

Taller sobre uso Técnicas Especiales de Investigación en Investigaciones de Lavado de Activos Ejercicio Práctico de Análisis de Casos

John Grajales
Sección Antilavado de Activos
Comisión Interamericana para el
Control del Abuso de Drogas



Organización de los
Estados Americanos

Panamá Febrero 29 a Marzo 2 de 2016



Objetivo del taller

Analizar el uso de las Técnicas Especiales de Investigación basados en la revisión de sentencias emitidas por jueces de diferentes países de la región, y basados en el análisis identificar guías y mejores prácticas en su aplicación.



Objetivos del Curso

- Describir las etapas en el desarrollo de una investigación de lavado de activos
- Explicar la planificación del proceso y la planificación en uso de las TEI
- Identificar metodologías específicas para desarrollar y facilitar las investigaciones
- Discutir metodologías y mejores prácticas en el desarrollo de investigaciones



Metodología

- Selección de sentencias representativas (diferentes países, diferentes delitos fuente, diferentes TEI utilizadas)
- Sesión de trabajo en grupos interdisciplinarios
- Análisis de aspectos relacionados con la etapa de inteligencia, investigación, aplicación de los marcos normativos vigentes, uso de convenciones internacionales, etc. (elaboración de una matriz de análisis de las sentencias)
- Presentación de resultados y discusión de conclusiones y recomendaciones (“*focus group*” para el proceso de planificación estratégica).



	Inteligencia Patrimonial (1)	Investigación Penal (2)	Cooperación Internacional (3)	Sentencia (4)
Grupo de trabajo 1				
Grupo de trabajo 2				
Grupo de trabajo 3				
Grupo de trabajo 4				
Grupo de trabajo 5				
	Valor agregado para (2)	Información soporte para (3)	Elementos para (4)	Conclusión



Presentación de Resultados

- Inteligencia
 - Justificación para el uso de las TEI
 - Selección de la Técnica y preparación
 - Uso en el campo
- Investigación Penal
 - Uso de técnicas especiales de investigación
 - Control de Garantías



Presentación de Resultados

- Cooperación Internacional
 - Identificación y localización de blancos en el exterior, intercambio de información
 - Uso de información de cooperación internacional en la investigación
- Sentencia
 - Aplicación del marco legal
 - Uso de convenciones internacionales
 - Afectación de bienes de procedencia ilícita
 - Uso de mecanismos para desarticular la organización criminal



Reflexionar sobre

- Identificación de fuentes de información y mecanismos para su intercambio
- Identificación de buenas prácticas en el desarrollo de cada uno de los procesos de la investigación (Inteligencia, Investigación Penal, Cooperación Internacional, Sentencia)
- Necesidades de capacitación en:
 - Análisis y uso de información
 - Aplicación de marcos legales
 - Cooperación internacional
- Propuestas para el desarrollo de proyectos a corto y mediano plazo



Organización de los
Estados Americanos

Preguntas

Roj: STS 3742/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3742
Id Cendoj: 28079120012012100406

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 12077/2011

Nº de Resolución: 406/2012

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Mayo de dos mil doce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por las representaciones legales de los procesados **Carlos Francisco y Abelardo**, contra Sentencia núm. 118/22011, de 17 de octubre de 2011 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala núm. 38/2010 PO, dimanante del Sumario núm. 7/2010 del Juzgado de Instrucción núm. 49 de los de dicha Capital, seguido por delito contra la salud pública contra mencionados recurrentes; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Exmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes representados por: Carlos Francisco por el Procurador de los Tribunales Don Leonardo Ruiz Benido y defendido por el Letrado Don Orlando Espejo Barona, y Abelardo por el Procurador de los Tribunales Don Carlos Plasencia Baltés y defendido por el Letrado Don Jacobo Teijelo Casanova.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 49 de los de Madrid instruyó Sumario núm. 7/2010 por delito contra la salud pública contra **Carlos Francisco y Abelardo**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 17 de octubre de 2011 dictó Sentencia núm. 118/2011, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

*"El acusado Carlos Francisco encargó, a quien resultó ser un **agente encubierto**, el transporte desde Chile a España de sustancia estupefaciente, sufragándole los gastos de este encargo y remunerándole por este servicio.*

*De esa forma acordaron el traslado del **agente encubierto**, que utilizaba el nombre supuesto de Eladio, desde Chile a Madrid.*

*El **agente encubierto** el día 30 de diciembre de 2009 llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas, donde le esperaban Carlos Francisco y el también acusado Abelardo, quien actuaba de común acuerdo con aquél.*

*Una vez que los acusados localizaron al **agente encubierto**, éste les entregó una maleta de color gris con franja azul de la marca United Colours Of Benetton, que en su interior, convenientemente oculta en un doble fondo, se escondía una sustancia que debidamente analizada resultó ser cocaína.*

Los acusados fueron detenidos cuando se dirigían al parking de la T4 del Aeropuerto llevando la maleta el acusado Carlos Francisco.

Realizado un informe analítico de la sustancia que se contenía en el interior de la maleta arriba descrita resultó contener 4300 gramos de una pasta blanca gomosa con un peso neto de 4180 grs. con una riqueza media de 32,9%, 4388,6 grs. de pasta blanca gomosa con una riqueza media de 31,0%, 230 grs. de polvo grisáceo con una riqueza media del 22% y 37,5 grs. de goma grisácea con una riqueza media del 6,9%. Lo que, equivale a 2.790,8 grs. de cocaína base.

Esta sustancia una vez introducida en el ilícito mercado al que estaba destinada hubiera alcanzado un valor de 108.401,59 euros.

Eladio recibió de los acusados la cantidad de 5890 euros, al entregarles la maleta antes descrita.

En el momento de la detención, a Carlos Francisco se le intervinieron 101,40 euros y a Abelardo 830 euros, y otros 1000 euros que se le ocuparon en el vehículo Audi A-3 matrícula-SPX que utilizaban para su transporte.

Carlos Francisco nació el 22 de marzo de 1969 en Pereira (Colombia) tiene permiso de residencia con el número NUM000 y también está domiciliado en Marbella.

Ninguno de los acusados tiene antecedentes penales."

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

"Condenamos a Carlos Francisco y a Abelardo como autores responsables de un delito contra la salud pública de tenencia de cocaína en cantidad de notoria importancia de los arts. 368 y 369.1.5 del C. penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, la pena de prisión de siete años con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 108.401,59 euros. Se acuerda el comiso de la droga y dinero intervenido.

También deberán satisfacer las costas de este juicio, por mitad e iguales partes.

Par el cumplimiento de las penas imuestas se abonará a los acusados el tiempo que han estado privados de libertad por esa causa."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los procesados **Carlos Francisco y Abelardo** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Carlos Francisco , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Se formula al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., y se denuncia la infracción de los arts. 368 y 369.1.5 del C. penal en relación con el art. 16.1 del C. penal , por considerar que los hechos se subsumen en un supuesto de tentativa inidónea.

2º.- Se formula al amparo del art. 852 de la LECrim . y 5.4 de la LOPJ , por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la CE . Se interpone al considerar que no están suficientemente acreditados los hechos declarados probados, por falta de acreditación de la cadena de custodia y por falta de corroboración de las declaraciones testificales del único testigo de cargo.

3º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., y 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la CE , en relación con el art. 9.3 referente a la interdicción de la arbitrariedad y 120.3 relativo a la motivación de las sentencias, ambos de la Constitución , al no motivar adecuadamente la sentencia de instancia las razones que llevan al Tribunal a considerar que no se pueden cuestionar las pruebas practicadas en el exterior.

4º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., y 5.4 de la LOPJ por infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, consagrado en la CE en el art. 24.2 y en relación con el art 9.3 de la misma Norma Suprema, referente a la interdicción de la arbitrariedad.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Abelardo , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- En relación con la actuación de los "**agentes encubiertos**" chilenos actuando en España desde Chile sin cumplir ninguna de nuestras exigencias legales. Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 , 238 y 240 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim .

2º.- En relación con el actuar del **agente encubierto**, infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y el art. 852 de la LECrim . y artículo 24 de la CE .

3º.- En relación con lo que entendemos constituye un delito provocado, infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y el art. 852 de la LECrim . Concretamente se consideran vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y el principio de proscripción de la indefensión del art. 24 de la CE .

4º.- En relación con las interceptaciones de comunicaciones electrónicas, referidas por el **agente encubierto**, policía chileno, ejecutadas en España desde Chile sin constancia de autorización judicial alguna cuya motivación ha sido falseada y carece de coherencia. Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim ., concretamente se considera vulnerados los artículos 24 y 18 de la CE . También se alega infracción del art. 11.1 de la LOPJ y con el art. 238.3 y 240.1 de ese mismo cuerpo legal .

5º.- Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim ., concretamente se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, del art. 24.2 de la CE , al no considerarse suficientemente acreditados los hechos declarados probados en la Sentencia.

6 º.-Infracción de Ley, aun obviando los motivos anteriores, de entender que existe prueba de cargo legítima y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , infracción de los arts. 368 y 369.1 2 º y 6º del C. penal en relación con los arts. 16 y 62 del C. penal , por entender que en el caso la interpretación de tales normas deben conducir a apreciar una tentativa inidónea de delito contra la salud pública.

7º.- Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., infracción de los arts. 368 y 369.1 2 º y 6º del C. penal , los hechos no son constitutivos de delito o, en todo caso, su participación debería ser calificada como de complicidad y no de autoría, por lo que también se consideran infringidos los arts. 28 y 29 del C. penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no consideró necesaria la celebración de vista para su resolución, se opuso a su admisión y subsidiariamente lo impugnó, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 24 de abril de 2012, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid condenó a Carlos Francisco y Abelardo , como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Recurso de Carlos Francisco .

SEGUNDO.- En el primer motivo de su recurso, este recurrente, por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la indebida aplicación de los arts. 368 y 369.5 en relación con el art. 16.1 del Código Penal , «por considerar que los hechos se subsumen en un supuesto de tentativa inidónea».

El desarrollo del motivo exige el pleno acatamiento de los hechos declarados como probados por la sentencia recurrida. En ellos, se expone una operación de transporte, por vía aérea, de casi tres kilogramos de cocaína pura a España, procedente de Chile, que Carlos Francisco había previamente encargado al **agente encubierto** chileno que se hacía conocer supuestamente bajo el nombre de Eladio , el cual contaba con la oportuna cobertura legal otorgada por las autoridades chilenas, conforme consta en la causa. Dicho **agente** llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas, el día 30 de diciembre de 2009, donde le esperaban Carlos Francisco y Abelardo , actuando ambos de mutuo acuerdo. Eladio recibió la suma de 5.890 euros, y les entregó la maleta, con la cantidad de cocaína que se describe pormenorizadamente en el *factum* de la recurrida. Inmediatamente fueron detenidos por funcionarios policiales españoles que estaban al tanto de la operación, una vez que ésta había sido puesta en conocimiento de la Fiscalía española.

A la vista de estos hechos, ni puede sostenerse tentativa alguna, ya que la operación de recepción de droga y su posesión con finalidad de difusión a terceros, satisface las exigencias dogmáticas de la consumación delictiva, ni tal tentativa es inidónea, porque la utilización de **agente encubierto** es una de las técnicas policiales diseñadas por la Convención de Viena de 1988 para su investigación y descubrimiento, y lo propio acontece con la entrega controlada, en donde la sustancia estupefaciente se encuentra bajo control policial, pertinentemente autorizado, sin que tal aspecto pueda neutralizar, como es obvio, la comisión delictiva, por lo que el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- El segundo motivo se formaliza por el cauce autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la vulneración de la presunción de inocencia, que se conecta con « *la falta de acreditación de la cadena de custodia y por la falta de corroboración de las declaraciones testimoniales del único testigo de cargo* ».

La queja casacional se polariza en el reproche que se expone por el autor del recurso, en el sentido de que el citado **agente encubierto** no fue muy explícito, al no concretar las personas que le *conectaron* en Perú y Chile y le entregaron la maleta « *que contenía la droga* », se afirma, y tampoco se acredita « *qué tipo de investigación se abrió en dichos países por los hechos punibles* ».

Se admite, sin embargo, el dinero enviado por el acusado mediante la agencia WESTER UNION, que, según se dice en el informe policial inicial firmado por la policía chilena, lo fue para sufragar los gastos del billete de avión o pasaje.

Pese a tales objeciones, lo que debe aquí afirmarse es si ha quedado acreditado que tal recurrente realizó el citado envío de dinero, y si entregó a cambio de recibir la maleta en el aeropuerto madrileño la cantidad citada -casi seis mil euros-, por una cantidad de droga valorada en más de cien mil, y si una vez se hizo con la maleta, se dirigió al parking de la T-4 a por el coche del coacusado, en unión de éste, con intención de regresar a su domicilio en Marbella. Y esta dinámica comisiva, está demostrada no solamente por la declaración del citado **agente encubierto**, que acudió al plenario, ofreciendo los pormenores de su intervención en estos hechos, operación que fue seguida por funcionarios policiales, que igualmente dieron cuenta de los acontecimientos que fueron fruto de sus seguimientos y observaciones, terminando con la detención de los acusados, y la incautación de la maleta, con la sustancia estupefaciente, de cuya duda no existe, al haber sido objeto de análisis periciales que constan sobradamente acreditados en esta causa. De manera que poca relevancia tendrá quién o quiénes les entregaron la maleta, o si se les ha seguido causa penal en el extranjero, para considerar en nuestro país típicos estos hechos.

Y « *respecto a la cadena de custodia de la droga, ésta es inexistente y sólo puede acreditarse a partir de la llegada de la droga a España, desde el momento en que la policía española se hace cargo de la misma* ». Con esta afirmación, que consta en el escrito de recurso, las elucubraciones acerca de que « *nada se sabe, directa o indirectamente, del origen de la cocaína, ni de las actuaciones realizadas por las autoridades policiales o judiciales peruanas o chilenas, más allá de que fue entregada por una organización compuesta por ciudadanos chilenos, en Perú, sobre la cual no existe en el sumario ninguna evidencia* », se encuentran fuera de lugar para el enjuiciamiento de estos hechos, y carecen de cualquier relevancia a los fines de esta causa, en donde consta tal incautación, y lo que es más relevante, su encargo por el ahora recurrente, previo el envío del dinero para el pasaje, y el pago de la droga a la recepción de la misma, y la legalidad de la operación puesta de manifiesto por las autoridades chilenas a las españolas, cuyo control desde luego que no nos corresponde, al tratarse de países democráticos.

