y un día a cuatro años y seis meses de prisión. Y como se excluye la agravante de reincidencia, ya no cabe imponer la pena de 3 años y 6 meses de prisión, sino que, tal como se desprende de la propia sentencia impugnada, ha de operarse con la pena mínima: 2 años, tres meses y un día de prisión. Y en cuanto a la pena de multa se mantiene en los 50



millones de euros, que es la impuesta a los restantes acusados que se conformaron con los hechos, con la misma responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad en caso de impago.

Se estima, en consecuencia, el motivo de impugnación y con él parcialmente el recurso, con declaración de oficio de las costas devengadas en casación (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

1) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación del acusado **Narciso** contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de 1 de diciembre de 2017 , en la que fue condenado el recurrente por un delito de tráfico de cocaína, en grado de tentativa, con la agravación de extrema cuantía y de organización, y la aplicación de la atenuante de responsabilidad criminal de reconocimiento tardío de los hechos como muy cualificada y de la agravante de reincidencia, sentencia que queda parcialmente anulada.

2) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación del acusado **Silvio** contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de 1 de diciembre de 2017 , en la que fue condenado el recurrente por un delito de tráfico de cocaína, en grado de tentativa, con la agravación de extrema cuantía y de organización.

3) Declarar de oficio las costas del recurso de casación correspondiente al acusado Narciso e **imponer** al recurrente Silvio las costas de su recurso.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Nacional con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 234/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 1 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 234/2018 contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2017 dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta en el Rollo de Sala 15/2016 dimanante del Sumario 9/2016 del Juzgado Central de Instrucción num. 5, seguida por delito de tráfico de drogas contra Silvio , nacido el NUM007 de 1966 en Libano Tolima (Colombia), hijo de Braulio y Sagrario , con NIE Nº NUM008 , Narciso , nacido el NUM009 de 1965 en O Grove (Pontevedra), hijo de Cipriano y Susana con DNI nº NUM010 y otros; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, excepto el dato relativo al antecedente penal del acusado Narciso , pues ha sido condenado en sentencia dictada el 6 de noviembre de 1996 , que figura cancelada en los registros oficiales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A tenor de lo argumentado en el último fundamento de la sentencia de casación, procede modificar la sentencia recurrida en el sentido de excluir la agravante de reincidencia aplicada al recurrente Narciso , de modo que la pena que se le impone se fija en 2 años, 3 meses y un día de prisión, con las mismas accesorias, y una multa de 50 millones de euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día en caso de impago.

FALLO

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

1) Modificar la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 1 de diciembre de 2017 con respecto al acusado **Narciso** , en el sentido de que se excluye la aplicación de la agravante de reincidencia y se fija ahora la pena en dos años, tres meses y un día de prisión, con las mismas penas accesorias, y una multa de 50 millones de euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad en caso de impago.

2) Mantener resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

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.

Miguel Colmenero Menendez de Larca Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Díaz