Por consiguiente, debemos rechazar también el motivo tercero, en donde se vuelve a incidir en la revisión de un control de legalidad, que no solamente es improcedente, sino que, por el contrario, se justifica con total claridad en el escrito que consta a los folios 313 a 319, en la petición que formula la Fiscalía chilena, en materia de asistencia penal internacional, dando cuenta de todos los pormenores de la operación, en donde se cita el art. 7 de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, del año 1988, firmada en Viena, que regula la asistencia jurídica internacional en temas de narcotráfico y **lavado** de dinero, y la facultad que establece el art. 47 de la ley 20.000, ley chilena, que faculta al Ministerio Público para solicitar y otorgar directamente asistencia en esta materia. En tal escrito, se describe la investigación de una organización delictiva que transporta droga procedente desde Perú a Chile, y de ahí a otros países de Europa, comunicando que el Fiscal Jefe de la Fiscalía Local de Pudahuel, cuyo nombre consta en las actuaciones al folio 314, había autorizado la utilización de **agente encubierto** con «*historia ficticia*», con objeto de que éste se introdujera en la organización y recabara mayores antecedentes. También se relata que el referido **agente encubierto** viajó a Tacna (Perú), lugar donde se hizo la entrega de la maleta por la organización, maleta que se describe -y es la misma incautada en Madrid-; el propósito de la organización era enviar la maleta a Europa, en particular a España, para ello se facultó al citado **agente encubierto**, cuya verdadera identidad se facilitó en sobre cerrado a las autoridades españolas, el que tomaría el vuelo NUM001, de la compañía Lan Chile, con «*arribo a España a las 13:25, hora española, del día 30 de diciembre de 2009*». Iría acompañado de un subinspector que le daba cobertura de seguridad, pero que no intervendría en la operación, salvo en caso de ser necesario. La organización ya había proporcionado los fondos necesarios para llevar a cabo tal transporte, como así ha quedado constancia en autos (folio 21, CHILEXPRESS). El Fiscal que suscribe el documento que analizamos «ha autorizado la entrega vigilada de la droga para que de este modo continúe su

tráfico hasta España», de manera que se solicita la cooperación de las autoridades españolas, interesando las detenciones que sean precisas, dando cuenta muy detallada de la legislación chilena en la materia, la cual se transcribe. Tras la detención de los ahora recurrentes, y la incautación de la maleta con la droga, las autoridades policiales españolas, dan cuenta al Juez de Guardia, el día 31 de diciembre de 2009 (folios 321 y 322). Previamente, la Fiscalía Española, dicta Decreto, el día 22 de diciembre de 2009 (folios 309 y 310), autorizando la operación, así como la entrega vigilada (art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y la utilización de **agente encubierto**, igualmente prevista por la legislación española, en el art. 282 bis de la propia Ley. Y se encomienda la práctica de las actuaciones y su cobertura, a los funcionarios policiales de la UDYCO central, del Cuerpo de Policía Nacional. La toma de muestras para su estudio cualitativo y cuantitativo, figura al folio 17, y al 18, un amplio reportaje fotográfico.

A la vista de lo reseñado, esta queja casacional carece del más mínimo fundamento.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO.- En el motivo cuarto, y como vulneración constitucional de un proceso con todas las garantías, a que hace referencia el art. 24.2 de la Constitución española , se refuta el análisis de la droga incautada, quejándose el autor del recurso que no se ha analizado la totalidad de la droga, sino «una mínima parte, que no puede ser representativa de la totalidad». Sin embargo, de los folios que se dejan reseñados, los numerados 121 y 122 y 192 a 195 de las actuaciones, lo que único que se deduce es la realización de cuatro análisis (ver folio 193), sobre riqueza media de 32,9; 31,0; 22,2; y 6,9, éstas dos últimas, son correspondientes a la sustancia gomosa que rodeaba el envío, dentro de la maleta. A ello hay que unir las explicaciones que la perito farmacéutica, Aurelia , ofreció en el plenario, particularmente en lo relativo a la toma de muestras, "tomándose una parte representativa de cada muestra, se homogeneiza y se analiza". Al resultado del muestreo se realiza una media y de ahí sale la pureza del todo, y la única variación puede ser de más o en menos el 5 por 100. Y que se utilizaron los protocolos de Naciones Unidas. De manera, que por más que se empeñe el autor del recurso en realizar las operaciones que lleva a cabo en el desarrollo del motivo, la cifra superior a 750 gramos puros de cocaína está asegurada, en un envío en bruto de más de 8,5 kilogramos de cocaína, con una riqueza media de -en el más bajo- 31 por 100.

El motivo no puede prosperar.

Recurso de Abelardo .

QUINTO.- En sus cinco primeros motivos, este recurrente reproduce la queja casacional, a la que ya hemos dado respuesta en el fundamento jurídico tercero de nuestra resolución judicial, censurando una actuación investigadora mediante **agente encubierto**, que se encuentra rodeada de todas las garantías en la investigación de estos delitos, y que está aconsejada, y prevista, en el plano internacional, por la Convención de Naciones Unidas, para la lucha contra la criminalidad organizada en materia de narcotráfico.

También se censura por este recurrente la nulidad de actuaciones por ilicitud de la operación, en función de la teoría del delito provocado. Pero nada de ello se ha producido en estas actuaciones, máxime desde nuestra perspectiva nacional, pues claro es que no podemos controlar la legalidad de países que se encuentran en la órbita de los democráticos.

De todos modos, como ya hemos declarado en nuestra STS 848/2003, de 13 de junio , 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 de junio). Hemos dicho en la STS núm. 1992/1993, de 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.

No existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 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 de 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 de 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 ».*

En este caso, la consumación resulta evidente.

El motivo no puede prosperar.

SEXO.- En el motivo sexto, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se reclama la aplicación de los arts. 16 y 62 del Código Penal , al considerar que estamos en presencia de una tentativa inidónea.

Ya hemos dado respuesta casacional a este reproche, en nuestro fundamento jurídico segundo, y a él nos remitimos, para su desestimación.

En el séptimo, en cambio, por idéntico cauce casacional, el ahora recurrente entiende que la participación delictiva de Abelardo debería ser tomada en consideración como accesoria, y en consecuencia, aplicando el art. 29 del Código Penal , calificar su conducta en grado de complicidad criminal.

Se dice que la actividad del recurrente es vicaria de la de Carlos Francisco .

Como hemos declarado, entre otras, en STS 96/2008, de 29 de enero , el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador

esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis».

La diferencia básica en este problema, si se trata de valorar la cooperación de un presunto autor o de un presunto cómplice, estriba en que en la autoría, tal cooperación es necesaria, en tanto que en la complicidad es de importancia menor. Más exactamente, y en esa misma línea discursiva, existe cooperación necesaria cuando haya aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido (teoría de la « *conditio sine qua non* »), cuando se contribuye con algo escaso y no fácil de obtener de otro modo (teoría de los " *bienes escasos* "), o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso (teoría del *dominio del hecho* »), y también se ha de tener en cuenta, quizá como más significativa, la teoría de la *relevancia de la colaboración* .

Cuando se contribuye objetivamente y a sabiendas de la ilicitud y de la antijuridicidad del acto, con una serie de actividades auxiliares, meramente periféricas o de segundo grado, acaecidas temporalmente «antes» o «durante», anteriores o simultáneas, estaremos en presencia de la complicidad delictiva.

Por eso, hemos de convenir, como mejor criterio delimitador, en que lo decisivo es, naturalmente, la naturaleza, el carácter y las condiciones de esos actos auxiliares. Porque al fin y al cabo lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad, no es ya ese concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido.

Esta Sala Casacional en punto a la cuestión de la participación delictiva en delitos contra la salud pública como el enjuiciado, ha tenido en consideración las siguientes exigencias o requisitos para apreciar la complicidad: a) la comisión del ilícito delictivo por una o varias personas cuya conducta asuman el papel principal de autoría, de otros con participación secundaria; b) el conocimiento por parte del cómplice de su contribución a un acto ilícito, pues de otra forma su participación sería impune; c) que su comportamiento sea de naturaleza secundaria y sometida a los actos principales de tráfico, que realiza el autor; d) que, por ello, no tenga carácter imprescindible en la ejecución del delito; e) que la colaboración del cómplice sea fácilmente reemplazable; y f) que tal aportación sea, en sí misma, esporádica y de escasa consideración.

Entre tales casos, puntales, concretos y *siempre excepcionales* , en función de la estructura típica del precepto que se contiene en el art. 368 del Código penal , y como supuestos de favorecimiento al "favorecedor" del delito, han sido calificados como actos de complicidad, actos de acompañamiento (STS 30-5-1991), esposa que acompaña a su marido en viaje en que se transporta droga (STS 7-3-1991), acompañar a los acusados principales en algunas entrevistas previas a la concertación de la operación (STS 5-7-1993), conducir el coche donde se traslada la droga, con limitado conocimiento de la cantidad transportada (STS 14-6- 1995), e indicación de cuál era el domicilio de los vendedores (STS 9-7-1997).

En el caso enjuiciado, la Audiencia razona la calificación delictiva en concepto de coautoría que atribuye a Abelardo . Al efecto, señala que él y Carlos Francisco se trasladan desde Marbella, donde tienen su residencia, a recibir la droga encargada por este último, en el vehículo de Abelardo , quien le da cobertura en tal operación. En dicho vehículo, se guarda el dinero que debe recibir el transportista, por el trabajo realizado, conforme a lo convenido con anterioridad, y Abelardo se encuentra presente en las entrevistas que mantienen a tal fin, y cuando se ha llegado a un acuerdo, se separa de su compañero y se dirige al coche, en donde ha guardado el dinero, y hace entrega del mismo a Eladio .

En el *factum* se dice que ambos acusados actuaban de común acuerdo.

De lo expuesto, no cabe considerar que estemos en presencia de cualquiera de esos supuestos excepcionales que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado de participación criminal accesoria, sino

que Abelardo tiene un papel, que si bien puede ser entendido como vicario de Carlos Francisco , que incuestionablemente es el jefe, pero no por ello es un papel secundario a los efectos penales, ya que efectúa operaciones esenciales como es el pago del transporte en donde llega la sustancia estupefaciente, y este dato nunca se ha considerado por nuestra jurisprudencia como periférico a los efectos de aplicar el art. 29 del Código Penal .

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Costas procesales.

SÉPTIMO.- Al proceder la desestimación de ambos recursos, se está en el caso de imponerles las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los procesados **Carlos Francisco y Abelardo** , contra Sentencia núm. 118/22011, de 17 de octubre de 2011 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por cada uno de sus respectivos recursos.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Perez Julian Sanchez Melgar Perfecto Andres Ibañez **Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro**

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sanchez Melgar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

*SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DE LA CORTE DE ARICA, CHILE;
SISTEMA ANTIGUO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.*

Arica, dos de Diciembre de dos mil tres.-

Visto:

Se reproduce el fallo en alzada con excepción de sus motivos tercero,, que se eliminan. Asimismo se le introducen las siguientes modificaciones:

Y teniendo en su lugar y además presente:

Primero: Que con los antecedentes de convicción reseñados en el apartado primero del fallo en revisión, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, es posible dar por establecido los siguientes hechos respecto a cómo se desarrollaron las pesquisas denunciadas por la policía que intervino en los mismos;

- a) Que por oficio secreto N° 204, que rola a foja 1, la brigada Antinarcóticos de Arica da cuenta al tribunal que por datos proporcionados por un “informante” y por investigaciones que dicha brigada lleva a cabo se pudo detectar que ingresaría una importante cantidad de droga al país con destino final a la ciudad de Santiago, por lo que se solicita se autorice el monitoreo del teléfono celular 9-7964724 que operaría desde el Centro de detención Preventivo de Arica.
- b) Que por resolución judicial de 26 de Septiembre de 2002 (fojas3) se da orden de averiguación con facultades amplias para la Brigada Antinarcóticos y para el caso que se incaute droga, autoriza la entrega vigilada.
- c) Que por oficio reservado N° de 4 de Octubre de 2002 la Brigada Antinarcóticos de Arica, pide ampliación de plazo para la detención de los sentenciados, pues se logró pesquisar la existencia del delito de tráfico en la ciudad de Santiago.
- d) Que por informe policial N° 557 de la Brigada Antinarcóticos de esta ciudad que rola a fojas 7 a 30 se da cuenta de la orden amplia de investigar entregada por el tribunal agregando que se confirmó la existencia del delito de tráfico ilícito de estupefacientes poniendo a disposición del tribunal a 3 personas que fueron detenidos en la ciudad de Santiago y se detallan los antecedentes de la investigación, indicándose que luego de un trabajo de inteligencia se lograron obtener más datos acerca de una organización criminal, que en la ciudad de Santiago transarían importante cantidad de droga, utilizando el camión patente HL-7991, se efectúa la descripción del sitio del suceso y se hace mención acerca de la existencia de un tal “lucho”.

Segundo: Que los referidos hechos si bien en principio pudiesen configurar la hipótesis penal por el cual fueron acusados los encartados, en la forma que se hizo en el fallo de primer grado, lo cierto es que una segunda revisión de los mismos, tomando los datos que arroja el cuaderno secreto lleva a una conclusión distinta, pues de la operación que la Policía describe como de “inteligencia”, estaba en total conocimiento la prensa nacional, ya que de ser fotográfico que rola de fojas --y de las actas de inspección ocular que dan cuenta las actuaciones de fojas, es dable concluir que de la transacción denunciada, ya sabía el canal de televisión Chilevisión permitiendo que ellos grabaran, con fines periodísticos, el

desarrollo de una investigación criminal, que no nació espontáneamente en la ciudad de Santiago, sino que tenía un desarrollo inicial en el vecino país del Perú.

Tercero: Que del cuaderno secreto resulta posible entender el desarrollo de las pesquisas denunciadas por la policía cuando pide al tribunal se autorice la entrega vigilada y en ella se detalla la participación de un informante, como agente encubierto, y se puede colegir que la droga incautada en estos antecedentes, fue traída desde el Perú no por iniciativa de los condenados, sino que en forma oficial, siendo trasladada a la ciudad de Santiago por la policía, apartándose de lo prevenido en el artículo 29 de la Ley 19.366.

Cuarto: Que el artículo 29 de la Ley de drogas autoriza la entrega vigilada de droga, esto es permite su circulación lícita, cuando se investiguen actos preparatorios de ejecución o consumados de alguno de los delitos sancionados en dicha ley, con la finalidad de individualizar a los partícipes, pero la circulación de la droga incautada en autos, le dio inicio la persona que se trasladó a Tacna (Perú) a buscar una droga que supuestamente iba a ser trasladada, por una banda internacional, con destino a la ciudad de Santiago.

El traslado se haría desde Tacna, por personas de la banda, en la que participaría un informante como agente encubierto, pero sólo se supo de la droga, pero no de la o de las personas que la entregaron. Alguna persona necesariamente, debió entregar la droga con el fin ilícito, pero ella, al parecer, pues no consta del proceso, nunca fue detenido, lo que resta credibilidad o coherencia a la forma en que actuó el informante o acerca del origen ilícito de la droga; no aparecen los actos preparatorios al menos la actual comisión de un ilícito.

Quinto: *Que el agente encubierto o el informante que actúa como tal, para que tenga validez en su actuar debe cumplir con los requisitos que se señalan en el inciso segundo del artículo 34 de la Ley 19.366, requisitos que respecto del que participó en estos antecedentes, no consta que se cumplan.*

En todo caso, sin perjuicio de lo anterior, es menester, dejar claramente establecido que el agente encubierto o el informante sólo pueden tener una participación en los hechos investigados de colaboración para identificar a los partícipes o recoger las pruebas que sirvan de base en el proceso, empero no puede llegar al extremo de incitar a instigar la comisión de un ilícito, en términos tales que pasen a convertirse en el verdadero traficante, como ha ocurrido en la especie, atento que el informante, actuando como agente encubierto, se trasladó a la ciudad de Tacna del vecino país del Perú, el que recibió la droga “aparentemente” en forma ilícita de la Policía de dicho país, y luego la internó a Chile cruzando por la frontera en forma legal por el paso de Chacalluta, para posteriormente, trasladarse a la ciudad de Santiago, donde recién, de acuerdo a la transcripción telefónica que rola en la causa y a los dichos de los funcionarios policiales y encausados, tuvo contacto con uno de éstos – Eduardo Morales Llancaño- esto es, se le tentó para interesarse en comercializar sustancias estupefacientes, sabiendo que el eventual ilícito estaba absolutamente programado y controlado por la Policía, tanto es así, que como se dijera en un acápite anterior, la prensa estaba en cabal conocimiento de lo que iba a suceder.

Sexto: Que lo anterior nos lleva al análisis jurídico de los actos desplegados por parte de los acusados y si ellos eran aptos para lograr el objetivo que perseguían y la conclusión lógica de la misma, llevan a una respuesta negativa, en el sentido de que estamos ante la

presencia de lo que la doctrina denomina “delito imposible” o la falta de idoneidad de los comportamientos para construir un ilícito.

En efecto, la única conducta reprochable de los acusados – o al menos de uno de ellos-, está en que pretendían adquirir cierta cantidad de sustancias estupefacientes para luego comercializarla en la ciudad de Santiago, pero de los datos e informaciones que arroja el proceso no es posible concluir que fueron ellos, los que realizaron actos tendientes o que tal finalidad se concretara, sino que fueron terceros – la Policía a través de un informante, que con un fin superior, equivocaron el camino y con un mal entendido concepto de lo que es la técnica de investigación de la entrega vigilada y el agente encubierto, incitaron a la comisión de un delito, que en el comportamiento inicial de los acusados no existía. Y, en todo caso, los actos ejecutados por los encartados no tenían ninguna probabilidad de éxito, pues toda la actuación previa al contacto en la ciudad de Santiago, estaba planificada con rigurosidad y, a tanto llegaba el grado de confianza que se invitó a la prensa para que estuviera presente en los hechos.

Séptimo: Que la entrega vigilada debe ser autorizadas “cuando se sabe o se sospecha fundadamente por antecedentes de inteligencia, que se están preparando o consumando delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas o con el propósito de identificar a los responsables de los envíos, a los destinatarios y, en general, a todos los partícipes de tales hechos” (Michel Diban, libro Gran Criminalidad organizada y Tráfico Ilícito de estupefacientes, Editorial Jurídica Conosur Ltda.).

Lo anterior implica que siempre la iniciativa del tráfico o los actos preparatorios deben correr por cuenta del delincuente, y es éste el que debe tomar la iniciativa para conseguir el propósito final de la comercialización de la droga.

Las remesas o envíos de drogas deben provenir de una actuación ILÍCITA; sin embargo, en estos antecedentes, ello no ha ocurrido, puesto que al tratarse de una entrega vigilada internacional, cuyo origen está en Perú, quedan sin contestar las siguientes preguntas. ¿Quién o quiénes entregaron la droga?, bajo qué circunstancias se produjo la entrega? ¿Cuál fue el precio que cobró el proveedor?, ¿Quién lo pagó?. Tales interrogantes carecen de respuesta, al menos en el expediente, ya que no hay ningún indicio para descubrir el origen de la droga, cuándo, dónde y qué manera se produjo el contacto para dar inicio al tráfico.

Lo único cierto y comprobable es la intervención de un informante, que actúa como agente encubierto, el que más que acompañar y controlar en forma discreta el transporte de la droga, era quién procedía directamente a transportar la droga, como único responsable de la misma y solo sujeto a la supervigilancia de la Policía.

Por otra parte, también quedan planteadas otras interrogantes, a las que no es posible responder. ¿Qué pasó con el ciudadano Peruano “Percy”? que se menciona en el parte N° 24, y que dio origen a este proceso, cuál es el nexos entre el tal Percy y los acusados?. El proceso nada arroja sobre el particular y la única que tiene respuesta para ello, es la Brigada Antinarcóticos.

Es factible que por la droga incautada sólo se haya pagado la suma de \$300.000 por gastos de traslado?, según se refiere en el acta de incautación del cuaderno reservado.

Octavo: Que por mucho que se pretenda controlar el grave flagelo que lleva envuelto el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, a través de medios modernos de investigación, en que ocasiones implique menoscabar algunos derechos del encartado, como el de la privacidad, lo cierto es que la utilización de tales técnicas no puede suponer la violación del

propio mecanismo de regulación que autoriza su uso. El ejercicio de tal técnica no puede justificar las interrogantes que carecen de respuesta lógica, dentro del proceso, ni que los partícipes, ya sea como agentes encubiertos a informantes, lo hagan bajo sus propias reglas, por lo que conforme a lo que se viene razonando y lo previsto en el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal, esta Corte dictará sentencia absolutoria atento que mientras no se produzca en los sentenciadores el convencimiento absoluto de que sé ha cometido un ilícito y que los acusados han tenido una participación culpable en el mismo, sólo corresponde dictar sentencia absolutoria, discrepando, en consecuencia, del criterio condenatorio de la fiscalía judicial en cuanto de acuerdo a lo expresado en el informe de fojas 207, fue de parecer de confirmar el fallo en alzada, sin modificaciones por estimar que está suficientemente acreditado el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, como la participación culpable de los acusados .

Con lo reflexionado, lo informado por la fiscalía judicial y lo prevenido en los artículos --del Código de Procedimiento Penal **se revoca la sentencia apelada de dos de Septiembre de dos mil tres, escrita de fojas 180 a 193 en cuanto por ella se condena a Eduardo Andrés Morales, Carlos Orlando Godoy, a las penas privativas de libertad y accesorias allí indicadas como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y, en su lugar se decide que se les absuelve de la acusación judicial** formulada en su contra como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

Dése inmediata orden de libertad a favor de los encausados si no han de estar privados de ella por otro motivo.



Roj: SAP M 17089/2015 - ECLI:ES:APM:2015:17089
Id Cendoj: 28079370042015100554
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 1160/2014
Nº de Resolución: 588/2015
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: JUAN JOSE LOPEZ ORTEGA
Tipo de Resolución: Sentencia

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 5 - 28035

Teléfono: 914934570,914934427,4606,4571

Fax: 914934569

ECR

37051530

251658240

N.I.G.: 28.079.00.1-2014/0024054

Procedimiento sumario ordinario 1160/2014

Delito: Contra la salud pública

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 05 de Móstoles

Procedimiento Origen: Sumario (Proc.Ordinario) 2/2014

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid ha pronunciado en el nombre de Su Majestad el Rey la siguiente:

S E N T E N C I A Nº 588/2015

MAGISTRADOS

D. JUAN JOSE LOPEZ ORTEGA

D. IGNACIO SANCHEZ YLLERA

D. MARIO PESTANA PÉREZ

En Madrid a treinta de diciembre de 2015.

Ante la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial se han visto en juicio oral y público los autos correspondientes al Procedimiento Ordinario nº 2/2014, procedente del Juzgado de Instrucción nº 5 de Móstoles, (Rollo de Sala 1160/2014), seguidos por el delito contra la salud pública contra los siguientes acusados:

Don Antonio , con DNI NUM000 nacido en Medina del Campo (Valladolid), el NUM001 /1987, hijo de Basilio y Natividad , sin antecedentes penales, y en prisión provisional por esta causa desde el 25/09/2013.

Don Dionisio , con NIE NUM002 nacido en Aguadas Caldas (Colombia), el NUM003 /1979 hijo de Fausto y Tarsila sin antecedentes penales, y en prisión provisional por esta causa desde el 25/09/2013.

Don Herminio , con NIE NUM004 . nacido en Colon Nariño (Colombia) el NUM005 /1972, hijo de Juan y Adolfina , sin antecedentes penales, y en prisión provisional por esta causa desde el 25/09/2013.

Don Millán , NIE NUM006 , nacido en Santa Rosa de Cabal (Colombia) el NUM007 /1978, hijo de Remigio y Carolina sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa .

Don Severiano , con pasaporte de Colombia NUM008 nacido en Santa Rosa de Cabal (Colombia) el NUM009 hijo de Jose Daniel y Estibaliz , sin antecedentes penales, y en libertad provisional por esta causa.

Don Jesus Miguel , con DNI NUM010 nacido en Machala-el oro (Ecuador) el NUM011 /1988 hijo de Adriano y Justa sin antecedentes penales, y en libertad provisional por esta causa.

En este proceso han sido parte el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma Sra Elena Ortiz García.

Los acusados han estado representados por los procuradores D. Juan José Martínez Cervera, Dña. María Teresa Rodríguez Pechín, Dña. Ana Vázquez Pastor, Dña. Susana Clemente Mármol, Dña. María Luisa Carretero Herranz, D. Luis Gómez López-Linares y Dña. Raquel Hidalgo Monsalve y defendidos por los letrados D. Oscar Ovidio Casar, Dña. María Paloma Bas Angula, D. Mariano Olmo de Pablos, D. Mariano Martín Escribano, D. Juan de Pablos Izquierdo, D. Francisco Aguado Arroyo y D. Eduardo Alarcón Caravantes.

Ha sido ponente el magistrado don JUAN JOSE LOPEZ ORTEGA, que expresa al parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO .- Este proceso se ha seguido en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Móstoles contra, Antonio , Dionisio , Herminio , Millán , Severiano y Jesus Miguel , todos los cuales fueron declarados procesados.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, una vez formuladas las conclusiones por todas las partes, se resolvió sobre la prueba propuesta y se señaló el 5 de octubre de 2015 para la celebración de una vista con la finalidad de resolver las cuestiones previas. Para el inicio de la celebración del juicio oral se señaló el 10 de noviembre de 2015.

Por Auto de 28 de octubre de 2015 se resolvieron las cuestiones previas planteadas por las defensas, desestimando la petición de nulidad de la prueba "ex art. 11.1 LOPJ ", por los siguientes fundamentos:

1. Todas las defensas han cuestionado la validez de las escuchas acordadas por los Juzgados de Instrucción de Móstoles, alegando que los diversos jueces que las autorizaron no los legalmente predeterminados (art. 24.2 CE), de lo que resultaría que se habría vulnerado la garantía de jurisdiccionalidad consagrada en el art. 18.3 CE , al condicionar la legalidad de las intervenciones telefónicas a que sean autorizadas por un juez, no cualquier juez, sino el legalmente predeterminado. Una de las defensas, además, la de don Severiano , ha cuestionado la legalidad del registro realizado en su domicilio (art. 18.2 CE), al haberse practicado sin darle oportunidad de estar presente, a pesar de encontrarse detenido.

Por todo lo anterior, se han invocado como infringidos los derechos consagrados en los arts. 18.2 y 3 y 24.2 CE .

Para este Tribunal, por las razones que se expresan a continuación, ninguna vulneración se ha producido en los derechos de los acusados y, por tanto, ningún motivo de ilicitud "ex art. 11.1 LOPJ " concurre en la prueba propuesta en los escritos de acusación.

2. Se invoca como vulnerado el derecho al juez legalmente predeterminado (art. 24.2 CE), cuestionando tanto la competencia de los Juzgados de Instrucción de Móstoles como la intervención sucesiva de hasta cuatro juzgados resolviendo las solicitudes policiales de observación, grabación y escucha de las conversaciones telefónicas que se sitúan en los momentos iniciales de la investigación seguida contra los acusados.

Para las defensas, la competencia para instruir una investigación que concierne a una organización criminal corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, órgano judicial al que ha reconocerse, con exclusión de cualquier otro, la condición de juez legalmente predeterminado (art. 24.2 CE) para acordar las diligencias de investigación (intervención de las comunicaciones telefónicas) ahora cuestionadas.

Esta, sin embargo, es una tesis inconsistente, no solo carece de base legal, sino que además contradice la propia actuación de la parte que en momento alguno ha puesto en duda, promoviendo la correspondiente declinatoria, la competencia de este Tribunal para el enjuiciamiento ni la del Juzgado de Instrucción nº 5 de Móstoles para instruir la causa.

La pretensión de la defensa no solo es contradictoria, sino que carece de fundamento legal. Cuestionar la competencia de los Juzgados de Instrucción de Móstoles para resolver sobre las solicitudes policiales de

intervención de las comunicaciones telefónicas, disponer la **entrega** vigilada de la mercancía ilícita intervenida o acordar el registro de los domicilios de los sospechosos en modo alguno encuentra apoyo en el art 65.1 d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial . De la mera lectura del precepto resulta que se atribuye competencia a la Audiencia Nacional para conocer de los delitos contra la salud pública siempre que la actividad delictiva se realice por una organización criminal y sus efectos se produzcan en el territorio de más de una Audiencia. Concurriendo el primer presupuesto, es obvio que el segundo no se da en el presente caso.

Al respecto, basta recordar que, de acuerdo con el escrito de acusación, la actividad delictiva investigada se refiere a la introducción en España de un alijo de cocaína que, oculto en una maquinaria industrial, fue entregado en un establecimiento de la localidad de Móstoles, hecho que, constituyendo un punto de conexión fuerte, resulta determinante para atribuir la competencia a los Juzgados de Instrucción de esa localidad.

3. Sentado lo anterior, no podemos dejar de recordar que las disputas competenciales entre órganos judiciales o la preferencia de los ciudadanos por unos u otros órganos judiciales supuestamente competentes resulta irrelevante desde la perspectiva del derecho fundamental invocado para cuestionar la validez en la adquisición de las pruebas, el derecho al juez legalmente predeterminado consagrado en el art. 24.2 CE . Como reiteradamente viene estableciendo el Tribunal Constitucional, "no cabe confundir el contenido del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre órganos jurisdiccionales se interprete en un determinado sentido" (SSTC 43/1984 , 43/1985 , 95/1988 , 49/1999 y 171/1999). Solo cuando la atribución de competencia carece de cualquier base legal y resulta irrazonable, puede considerarse vulnerado este derecho fundamental.

Tal cosa sucedería si pudiera sospecharse, fundadamente, que se han modificado las reglas de competencia, buscando de forma intencionada un juez distinto del llamado previamente por la ley (STS 237/2015, de 23 de abril). Ciertamente, tal actuación ilícita tendría un efecto devastador sobre la validez de la prueba, pues a la vulneración del derecho al juez legalmente predeterminado (art. 24.2 CE) habría que añadir la privación de la garantía de la jurisdiccionalidad consagrada en el art. 18.3 CE y, consiguientemente, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del secreto de las telecomunicaciones, secreto que se habría visto alzado por un juez a quien no cabría reconocer la condición de independiente e imparcialidad. Mas nada de ello puede atribuirse a la actuación de los Juzgados de Instrucción de Móstoles que acordaron las diversas diligencias de investigación, cuya validez ahora se cuestiona.

En efecto, la sucesiva actuación de los Juzgados de Instrucción nº 6, 1, 2, y 5 de Móstoles, a la vista de las actuaciones y de las alegaciones realizadas por las partes, respondieron a la aplicación de las normas de reparto que rigen la distribución de competencias entre los diversos juzgados de esa localidad y, en último término, a la existencia de razones de urgencia que se encuentran debidamente justificadas.

Consta en las actuaciones que fue el Juzgado de Instrucción nº 6 el que, por Auto de 4 de junio de 2013, resolvió las primeras solicitudes policiales, remitiendo ese mismo día a reparto las actuaciones incoadas (f. 46), cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Instrucción nº 5 (f. 57), que ha sido el que ha instruido la causa, pronunciándose a partir de ese momento sobre todas las solicitudes de investigación, salvo las que fueron resueltas por el Juzgado de Instrucción nº 1 (Autos de 12 de junio de 2013) y nº 2 (Auto de 24 de junio de 2013), resolviendo el primero en funciones de guardia y por razones de urgencia y el segundo en virtud del reparto que se le hizo.

El primero, cuya actuación ha sido expresamente impugnada por los defensores, dispuso la intervención de las comunicaciones telefónicas y la **entrega controlada** ante la evidencia del hallazgo de la sustancia ilícita que se intervino el mismo día en que se cursa la solicitud (f. 81). De la urgencia de la actuación dirigida a asegurar la fuente de prueba da buena cuenta el hecho de que la solicitud se presentase en el juzgado, transcurridos apenas cuarenta y cinco minutos desde que se comprobó el contenido del envío ilícito. La actuación, por tanto, fue inmediata y tan solo estuvo dirigida al aseguramiento de la droga, que se encontraba oculta en el interior de la máquina depositada en la aduana del aeropuerto de Barajas.

La actuación del segundo también se encuentra justificada a la vista del contenido de las actuaciones sumariales. Consta expresamente en el folio 140 la diligencia de reparto de la solicitud policial y tanto el Juzgado de Instrucción nº 2 como el nº 1, tras pronunciarse sobre las solicitudes policiales se inhibieron al Juzgado de Instrucción nº 5, tal y como respectivamente, consta en los folios 176 y 136 de la causa.

En consecuencia, ningún motivo existe en el que pueda basarse el temor de que la intervención de estos dos órganos judiciales se haya realizado menoscabando la garantía el juez legalmente predeterminado, con la finalidad de obtener un pronunciamiento judicial sesgado y vulnerando el derecho a un proceso con todas las garantías

4. La impugnación se ha extendido a la diligencia de registro realizada en el domicilio sito en la CALLE000 nº NUM012 - NUM013 de Getafe, en el que habitaba el acusado don Severiano . La queja se basa en que, siendo su domicilio y estando detenido, no se le dio oportunidad de asistir a la diligencia de registro.

En atención a ello se ha alegado la lesión del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, invocando como vulnerado el art. 18.2 CE .

Aunque tal derecho se encuentra previsto en el art. 569 LECRIM , la infracción carece de suficiente fuerza para provocar la lesión del derecho fundamental invocado. Como ha señalado, el Tribunal Constitucional, la relevancia para el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria de las irregularidades que puedan cometerse por quienes efectúan la entrada o el registro es muy limitada. El núcleo de la protección constitucional que proporciona el art. 18.2 CE reside en el presupuesto habilitante, en este caso la existencia de una autorización judicial, cuyo contenido y legitimidad no se han cuestionado. Cualquier otra incidencia, como la ausencia del interesado en el registro, incluso estando detenido, o la ausencia de su abogado, no son capaces de provocar la lesión del derecho garantizado por el art. 18.2 CE (STC 219/2006) y, por lo tanto, de dar lugar a la aplicación de la prohibición probatoria prevista en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , cuya aplicación se reserva a los supuestos en los que en la obtención de la fuente de prueba se ha obtenido con violación de un derecho fundamental sustantivo (STC 81/1998). A causa de ello también las irregularidades que se produzcan en el seno del proceso carecen de esa eficacia invalidante reforzada que sanciona la inutilizabilidad de la prueba ilícita. En tales casos, como ha establecido la STC 64/1986 , la tacha que puede oponerse a la eficacia de la prueba ha de reconducirse a la interdicción de la indefensión, lo que en último término nos lleva a afirmar, de acuerdo con la doctrina constitucional, que la relevancia de las irregularidades procedimentales ha de examinarse desde la óptica de la validez de la prueba, es decir, desde el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 94/1999).

Preservar el derecho de defensa, la garantía del contradictorio y la igualdad de armas es, sin lugar a dudas, un contenido esencial del derecho al proceso debido. En el presente caso, se cuestiona que en la actividad encaminada a preconstituir la prueba derivada del resultado del registro realizado en el domicilio del acusado no se respetó su derecho a estar presente, asistiendo a su realización y participando en la obtención del material incriminatorio que la acusación pretende valer contra él. Siendo esto cierto, lo que su defensa no ha justificado son las razones con las que contaba la magistrada juez de instrucción, que autorizó la entrada en el domicilio, para atribuir el uso de la vivienda al acusado, pues en la resolución habilitante (Auto de 25 de septiembre de 2012 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Móstoles), tan solo se menciona como moradores a "don Maximiliano y a uno de sus posibles colaboradores". Es más, en el acta extendida por la secretaria judicial se hace constar que, al efectuarse la entrada, el auto judicial se notificó al también acusado don Millán , que manifiesta desconocer a la persona a la que inicialmente se atribuyó la titularidad del domicilio. En tales condiciones, no hay duda de que el morador estuvo presente en la realización del registro, el cual también fue presenciado por don Silvio , que se encontraba en el mismo y contra quien finalmente no se ha formulado la acusación.

El hecho de que a tenor de lo expuesto el registro, y la ocupación de los efectos intervenidos, además de contar con la intervención de la secretaria judicial, fuese presenciado por otros dos moradores de la vivienda, cuya declaración ha sido propuesta para hacer valer su testimonio en el juicio oral, junto al hecho de que al impugnar la prueba la defensa ni tan siquiera haya indicado las razones por las que la magistrada juez de instrucción, al autorizar el registro, debió atribuir el uso de la vivienda al acusado don Severiano , permite descartar que se haya producido una actuación, dolosa o negligente, directamente encaminada a perjudicar los derechos del acusado en la obtención de la prueba de cargo.

En suma, por lo expresado en los anteriores fundamentos, hemos de declarar que ningún motivo existe para considerar que la obtención de las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal se encuentre viciada de nulidad, lo que a su vez nos lleva a desestimar la impugnación realizada por las defensas de los acusados en este incidente preliminar.

SEGUNDO .- Al concluir las sesiones del juicio oral, el 24 de noviembre de 2015, el Ministerio Fiscal formuló definitivamente su pretensión acusatoria, solicitando la condena de Antonio , Dionisio , Herminio , Millán y Severiano como autores de un delito contra la salud pública cometido por una organización criminal (arts. 368 , 369.1.5 y 369 bis CP) a la pena de doce años de prisión, inhabilitación absoluta para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, cuatro millones trescientos cuarenta mil euros de multa, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un año de prisión.

Alternativamente, ha solicitado se aplicase el art. 570 ter 1 b CP o se les castigase como autores de un delito contra la salud pública con la agravación de notoria importancia (arts. 368 y 369.1.5 CP).

TERCERO .- Todas las defensas, en el mismo trámite, solicitaron la libre absolución de sus defendidos.

II. HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- Se declara probado que los acusados Antonio , Dionisio y Herminio se concertaron para introducir en España un alijo de droga, simulando una importación de maquinaria eléctrica.

Así, el 12 de junio de 2013 se detectó en el aeropuerto de Barajas un envío con maquinaria industrial procedente de Panamá. Para llevar a efecto la importación, Antonio había facilitado los datos personales de su padre, la dirección de la empresa familiar y, como medio de contacto, su propio número de teléfono. Para la **entrega**, se había designado un local sito en la Avenida 2 de mayo nº 66 de la localidad de Móstoles.

Sobre las 12'15 horas del día 12 de junio de 2015, en la zona de carga del aeropuerto de Barajas, los guardias civiles nº NUM014 , NUM015 y NUM016 pertenecientes, respectivamente, al EDOA y a la Unidad Fiscal destacada en el aeropuerto procedieron a examinar la máquina a través de un escáner. Tras detectar en su interior una sustancia de apariencia sospechosa, la retiraron y la sometieron a un test de detección de droga, cuyo resultado fue positivo a la cocaína.

Contando con la autorización judicial para realizar una **entrega controlada**, intervinieron la mercancía ilícita, de la que se hizo cargo el teniente de la Guardia Civil NUM017 , que la depositó y custodió en la caja fuerte de su unidad.

Ante la imposibilidad de sustituir la mercancía intervenida por otra equivalente, se puso en circulación el envío, que fue entregado al día siguiente en la dirección designada para recibirlo. Del mismo se hicieron cargo Dionisio , que firmó el albarán de **entrega**, y Herminio , que supervisó la recepción. Ambos recibieron la máquina y la depositaron en el local, en el que la dejaron tras advertir que faltaba la droga.

Al percatarse de la desaparición del estupefaciente, entre los días 14 y 17 de junio, Dionisio y Antonio hicieron diversas gestiones ante la empresa encargada de la importación, para averiguar el destino de la droga extraviada.

El 23 de agosto, la sustancia incautada fue entregada en el Servicio de Inspección Farmacéutica y Control de Drogas de la Delegación del Gobierno de Madrid. Una vez analizada resultó ser cocaína distribuida en veintidós envases de distinta forma y tamaño. Para su análisis y homogeneización, la funcionaria que recibió el alijo lo distribuyó en cinco lotes, que se analizaron con el siguiente resultado:

6 envoltorios pequeños de color blanco con cocaína: 3458,5 gr. (78,8 % de riqueza medida).

3 cilindros de color marrón con cocaína: 519,6 gr. (71,4 % de riqueza medida).

3 envoltorios, uno de color verde y otros dos marrones, con cocaína: 2970,1 gr. (69,4 % de riqueza medida).

7 envoltorios blancos con cocaína: 519,6 gr. (72,7 % de riqueza medida).

2 envoltorios negros con cocaína: 1996,8 gr. (80,8 % de riqueza medida).

Los acusados Antonio , Dionisio y Herminio se proponían distribuir la droga que, una vez introducida en el consumo ilegal, habría alcanzado un valor de 1.085.000 euros.

Ninguna intervención han tenido en estos hechos los demás acusados, Millán y Severiano .

SEGUNDO .- Asimismo, se declara probado que en el registro de la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM012 , NUM018 de Getafe, que constituía el domicilio de los acusados Severiano y Millán y en el que también residía el hermano de este último, Carmelo , contra quien no se sigue este proceso, se encontraron en la habitación de éste, guardados en una bolsa de ropa, dos paquetes con 282 y 892 gr. de levamisol y cafeína.

En esa misma habitación ocupada por Carmelo se intervinieron unas hojas manuscritas con nombres, cantidades y claves de envío de dinero al extranjero.

Por el contrario, expresamente se declara no probado que en el registro de ese domicilio se hallasen efectos empleados para preparar la droga.

TERCERO .- El acusado Jesus Miguel , empleado del locutorio Ecuazaruma SL, a instancia de Carmelo , a quien no se juzga, aceptó realizar cinco envíos de dinero, por importe de 950 euros cada uno.

El acusado realizó los envíos el 7 de Basilio de 2013, sustituyendo la identidad del remitente por las siguientes clientas del locutorio Coro (2.850 euros), Esther (950 euros) y Isabel (950 euros).

El acusado realizó estos envíos sin sospechar que el dinero así transferido fuera de procedencia ilícita. Tampoco se ha probado que proviniese del tráfico de drogas.

III. MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- Para establecer los hechos anteriores hemos atendido a la prueba practicada en el acto del juicio, que hemos valorado con el siguiente resultado:

Hemos establecido que los acusados Antonio , Dionisio y Herminio , concertadamente, ejecutaron un plan dirigido a introducir en España un alijo de droga de más de quince kilogramos de cocaína, teniendo en cuenta la contribución prestada por cada uno de ellos a la realización del hecho. Así, mientras Dionisio se entendía con los proveedores, Antonio facilitó los datos para conseguir que se despachase la mercancía en la que se ocultaba la droga. Además, Dionisio y Herminio se encargarían de recibirla. Y una vez advirtieron que la droga había desaparecido, Antonio y Dionisio realizaron diversas gestiones para averiguar las circunstancias de la desaparición, a las que tampoco fue ajeno Herminio .

Todo ello nos lleva a afirmar, más allá de toda duda razonable, que los tres acusados, siendo plenamente conscientes de la ilicitud de la acción emprendida, contribuyeron a la ejecución del plan prestando cada uno de ellos una aportación a la realización del mismo que resultaba indispensable para ejecutarlo.

SEGUNDO .- Que Antonio facilitó a Dionisio los datos para realizar la importación de la maquinaria, incluyendo el DNI de su padre (F.1266), resulta de su propia declaración, de la carta de porte consignada en la aduana y de la información extraída de la cuenta de correo utilizada por Dionisio (DIRECCION000). Además, es su propio número el que figura como teléfono de contacto y él mismo, al declarar en el acto del juicio, expresamente reconoció haber proporcionado estos datos a Dionisio .

"El NUM019 es su número personal.

Basilio es su padre. No utiliza correos con la identidad de su padre. Lo único que puso fue el nombre de la empresa. Hizo un favor. Dionisio le ofreció mil euros por poner el nombre de la empresa para que trajeran la maquinaria. Era un motor.

Palillo es Dionisio .

Sabe que esto lo había hecho más gente del pueblo. Palillo le dijo que preguntara a Gervasio " Largo ". El dicente le preguntó y le dijo que no había problemas. El dicente le dio los papeles para que trajeran el motor.

Dionisio encargaba con frecuencia este tipo de maquinaria.

Sabe que lo ha hecho más veces.

El dicente le facilitó la identidad de la empresa.

La maquinaria la recibieron el 13 de junio de 2013.

El albarán venía a nombre del dicente, como persona de contacto con su número de teléfono. El dicente facilitó los datos para el albarán".

Es cierto que en su descargo Antonio sostiene que aceptó la proposición que le hizo Dionisio , sin sospechar que la máquina iba a ser utilizada para ocultar en su interior un alijo de droga:

"El dicente no sabía nada de la droga que la máquina llevaba dentro"

Y en apoyo de esta tesis defensiva sostiene que Dionisio abusó de su amistad:

" Dionisio convive con el dicente. Tuvieron una amistad. Sus novias eran amigas.

Dionisio se quedó sin trabajo, sin paro y el dicente le ofreció su casa para que viviera en una habitación. Le pagaba sesenta o setenta euros por la habitación. Una amistad normal".

Que Dionisio residiese en el domicilio de Antonio y su esposa e incluso que ambos pudiesen haber tenido una relación personal, no excluye que Antonio contribuyese a la realización del hecho delictivo consciente y voluntariamente, facilitando los datos necesarios para la importación de la maquinaria en la que se ocultaba la droga. Así resulta de las diversas conversaciones que en los dos días siguientes a la recepción del envío mantuvieron Antonio y Dionisio . Su contenido revela, con suficiente claridad, que Antonio estaba al corriente de la verdadera naturaleza de la operación.

Así, en la conversación que Antonio tiene con Dionisio al día siguiente de la **entrega**, cuando ya habían descubierto que faltaba la droga, Antonio no solo se hace partícipe de la operación fallida, sino que además se ofrece a ayudarle:

" Dionisio : Que todo el proyecto se va a pique.

Antonio : Ah eso ya lo sé ... pero y qué vas a hacer? Pues le pagarás esta parte y luego *ya miraremos a ver que hacemos...*

Dionisio : No sé lo que pensará él ...

Antonio : *Entre los dos yo te podría ayudar* hombre... no te preocupes... yo creo que de aquí allí se recuperará la empresa...

En esta misma conversación Antonio no tiene inconveniente en admitir que el problema que presentaba la máquina es que los cables están cortados, para referirse a que faltaba la droga:

Dionisio : Eso no fue donde digo porque es que el motor no puede venir sin ... sin todos esos cables.

Antonio : No, no, no, no ... *si están cortados* ... no me jodas ...

Dionisio Ah?

Antonio : Si están cortados a mala hostia ...

Dionisio : Claro

Antonio : Eso es alguien que sabía y punto ... ni más ni menos ni menos ni más ... se ve que no hace falta darle tanta vuelta Palillo ... si eso es

Más clara aún es la implicación de Antonio cuando descarta que la droga haya desaparecido en la aduana, en la que solo ha permanecido veinticuatro horas, barruntando que la droga ni tan siquiera haya llegado a ser depositada en la máquina ("echarle el líquido"). Y mientras Dionisio , por su parte, se refiere a las explicaciones que tendrá que dar a los proveedores por el extravío.

Antonio : Yo de todas maneras si estaba informado ... a mi primo ... oye pasa esto y pasa esto ... bueno ... dice ... ni en la "adu" de aquí ni en la "adu" de aquí ... *eso ha sido al que se lo haya dejado para echarle el líquido* ese ... el que dijo que le iba a echar un líquido.

Dionisio : Si eso le estoy diciendo ... el dice que no, que no, que no, que no.

Antonio : Mira qué bonito ha venido el líquido.

Dionisio : Yo le dije y que no, que no, que no, que no ... que no es así, que no, que no él se averiguó mucho ... él se averiguó también pero ... habló con DHL y le dijo lo mismo ... que no que eso era imposible que eso de aduanas no era lno era pero que eso aquí no fue ... dije ... es que yo ya no sé que pensar

Antonio : Aquí no ... *aquí no porque ha estado veinticuatro horas nada más* ... que va a ser aquí.

Dionisio : Claro

Antonio : Aquí no porque ha estado veinticuatro horas

Dionisio : Claro.

Antonio : Y en veinticuatro horas no da tiempo ni a respirar.

Dionisio : Claro.

Antonio : A ver ... no sé pero hay gato encerrado ahí.

El contenido de esta conversación, inequívocamente incriminatorio, se ve reforzado por la que vuelven a tener Dionisio y Antonio al día siguiente, esta vez sobre la denuncia que tenían que realizar para justificar la desaparición. Si como consecuencia de ello llegase a intervenir la Guardia Civil, "estamos jodidos", le dice Antonio a Dionisio :

Dionisio : Si colocamos la denuncia, qué tienen que mirar la máquina.

Antonio : Él me ha dicho que si me faltaba algo o lo que sea que ponga denuncia y luego ya la Guardia Civil ya va ...

Dionisio : ¿A mirarla?

Antonio : Ya va pidiendo datos y ... es que la aduana son la Guardia Civil.

Dionisio : Claro.

Antonio : *Y como nos metamos ahí estamos jodidos tío*

Dionisio : Claro, es que como me tienen aquí.

Antonio : Estamos revolviendo mierda.

Y ese mismo día, en otra conversación en la que hablan de las explicaciones que Dionisio ha de dar a los proveedores, Antonio intenta convencerle que no es posible que la droga se haya intervenido en la aduana, pues de haber sido así directamente habrían ido a por ellos, sin tomarse la molestia de volver a montar la máquina:

Antonio : El agente le va a decir cómo van las cosas, que si aduanas lo ha tocado que tiene un precinto de aduanas, que si lo ha cogido, escúchame, si aduanas lo ha cogido.

Dionisio : ¿Sí?

Antonio : Eh, no lo manda, vamos, que *directamente se vienen a por nosotros* . Que no andan tocando los cojones de enviarlo otra vez armao. ¿ Vale?

Dionisio : ¿Pero entonces?

Antonio : *Eso viene así de allí* .

El contenido de estas conversaciones es tan claro que permite alcanzar la convicción, más allá de toda duda razonable, que la intervención de Antonio , antes y después de la recepción de la máquina en la que se ocultaba la mercancía ilícita, se realizó con pleno conocimiento de que participaba en la importación ilegal de un alijo de droga.

TERCERO .- Idéntica conclusión incriminatoria resulta en el caso de Dionisio , que ocupa un lugar central en la ejecución de la operación de importación ilegal. Interviene en todas las fases en las que se desarrolla el plan delictivo: en las fases previas a la expendición del alijo, pues es él quien mantiene el contacto con los suministradores a través de la cuenta de correo DIRECCION000 ; en la recepción de la máquina en la que se había ocultado la droga, pues es él quien firma el albarán de **entrega** (f. 670); y en las actuaciones posteriores, una vez advirtieron que faltaba la mercancía, dando explicaciones a los proveedores y realizando averiguaciones sobre el destino de la droga, como evidencia el contenido de la conversación que sostiene con Antonio el 17 de junio de 2013, en la que le pide ayuda para rellenar los formularios:

Antonio : Dime chiquitín.

Dionisio ; Bueno que estoy sacándolo porque el programa lo tengo yo en el ordenador, lo estoy descargando entonces cogí el de .. el de Clara , ¿ cómo empiezo? De ... ante ustedes o ¿cómo empiezo?

Antonio : Tú pon ..., el lo de arriba ya lo pone él, de eso ... eh ... tú haz como si tu tienes que hacer como si hicieras una carta a ... de reclamación, ni más ni menos.

Dionisio : Ah, vale, venga entonces estoy ... ante ustedes me dirijo informándoles que ... el ... eh ... la mercan ... eh ...

Antonio : la mercancía que me repartieron, como cuando yo ...

Dionisio : La mercancía que me hicieron **entrega** con número de guía tal

Antonio : Tal y ..., no la revisé, no la revisé cuando la abrí después que me la entregaron

Dionisio : No, no, no, no la ... no importa, la mercancía que recibí tal día con tal fecha, llego con un problema.

Antonio : Exacto, no, lque viene apalancada, tú le dices que ...

Dionisio ; Viene apalancada ...

Antonio : Como viene así.

Dionisio ; En cuanto a ..., no, no puede funcionar bien, necesito

Antonio : Exacto.

Dionisio : Necesito ... ¿necesito un informe o qué?

Antonio : No, no, eso no, eso es para que pongan el sello y ya ellos ya nos enviarán o que nos tengan que enviar pero bueno ese papel nos vale a nosotros.

Dionisio : ¿Solamente le coloco eso, sin colocar, no el informe sino que necesitaría que viene ahí diciendo, que venía apalancada?

Antonio : ¿Cuál?

Dionisio : Sí, na más, ¿solamente eso?

Antonio : Sí, solo un, una carta de reclamación, pa ellos, punto tú como que relamas que eso ha venido mal.

Dionisio : Vale.

Antonio : Y ellos van mañana le ponen el sello y luego ya nosotros que nos envíen la carta con el sello para que nosotros ..., un duplicado

Dionisio : Sí.

Antonio : ¿Sabes? Y luego ya nosotros hacemos lo que tengamos que hacer con esa carta

Dionisio : Entre menos tengamos que colocar nosotros, que día tal, guía tal viene apalancada, entonces ya nosotros no tenemos que arreglarla, pues eso es lo que yo quiero decir

Antonio : Tú maquínatelo para que no tengamos que cambiar mucho

Dionisio : Vale por eso, vale, venga.

Antonio : Venga, chao

Es más, las mismas conversaciones que mantiene con Antonio , a las que anteriormente se ha hecho referencia, son prueba suficientemente reveladora de su participación en el hecho delictivo y permite descartar, más allá de toda duda razonable, que su contribución a la realización del mismo, la haya prestado ignorando que la máquina contenía un alijo de cocaína.

CUARTO .- La aportación de Herminio a la realización del hecho delictivo también fue consciente y voluntaria. Se sitúa en el núcleo mismo de la acción delictiva, al recibir la máquina en la que se encontraría oculta la droga. Su presencia en ese momento y en ese lugar no fue casual. Formaba parte del plan urdido por lo acusados que se desplazase con Dionisio para supervisar la **entrega** y revisar el contenido de la máquina. Esta es la convicción alcanzada por este Tribunal tras contrastar la declaración del acusado con el resto de las pruebas practicadas en el acto del juicio.

Al declarar en el acto del juicio, Herminio se ha limitado a afirmar que acudió al local sito en la Avenida 2 de mayo nº 66 de Móstoles, a instancia de Dionisio y solo para limpiarlo, pues ni tan siquiera estuvo presente cuando se recibió el envío. En su descargo sostiene que ya se había marchado llevándose la chatarra.

Al local sito en la avda 2 de mayo de Móstoles solo fue una vez. Dionisio le contrató para hacer la limpieza en una nave. Fue a limpiar. No estuvo presente cuando Dionisio recibió nada.

El dicente no recibió nada. No tiene relación con la maquinaria que se recepcionó.

.../...

El local de Móstoles, avenida 2 de mayo, el dicente lo limpió y se marchó. El local estaba vacío. No había nadie.

Sacaron lo que había y limpiaron. Había chatarra. El dicente la cargó y se fue.

Su declaración contrasta con el resultado de las vigilancias. Todos los policías que las realizaron coinciden al afirmar que los dos estaban presentes cuando se recibió la máquina, que los dos aguardaban su llegada y que la recibieron conjuntamente. De hecho, no solo estuvieron juntos cuando se recibió la máquina, sino que juntos también la introdujeron en el local, en el que permanecieron el tiempo suficiente para poder revisarla y comprobar que la droga había desaparecido. Y juntos, finalmente, abandonaron el local.

"Montaron una vigilancia en el sitio donde se iba a recibir la maquinaria, por la documentación del destinatario. Detectan que llegan allí dos personas sudamericanas. Montan vigilancia sobre ellos. Luego resultaron identificados como Dionisio y Herminio . El dicente los vio. Llegaron en un Peugeot 206 azul. Quedaron en el parque, estuvieron en actitud de espera. La nave tenía una entrada hasta el final, como un garaje. Llegó el camión, arrumbó el camión para atrás, descargaron la máquina y la metieron dentro. Estuvieron quince minutos. No recuerda si se metieron los dos en la nave o solo uno y luego se marcharon. Ambos estaban pendientes. Uno fue el que abrió la cochera para facilitar que la empresa de transporte entregara la máquina y el otro no recuerda si se queda en el parque y luego pasó dentro, no recuerda. Los dos estaban en actitud vigilante (NUM017).

La maquinaria se **entrega** finalmente en unos trasteros de Móstoles, avenida 2 de mayo. Eran unos antiguos locales comerciales compartimentados para trasteros. En las vigilancias se veía que eran para uso particular. No tenían actividad comercial propiamente dicha. Herminio y Dionisio reciben el paquete. Llegó el camión con la máquina dentro, lo que pasó dentro ellos no lo pudieron ver evidentemente, metieron la máquina dentro, cerraron tras un rato y se fueron. Cree recordar que entraron los dos en el trastero. Estuvieron poco tiempo en el trastero. Lo acondicionaron dentro, lo dejaron correcto y se fueron. No tardaron mucho, diez, treinta minutos, una cosa así (NUM020).

Primero hicieron la **entrega**. El dicente estuvo presente en la **entrega**. En la **entrega**, la máquina la recibió Dionisio y Herminio en Móstoles, en una cochera, en la avda 2 de mayo 66. Estaban los dos. En un principio entró Dionisio con llave, estuvo barriendo y colocando. Cuando llegó el camión con la máquina, llegó Herminio y entre los dos metieron la máquina, era pesada. Mientras Dionisio estuvo barriendo, Herminio estaba fuera en un parque. Al lado. Era una bajada para entrar en la cochera, entre el camionero y los dos bajaron la máquina y la metieron en la cochera. Estuvieron poco tiempo allí. Cerraron y se fueron (NUM014).

Llega un camión y Herminio , Dionisio y el camionero descargan la máquina, preguntado si vio cómo la descargan, manifiesta que sí. La descargaron entre varios. La máquina pesaba bastante, era un camión que llevaba un elevador. Preguntado dónde está la máquina incautada, una vez que la máquina es entregada en Móstoles, preguntado qué se hace con la máquina, manifiesta que en principio cuando vino el camionero eran tres personas. Luego entraron, volvieron a salir, hablaron entre ellos, luego se marcharon y la máquina se quedó allí (NUM021).

Cuesta mucho entender que Dionisio reclamase la intervención de Herminio , si éste solo tenía que limpiar un local vacío. Si su intervención resultaba necesaria, hasta el punto de hacer que le acompañase hasta la localidad de Móstoles, no era para realizar una tarea que cualquier otro podía haber realizado en su lugar. Si era necesario recurrir a una persona de confianza era, simple y llanamente, porque juntos iban a recibir la mercancía ilícita.

Esta conclusión adquiere más consistencia si se examina con detalle la conversación que Herminio sostiene con Antonio el día 20 de junio de 2013. Se produce mientras Dionisio estuvo ilocalizable, con el teléfono desconectado durante más de un día, mientras informaba a los responsables del envío ("al hijo y al otro") de la desaparición de la droga. El contenido de la conversación es claramente revelador de que tanto Herminio como Antonio estaban al corriente del riesgo que Dionisio corría en ese momento. Ambos temen por su suerte, por lo que le pueda suceder y no saben qué hacer para encontrarle ni tampoco a quién recurrir, porque, como Antonio le dice a Herminio , "somos los únicos que sabemos".

Herminio : Dime Antonio

Antonio : Muy buenas

Herminio : Buenos días.

Antonio : Eh, tu sabes algo de Palillo .

Herminio : no.

Antonio : Me cago en la puta macho.

Herminio : Qué pasa.

Antonio : Pues no sé, o son cosas que me dan a mí en la cabeza o tiene todos los teléfonos apagados.

Herminio : Pero ¿estaba aquí? Porque es que a mí me vino a decir antes de ayer que se iba.

Antonio : No antes de ayer y ayer se fue a Madrid a mirar un trabajo

Herminio : Ajá.

Antonio : Y ... ya, *desparecido en combate*

.../...

Antonio : Y este estoy preocupado claro, porque *ya sabes lo que hay* .

Herminio : Sí, sí, claro y qué hará este maricón.

Antonio : Es que como aparezca le voy a decir a mí no me tengas los teléfonos apagados majete. Y

Herminio : A ver.

Antonio : Es que no puede tener los teléfonos apagados ahora. Es que no sé, es que encima iba, *iba a quedar con el hijo y otro, que habían venido* , es que con nadie conocido, sabes.

Herminio : Es que esas cosas no se puede hacer uno solo hermano, es que él no cuenta nada, pues ya ves.

Antonio : Joder macho.

Herminio : Claro que es jodido eso, me cago en diez hombre

Antonio : Yo estoy desesperado

.../...

Natividad : A mí lo que me jode es que no creo, no, porque digo yo que es ..., que investigarán antes que nada, pero *vamos* , *no creo que le hayan hecho nada*

Herminio : Claro pues, yo también le dije a él, tienes que hacer las cosas con cuidado y es, claro, él se confía y eso y uno no sabe qué hacer hermano

Antonio : Y es que ahora qué hacemos nosotros si no sabemos el paradero de él

.../...

Herminio : Hay que seguir intentando a ver si luego los enciende o alguna cosa porque me caguen diez

Antonio : Si no nos toca buscar a ti y a mí que *somos los únicos que sabemos*

Herminio : A ver, pero es que los jodido es si saber para dónde cogió él.

Antonio : Ya lo sé, ya lo sé.

Herminio : Pues vamos a ver lo que hacemos entonces, yo voy a intentar localizar también o alguna cosa a ver

Antonio : Sí, es que estamos aquí desesperados.

La conversación es muy expresiva, es claramente reveladora de que Herminio estaba al corriente de que el envío había resultado fallido y los suministradores habían venido a pedir cuentas a Dionisio . Y también es evidente que un temor tan angustioso, como el que refleja la conversación, solo se explica si pone en relación con la desaparición de un alijo droga, no por el simple hecho de que una máquina eléctrica haya llegado en mal estado.

Es el contenido de esta conversación el que dota de un significado inequívocamente incriminatorio a la presencia de Herminio en el momento de recibir el envío procedente de Panamá. Por ello, no es solo la percepción subjetiva de los policías que les vieron juntos aguardando la llegada de la máquina. Ni tan siquiera el hecho de que su cortada haya resultado fallida, pues en contra de lo que ha declarado permaneció en el local hasta hacerse cargo del envío. Lo auténticamente relevante es que a estos datos indiciarios se añade una conversación, la que sostiene con Antonio , claramente reveladora de que Herminio estaba al corriente de las explicaciones que Dionisio estaba dando a los suministradores (el hijo y el otro) por la desaparición del alijo de droga.

Por ello, para este Tribunal, es posible afirmar, más allá de toda duda razonable, que el acusado participó consciente y voluntariamente en la ejecución del plan encaminado a introducir en España un alijo de droga, oculto en una máquina, y que él mismo estuvo presente en el momento de la **entrega**, supervisando la recepción del envío.

QUINTO .- Basándonos en el resultado de la prueba testifical, hemos establecido que la sustancia intervenida en el aeropuerto de Barajas y la analizada en el laboratorio oficial es la misma.

Ciertamente a lo largo del juicio se ha puesto de manifiesto que, incomprensiblemente, la sustancia sospechosa se extrajo de la máquina y se aprehendió sin levantar un acta de la intervención. Tampoco se fotografió el alijo ni los distintos envases fueron precintados. En realidad, como han destacado los defensores, ninguno de los protocolos establecidos para asegurar la cadena de custodia se observó en este caso. A pesar de ello, ha sido posible establecer con el suficiente grado de seguridad que existe la más absoluta identidad entre el alijo intervenido en el aeropuerto de Barajas y la sustancia objeto del reconocimiento pericial.

Es más, el resultado de la prueba, fundamentalmente testifical, ha permitido reconstruir con todo detalle las actuaciones realizadas para aprehender la droga, determinar en qué lugar estuvo depositada y cuál fue el funcionario responsable de su custodia, a cuyo cargo permaneció hasta que fue entregada en el laboratorio oficial para identificarla y analizarla.

En consecuencia, en el presente caso, a pesar de los indudables déficits que presenta la actuación policial, carece totalmente de fundamento sostener, como han hecho las defensas, que no se haya respetado la cadena de custodia.

La aprehensión de la droga se produjo en una zona reservada de la terminal de carga del aeropuerto de Barajas, una vez detectada la presencia de la sustancia sospechosa a través del escáner. El Guardia Civil NUM016 , perteneciente a la unidad fiscal, ha aclarado cuál fue el lugar en el que se realizó esta operación:

El dicente estuvo físicamente cuando se realizó la apertura de la maquinaria que contenía la sustancia sospechosa. Preguntado donde se produjo esa manipulación, manifiesta que en la terminal de carga del aeropuerto de Barajas.

En una zona que tiene Prosegur adecuada como caja fuerte, una estancia como un cuadrado, totalmente cerrada y ahí se efectúa la apertura.

La mercancía estaba en la terminal de carga en su estante, en la ubicación que le da la Compañía.

Cuando la localizan, la pasan por rayos, cuando ven que en la parte cilíndrica de la máquina hay algo que no tiene que estar ahí, según la tomografía de la máquina, aparecen cortes y densidades que se corresponden a lo que viene declarado.

Lo trasladan quince o veinte metros dentro del terminal de carga a la caja que ha mencionado.

Cuando realizan la apertura evitan que haya operarios ni público para no llamar la atención.

En esa dependencia se realizó la apertura.

Las actuaciones sobre la máquina para extraer la droga de su interior, fueron materialmente realizadas por este guardia de la unidad fiscal y por el guardia civil del EDOA NUM015 . Este último se ha referido a la apertura y a la aprehensión de la sustancia sospechosa señalando:

No es mecánico, es una persona habilidosa, se ocupa de manejar herramientas, si hay que hacer alguna sustitución en alguna entrega suelen recurrir a él.

La intervención se produce el 12 de octubre, por la mañana.

Llegó a su unidad y le dijeron que había que hacer esa intervención. No sabe si ya lo tenían programado.

Tienen su unidad en Tres Cantos. Se desplazan a Barajas cuando llegan allí, le dicen que es un cablestante, él llevaba algo de herramienta.

Iban de su unidad el compañero anterior, el compañero que entre después también estuvo presente y varias personas más que el dicente no conoce. De su unidad el dicente y el anterior.

El NUM017 estaba presente, era el teniente, el que le ha precedido, el NUM014 y el dicente.

Llegan, les están esperando otros compañeros, les dicen esto es lo que hay y creen que dentro tiene droga.

Proceden a abrirlo. No recuerda si realizaron alguna comprobación previa. Al dicente le dijeron que aquí está, ábrelo, el dicente lo abrió junto con otro operario. Venía muy bien.

Había que poner una radial para cortar una chapa, luego hay que volver a cerrarlo para la entrega. No se puede romper mucho. Hay que hacerlo con cuidado.

Extraen el material sospechoso, venía bien colocado y prensado. Extraen varios paquetes, no recuerda el número.

Él los iba sacando, y se lo daba a sus compañeros. No se ocupa de contar, él saca, saca y ya contará el que viene detrás.

Serían quince, diecisiete, los abe de oídas, de lo que iban diciendo. Más de diez menos de veinte.

Después se vuelve a cerrar y ya está.

De los paquetes se hacen cargo los compañeros. El dicente se quedó en la máquina volviendo a cerrarla para entregarla.

En su presencia no se realizó el narcotest.

Antes de realizar esta operación, preguntado si pasaron la máquina por un escáner, manifiesta que no lo sabe, en su presencia no.

Preguntado si recuerda dónde se depositó el paquete, quién depositó la sustancia sospechosa, manifiesta que no sabe se hicieron cargo los compañeros y no sabe dónde lo depositaron.

Preguntado si recuerda haber tenido alguna otra intervención en este procedimiento en relación con los paquetes, manifiesta que no: se quedaron en aduanas y no volvió a tener relación con ellos.

En lo que se refiere a las circunstancias de la aprehensión, la declaración realizada por el guardia civil NUM016 , de la unidad fiscal, es sustancialmente coincidente con la realizada por su compañero. Sin embargo, presenta importantes diferencias en lo relativo a la retirada y custodia de la sustancia intervenida:

Preguntado cómo se realizó la apertura, quién estaba presente, manifiesta que estaba su superior el teniente, ellos son un grupo colaborador.

Se refiere al teniente que era jefe del grupo EDOA

Puede ser el NUM020 , cree que sí.

Había dos compañeros más del EDOA.

De la unidad fiscal solo estaba él presente.

Pasaron la máquina por rayos, observaron que dentro del tubo donde va alojado el cable se veía una serie de densidades distintas. Eso no tenía que estar ahí. Procedieron a hacer una punción con un taladro. Sacaron polvo blanco, dio positivo a la cocaína y procedieron a desmontar la máquina por completo. Al quitar la parte del motor eléctrico vieron que estaba montado de tal manera que eso no podía funcionar, lo sacaron y tenía alojado ahí a base de soldaduras y compartimentos una serie de paquetes que daban por resultado diecisiete kilos de cocaína. Procedieron a montar la máquina otra vez y la embalaron.

Se solicitó al Juzgado la extracción de la droga y dejar que la mercancía siguiese su camino para continuar las investigaciones.

Eran alrededor de diecisiete kilos de cocaína. No puede precisar número de paquetes.

Que lo pesaron allí mismo. Había una balanza comercial. No recuerda quién la llevó.

Que estaba el teniente y dos agentes y el dicente que pertenece a la sección fiscal de la aduana del aeropuerto de Barajas.

Cuando se extrajeron los paquetes los retiró el teniente. Se lo llevaron dos de ellos. En unas bolsas de plástico precintadas. Se envuelve con cinta adhesiva. A veces se pone un número identificador. El dicente no lo realizó, estaba ocupado montando la máquina.

Los paquetes conteniendo la sustancia sospechosa, la cocaína, lo introdujeron en unas bolsas que retiró materialmente el teniente y otro compañero.

En ningún caso quedó a cargo del dicente ni el dicente lo depositó en su unidad.

No tiene constancia de que ese paquete quedase depositado en su unidad. No sabe dónde quedó depositado.

El dicente se quedó terminando de montar la máquina y dejar todo en sus envoltorios como estaba.

La apariencia de los paquetes era irregular. Unos más cuadrados, otros más triangulares unos más pequeños, otros más grandes para aprovechar todos los huecos, eran todos de forma irregular. Vienen embalados con cinta adhesiva. No le llamó nada la atención, venía como en otras ocasiones. No recuerda nada significativo.

Que la sustancia intervenida arrojó un peso de diecisiete kilogramos se encuentra, además, corroborado por la información que la unidad aprehensora proporciona al Juzgado de Instrucción al solicitar la autorización para realizar una **entrega controlada** (Folio 101). Un peso que es prácticamente idéntico al que arrojó el alijo al ser depositado en el laboratorio oficial (17.040 gr de peso bruto), tal y como se hizo contar en el acta de pesaje y muestreo (F 364) y tal y como ha confirmado en el acto del juicio la funcionaria que lo recibió. En su declaración, ésta también se ha referido al número y aspecto de los paquetes, de varias formas y tamaños para adaptarse a los huecos de la máquina, como por su parte pudieron constatar los guardias civiles que los retiraron de su interior.

La declaración de la responsable del laboratorio oficial, además, es particularmente relevante por cuanto describe, basándose en sus "notas primarias", el aspecto externo del decomiso y muy particular que todo él se encontraba volcado en una bolsa grande con el distintivo de Iberia:

Esta muestra venía en una bolsa de Iberia, era una bolsa enorme, envían todas las bolsas policiales, de las que la dicente en observaciones pone los precintos.

Había una bolsa grande en la que venían bolsas policiales con sus precintos, pero venía todo fuera de las bolsas.

Decide que los dos pequeños muestra 1; cilindros marrones, muestra 2; ladrillos pequeños, muestra 3; los siete ladrillos blancos, muestra 4; y los dos ladrillos blancos, 5ª muestra.

No vienen dentro de las bolsas policiales. *Aquellas bolsas policiales venían volcadas en la de Iberia .*

Ella lo abre y ve que el polvo es igual.

Las bolsas que venían con el precinto eran transparentes.

La bolsa grande ponía Iberia. Quiere recordar que era transparente también, muy grande.

El dato de la bolsa es primario de la dicente.

Siendo este un dato primario de la responsable del laboratorio, resulta decisivo para corroborar el testimonio proporcionado por el teniente de la Guardia Civil NUM017 , dotándole de plena fiabilidad. La declaración de este último, obtenida a instancia del Ministerio Fiscal en el curso del careo con el guardia NUM016 , resulta determinante para reconstruir la cadena de custodia de la sustancia intervenida y para establecer, tal y como este Tribunal ha declarado probado, que fue el teniente de la EDOA quien custodió el decomiso en la caja fuerte de su unidad hasta que fue entregado para su análisis en el laboratorio oficial.

El Guardia Civil nº NUM017 manifiesta que él recogió la droga, la subió a Tres Cantos, la guardó en la caja fuerte que tienen allí y la custodió hasta que posteriormente fue trasladada a Farmacia. El otro día cuando se le preguntó no lo recordaba, fue la pregunta así tan de golpe y no se acordaba exactamente. La explicación que ve a que los compañeros crean que se quedó en Barajas y no se llevó a otro lado es, ha estado mirando, y es que desde esa fecha hasta hoy se han hecho seis operaciones del mismo tipo en la terminal de carga, cinco se han hecho con vigilancia aduanera, en todas las que se hace con vigilancia aduanera la droga se queda en el aeropuerto, pero esta no se hizo con vigilancia aduanera, ésta la hicieron ellos con el servicio fiscal y ellos la droga, como en cualquier otra actuación, por procedimiento, se sube a Tres Cantos. Además, él es siempre el que se hace cargo de recogerla, de custodiarla, aunque sea el instructor el responsable pero el dicente es el custodio, es el único que tiene acceso a las cajas y cuando la droga es trasladada a Farmacia el dicente es el que baja expresamente a abrir para que la trasladen, es decir, no hay ningún género de duda, solo hay tres pasos y no hay ningún punto en el que se quede, lo que pasa es que el otro día cuando se le preguntó no, se quedó bloqueado y no supo ..., asoció de un lado y de otro, de las cinco operaciones y de la otra y no supo contestar, pero él dijo que preguntaran al instructor porque él no llegaba a saber el dato exacto y prefirió no contestar.

Lo ha recordado después, hablando en días sucesivos con los datos que fue recogiendo, fue recordando, es más, se acuerda que *era una bolsa de Iberia cargo* , que como un saco que les tuvieron que dar para guardarlo y recuerda que esa bolsa la montó en su coche y la subió para arriba.

Además, en todas las investigaciones que hacen, cuando él está donde se ha hecho la aprehensión, él es el que se hace responsable de la droga y el dinero porque son cosas muy delicadas, entonces a él le gusta que eso esté siempre ... además, lo primero que hacen cuando llegan a dependencias es guardarla en la caja, es decir, que no hay pasos intermedios ni terceras personas ni nada. Es problema es que el instructor no lo reflejó en el atestado.

En otros momentos, a lo largo de su declaración, el testigo se ha referido a este elemento corroborador, que a tenor de lo expuesto resulta determinante para reconstruir la cadena de custodia:

Al iniciarse esta diligencia *lo metió todo en una bolsa tipo saco con el logo de Iberia* , es como se lo llevaron, el dicente lo metió en el coche y lo subió a la Comandancia.

Se le hace saber que el guardia NUM016 , cuando declaró, dice "esos paquetes se los llevó un superior, cree que ese superior estuvo aquí declarando la semana pasada, es el teniente del grupo, creo que es el instructor (extremo que ha aclarado en este acto), no recuerda si la sustancia se quedó depositada en la aduana. Se encargó el teniente de meterlo en bolsas", no en una bolsa, sino en varias bolsas.

El NUM016 manifiesta en este acto que no recuerda. Como dijo el otro día se encargó de manipular la máquina, sacar los paquetes. No recuerda si eran bolsas y se rompió y al final se acabó metiéndolo todo en un saco grande para transportarlas porque por lo visto cuando fueron a cogerlas se rompieron todas y ya se metieron dentro de un saco grande.

No le dio importancia a que se rompieran las bolsas y volverlo a reintegrar en otra bolsa, tampoco le dio importancia en ese momento.

El teniente NUM017 manifiesta que lo traslada en su coche a su unidad y procedió como siempre.

Se desconectan las alarmas, se introduce en una caja fuerte y ya queda a disposición del instructor para lo que pueda necesitar, si hay que hacer alguna diligencia o algo. El día que se va a remitir, el dicente abre, la coge el guardia que se la va a llevar que es el mismo que la va a trasladar a Farmacia y se la lleva.

Y después añade:

El guardia llevó el saco a Farmacia.

Ese saco, tal y como lo recogió en el aeropuerto, lo guardó en la caja, lo identificó con un cartelito donde puso el número de diligencias policiales y previas del Juzgado y tal y como estaba así lo llevaron a Farmacia cuando les dieron cita, el dicente lo sacó y se lo entregó en ese estado al funcionario. El funcionario, tal y como se lo dieron, lo entregó en Farmacia.

Por tanto, conforme a todo lo que se acaba de exponer, es posible concluir:

que la sustancia sospechosa fue retirada de la máquina en la que se había ocultado por los guardias civiles NUM016 y NUM015 ;

que valiéndose de una bolsa de Iberia cargo, el teniente de la guardia civil NUM017 la trasladó a su unidad, donde la mantuvo custodiada en la caja fuerte;

que en el mismo saco de Iberia cargo en el que se había guardado, le fue entregada al guardia civil NUM015 , que la llevó al laboratorio de Farmacia;

y que allí fue recogida por la jefe de sección que firmó el acta de **entrega** y pesaje, dejando constancia en sus notas que el alijo venía guardado en un bolsa grande con el logo de Iberia.

En tales condiciones, para este Tribunal, es posible afirmar, más allá de toda duda razonable, que se ha respetado la cadena de custodia y, en consecuencia, que existe la más absoluta identidad entre la sustancia sospechosa intervenida en el aeropuerto de Barajas y la que fue analizada en el laboratorio oficial.

SEXO .- Ninguna intervención cabe atribuir a Millán ni a Severiano en los hechos enjuiciados. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, sostiene que en el registro de su domicilio se encontraron sustancias para adulterar la droga, así como instrumentos destinados a elaborarla (balanzas y moldes). Y aunque no se afirme expresamente, se sugiere que en unión de Antonio , Dionisio y Herminio , Millán y Severiano formaban parte de una organización criminal, cuya finalidad era introducir la droga en España, prepararla y distribuirla en los circuitos de consumo ilícito. En la vivienda que ocupaban los acusados es, precisamente, donde se encontraría el laboratorio clandestino en el que se preparaba la droga.

Independientemente de que este hecho no aparezca expresado con la debida claridad en el escrito de acusación, lo que para este Tribunal está fuera de toda duda es que ninguna prueba se ha practicado que pueda servir de fundamento a la acusación sostenida contra ellos. La única prueba dirigida a demostrar la conexión de Millán y Severiano con la actividad ilícita desarrollada por Antonio, Dionisio y Herminio consistiría en un único y breve encuentro entre Dionisio y Severiano, que carece de contenido incriminatorio. No solo porque se ignora cuál fue el motivo del encuentro, pues ninguno de los guardias civiles que lo presenciaron pudo oír lo que se decían, sino también porque durante los tres meses en que los sospechosos estuvieron sometidos a una vigilancia estrecha de sus movimientos y conversaciones ninguna otra conversación, ningún otro encuentro se ha detectado que corrobore las sospechas iniciales.

Es cierto, no obstante, que en la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM012 de Getafe se encontraron diversos objetos, a los que expresamente se ha referido el Ministerio Fiscal como fundamento de la acusación que sostiene contra ellos. Por un lado, al hallazgo de sustancias comúnmente utilizadas para adulterar la droga (levamisol y cafeína). Por otro, al supuesto hallazgo de efectos idóneos para prepararla (balanzas, barras y moldes).

Al hallazgo de las sustancias adulterantes se ha referido el instructor del atestado. Aunque su declaración es confusa sobre la naturaleza de las sustancias, que no son cocaína, y sobre el lugar del hallazgo, que al parecer no es un cubo, sino una bolsa de ropa, lo que realmente no ofrece duda es que estas sustancias (precursores), junto con las anotaciones y junto con otra documentación, se encontraron en la misma habitación, la que ocupaba Carmelo, contra quien no se sigue este proceso.

En un cubo encontraron un kilo de cocaína, según ha manifestado al inicio del interrogatorio.

Preguntado si puede revisar el acta y mencionar dónde se encuentra ese particular.

El acta de registro obra en el folio 772.

Manifiesta que pone en una funda de la ropa.

El dicente no encontró la droga. Entró un compañero y le manifestó que estaba en el fondo de un cubro de rosa sucia, al fondo.

Da lectura a este extremo.

El dicente bajó al coche a coger una báscula. Cuando llegó ya estaba allí, hicieron el pesado y el narcotest. Dio positivo a la cocaína, pesaba alrededor de un kilo. Eso se hizo en presencia del dicente.

Al folio 775 hacen el pesado de la droga, unos 922 gramos. El paquete número 2 sería el de cocaína.

Esa cocaína quedó depositada e dependencias de policía judicial de Tres Cantos y luego se llevó a Farmacia.

Obra el ocio a los folios 1318, 1319 y 1320.

Las muestras se remiten el 2 de octubre de 2013 por la Unidad del Equipo de Delicuencia Antidroga (EDO) Dos muestras muestra 131114601 y 02, con un peso respectivo de 288 y 892 gramos, con el resultado del análisis que consta en el folio 1319.

Serían las dos muestras remitidas por ellos al laboratorio, el peso coincidiría aproximadamente. Ellos hacen el peso con el envoltorio, en bruto y en el laboratorio se saca el peso neto.

En relación con las hojas manuscritas, no recuerda en qué dependencia se encontraron. Vendrá reflejado en el acta.

Tras comprobar el acta manifiesta que como no fuera una libreta verde con hojas, folio 872, documentación de la cómoda. Debe ser ahí donde se encontró.

En una cómoda de la habitación que había, entrando a la derecha. Si no recuerda mal fue la habitación donde encontraron la documentación de Carmelo y donde estaba la droga también. Las anotaciones manuscritas se habrían encontrado junto con la sustancia decomisada, junto a otros documentos, todo ello en la cómoda de la habitación que atribuían a Carmelo (NUM020)

Pues bien, una vez aclarado, a la vista del resultado de los análisis, que las sustancias encontradas en esa habitación no eran cocaína, sino Levamisol y cafeína, lo que está fuera de discusión es que las mismas se encontraban ocultas en una habitación que pertenecía a un morador contra quien no se sigue este proceso

y, por tanto, sin que exista la certeza de que los acusados Millán y Severiano, tan siquiera, conociesen su existencia.

Tampoco podemos afirmar, con la debida seguridad que presupone la condena (más allá de toda duda razonable) que en el domicilio y en una zona común se hallasen objetos (barras o moldes) idóneos para manipular la droga. Es cierto que el testigo se ha referido al hallazgo de estos objetos, que al parecer se fotografiaron. Sin embargo, a pesar de su trascendencia para establecer los hechos, ni las fotografías del hallazgo se han incorporado a las actuaciones ni lo que es más importante, siendo un efecto del delito, ni tan siquiera se intervinieron, sino que los efectos supuestamente utilizados para preparar la droga se dejaron abandonados en la vivienda.

Con ello, se ha privado a este Tribunal de la posibilidad de examinar por sí mismo los objetos incriminatorios y formarse la convicción sobre este hecho de la acusación, examen personal y directo que en el presente caso resultaba particularmente relevante, al tratarse de unas simples barras a las que se pueden atribuir distintos usos. Con ser esto importante todavía lo es más que la defensa no haya tenido de contradecir la prueba. Y por si esto no fuera suficiente, tampoco se ha probado la relación entre Millán y Severiano con los objetos hallados en el trastero.

Respecto al registro de la CALLE000 hicieron una relación en el atestado de los efectos, folio 810, y luego hicieron una relación que no se corresponde del todo al folio 797. El Ministerio Fiscal solicita que se le exhiba.

La discrepancia es que ponen que encontraron envasadoras, guantes de látex y moldes de compactación, eso lo señalan en el folio 797, pero no en el 810 que se refiere únicamente a la sustancia, balanza de precisión y documentos, pero no aparecen envasadoras, moldes de compactación ni guantes.

Manifiesta que en el acta viene reflejado todo lo que se halló en el registro.

En el 797 destacan cosas que entienden están orientadas al tráfico de drogas como puede ser la compactadora, envasadora y guantes.

En el 810 determinan en qué sitio se encuentran esos elementos, no sabe dónde está el error.

Las envasadoras, guantes y compactadoras no constan en el acta del registro de CALLE000

El testigo manifiesta que estaban, señala que se hallaron en el curso del registro aunque no se retiraron.

Los moldes estaban en el registro del trastero.

De ahí puede venir la confusión.

Las barras de color negro el uso que se les da es para amoldar varios paquetes, para que sean similares. El fallo puede estar en poner directamente el uso que se le da a este tipo de barras están cortadas milimétricas. El uso es ese.

Los guantes son de látex y sí estaban.

Y al responder a uno de los defensores aclara que se hicieron fotografías que, sin embargo, no se aportaron:

En el registro de Getafe, en el trastero se intervienen dos barras. Se hacen unas fotografías, cree que sí. El dicente estaba presente.

.../...

Se menciona que esas barras se fotografían, preguntado por qué no se aportan esas fotografías manifiesta que no se acuerda.

Y al responder a la Sala aclara que estos objetos ni tan siquiera se retiraron:

En relación al registro que se hizo en CALLE000 ha explicado las discrepancias, que las barras eran moldes.

Preguntado si las barras las retiraron, manifiesta que no. Era un indicio. Saben el uso que se le da, como los guantes de látex, pero decidieron no retirarlas ni decomisarlas. En ese momento no lo consideró necesario. Eran cuatro trozos de hierro, sabían para lo que se podía utilizar, pero no consideraron decisivo el hecho (NUM020).

En suma, a la vista del resultado de la prueba practicada en el acto del juicio no cabe inferir que los acusados Millán y Severiano hayan tenido intervención alguna en los hechos enjuiciados, pues ni se ha establecido la relación entre ellos y el resto de los acusados ni se les puede atribuir la posesión de la sustancia adulterante hallada en el domicilio ni se puede tener por probada la existencia de unos objetos (barras y moldes), a los que Ministerio Fiscal pretende atribuir una significación incriminatoria.

SÉPTIMO .- Basándonos en la declaración de Jesus Miguel hemos declarado probado que el acusado aceptó realizar diversos envíos de dinero, hasta un total de cinco mil euros, desde el locutorio en el que trabajaba, sustituyendo la identidad del remitente por la de otros clientes del locutorio.

La acusación del Ministerio Fiscal, sin embargo, se extiende a diecinueve envíos por un total de casi veinte mil euros. No cabe considerar probado que el acusado fuese quien los realizó. El Ministerio Fiscal lo infiere del hecho de que era el acusado quien regentaba el locutorio. Mas la declaración de la administradora, Violeta , ha dejado bien claro que el locutorio de la calle Giralda los gestionaban Jesus Miguel y su padrastró. Éste también realizaba giros, ha señalado al declarar en el acto del juicio:

Tiene dos locutorios, uno en la calle Giralda y otro en Conde de Peñalver.

El de Giralda los gestiona Jesus Miguel , también su padrastró que también realiza giros.

En el 2013, junio, preguntada si le consta si las operaciones las realizaba solo Jesus Miguel , manifiesta que lo dos.

Además, salvo a tres clientes, no se ha recibido declaración a ninguna de las personas cuya identidad supuestamente fue suplantada para realizar los envíos y ni tan siquiera se han comprobado los recibos que éstas deberían haber firmado. El proceso está normalizado y, según resulta del testimonio proporcionado por la administradora del locutorio, cada envío se corresponde con un soporte documental, el cual inexplicablemente no ha sido objeto de investigación:

El que hace el envío firma un papel y ellos se quedan con la mitad del recibo firmado y la otra mitad se la lleva el cliente. La que ellos se quedan, lo guardan hasta que lo retira la compañía. Todo queda registrado automáticamente.

Y si todo queda registrado informáticamente, como dice la testigo, sorprende que ninguna comprobación se haya hecho para comprobar con qué clave de usuario se accedió al sistema.

En cualquier caso, basándonos en su propia declaración, hemos establecido que el acusado accedió a realizar varios envíos hasta un total de cinco mil euros, sustituyendo la identidad del remitente, Carmelo , por la de otros clientes del locutorio.

Siendo ésta una actuación irregular, lo que no se ha probado es que el origen del dinero fuese el tráfico ilegal de drogas y que el acusado, al realizar las transferencias de dinero, conociese o tan siquiera se representase tal posibilidad.

El acusado es el único imputado que no ha sido acusado de formar parte de la organización criminal dedicada a introducir la droga en España, prepararla para su distribución en el consumo ilegal, y blanquear el dinero procedente de esta actividad. Y no formando parte de la organización ninguna razón se ha expuesto por el Ministerio Fiscal en su informe por la que este Tribunal pueda inferir razonablemente que el acusado conocía esta circunstancia.

Ni tan siquiera hemos tenido por probado que el dinero transferido proviniese de la venta de estupefacientes. Ninguna prueba se ha practicado que permita inferirlo cuando ni tan siquiera se ha probado que Carmelo , quien le requirió para que realizase las transferencias, se dedicase a esta actividad ilegal. Su actuación no ha sido el objeto de este proceso, puesto que ni tan siquiera se ha dirigido contra él.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- En el trámite de cuestiones previas se sometieron a la consideración de este Tribunal varios artículos de previo pronunciamiento en relación con la validez de las fuentes de prueba, reclamando la aplicación del art. 11.1 LOPJ . Tanto porque se acordaron las intervenciones telefónicas, que se encuentran en el inicio de este proceso, vulnerando el derecho al juez legalmente predeterminado (art. 24.2 CE), como porque se ha vulnerado el derecho de defensa del acusado Severiano , al realizarse el registro del domicilio sito en la CALLE000 nº NUM012 de Getafe sin darle la oportunidad de asistir a su realización.

Ambas cuestiones precisaron un examen previo y separado al de fondo y fueron resueltas por Auto de este Tribunal de 28 de octubre de 2015 , cuyo contenido ahora expresamente reiteramos.

También se ha alegado que en la actuación policial dirigida a aprehender la sustancia sospechosa no ha respetado la cadena de custodia. Refiriéndose esta cuestión a la fiabilidad de las actuaciones realizadas para identificar la sustancia estupefaciente ("mismidad de la prueba"), la reconstrucción de la cadena de custodia ha sido objeto de una prueba exhaustiva y detallada practicada en el acto del juicio (apdo 5º motivación de los hechos probados), cuyo resultado ha permitido descartar que en el presente caso no se haya respetado la cadena de custodia.

SEGUNDO .- Los hechos que se han declarado probados son constitutivos de un delito contra la salud pública (arts. 368 y 369.1.5 CP), del que son responsables como autores los acusados Antonio , Dionisio y Herminio (art. 28 CP). Tal y como resulta de los hechos que hemos declarado probados, los acusados se concertaron para introducir en España un alijo de más de quince kilogramos de cocaína, prestando cada uno de ellos una contribución que resultaba esencial para la realización del hecho.

Así de acuerdo con el plan trazado Dionisio contactó con los proveedores; Antonio facilitó los datos para conseguir que en la aduana se despachase la mercancía en la que se ocultaba la droga; Dionisio y Herminio fueron los encargados de recibirla; y Antonio y Dionisio realizaron diversas gestiones para averiguar las circunstancias de la desaparición de la droga, gestiones a las que no fue ajeno Herminio .

En suma, en el desarrollo de un plan común cada uno de ellos realizó una aportación relevante a la realización del delito, que se extiende a todas las fases de la operación, desde la remisión de la droga oculta en la máquina, su despacho en la aduana y su recepción en el lugar designado para la **entrega**.

Por el contrario, no cabe aplicar el tipo agravado de haber realizado el hecho delictivo en el marco de una organización criminal (art. 369 bis CP) ni formando parte de un grupo criminal (art. 570 ter CP). Tanto la organización como el grupo se caracterizan por una vocación de permanencia. Se constituyen y están predeterminados para la realización de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello, como ha establecido la jurisprudencia del TS, "cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito específico nos encontramos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización (STS 3131/2014, 18 de julio de 2014).

En el presente caso, es evidente que la pretensión acusatoria se extendía al intento de introducir en España un único alijo de droga, precisamente el que fue detectado en la aduana del aeropuerto de Barajas a mediados del mes de junio de 2013 y dio lugar a la **entrega controlada** autorizada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Móstoles. Ningún otro hecho, anterior o posterior, se encuentra incluido en el escrito de acusación, una de cuyas funciones es, precisamente, delimitar objetivamente el ámbito del enjuiciamiento, el cual de este modo ha quedado referido a una única y concreta operación de importación de sustancia estupefaciente. Y a causa de ello, este único hecho es el que ha podido ser objeto de consideración por parte de este Tribunal en el marco de este juicio.

TERCERO .- No concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que ni se han invocado ni este Tribunal encuentra motivo para estimar, la pena se impondrá en su mitad superior.

A la cantidad de droga intervenida, que supera en casi veinte veces la cantidad establecida para aplicar la agravación específica de notoria importancia, se añade en este caso la puesta en funcionamiento de un sofisticado sistema para introducirla en España, utilizando fraudulentamente los circuitos legales de importación de maquinaria industrial. Todo ello, sin duda, acrecienta el riesgo de lesión del bien jurídico protegido e incrementa sustancialmente la culpabilidad por el hecho de los diversos responsables.

CUARTO .- El Ministerio Fiscal, sin justificar su petición, ha solicitado que se imponga a los acusados la pena de multa de cuatro millones trescientos cuarenta mil euros, es decir, cuatro veces el valor de la droga decomisada. Asimismo, ha solicitado que se establezca, para el caso de impago, la responsabilidad personal subsidiaria de un año de prisión.

Este Tribunal recuerda que el art. 53.2 CP dispone:

"En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración".

Y el art. 53.3 CP añade:

"Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años".

En consecuencia, a tenor de lo expuesto, se impondrá a los acusados la pena de multa equivalente al valor de la droga intervenida sin que proceda exigir responsabilidad subsidiaria en caso de impago.

QUINTO .- Por ministerio de la ley, las costas se imponen a los culpables del delito (art. 123 CP).

FALLO

En atención a todo lo expuesto este Tribunal **HA DECIDIDO** :

Absolver a Millán , Severiano y Jesus Miguel de todos los cargos deducidos contra ellos por el Ministerio Fiscal.

Condenar a los acusados Antonio , Dionisio y Herminio como autores de un delito de un delito contra la salud pública (arts. 368 y 369.1.5 CP) a la pena de ocho años de prisión, multa de un millón ochenta y cinco mil euros, comiso de la sustancia estupefaciente, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y pago de la mitad de las costas causadas por este proceso.

Procédase a la destrucción de la sustancia estupefaciente intervenida.

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

Notifíquese esta sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndose saber a las partes que contra ella cabe interponer recurso de casación, que deberá ser preparador en forma legal dentro del plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la presente resolución.

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.

PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior resolución en Madrid a treinta de diciembre de dos mil quince. Doy fe.



Roj: STS 4072/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4072
Id Cendoj: 28079120012013100637

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1247/2012

Nº de Resolución: 341/2013

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Abril de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por los procesados **Ceferino Arcadio**, representado por el Procurador D. Álvaro de Luis Otero, **Sabino Segundo**, representado por la Procuradora D^a Elisa María Sainz de Aranda Riva, **Federico Ildefonso** representado por el Procurador D. Fernando Rodríguez Jurado-Saro y **Gregorio Nicanor**, representado por el Procurador D. Alberto Collado Martín, contra las sentencias núms. 17/12 y 18/12 dictadas por la Sección Segunda de la **Audiencia Nacional**, con fecha **4 de mayo de 2012**. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 1 incoó Procedimiento Abreviado nº 243/2008, contra Sabino Segundo, Ceferino Arcadio, Federico Ildefonso y Gregorio Nicanor, por un delito de blanqueo de dinero, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional, que con fecha 4 de mayo de 2012, en el Procedimiento Abreviado nº 8/2010 dictó sentencias números 17/2012 y 18/2012 que contiene los siguientes **hechos probados**:

Sentencia nº 17/2012

"PRIMERO.- Como consecuencia de una investigación desarrollada durante los años 2007 y primeros meses de 2008 por la Brigada Central Estupefacientes y la Sección Greco Galicia de la UDYCO Central, sobre una organización criminal que introducía sustancias estupefacientes en España, en particular cocaína, se identificó a varias personas como miembros integrantes de la misma. En la denominada policialmente "Operación Trafalgar", que dio lugar a la instrucción de las Diligencias Previas nº263/07 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de esta Audiencia Nacional, se detuvo a los que se tuvieron policialmente por principales responsables de la organización en España: Braulio Rafael y Nicanor Oscar, y a otras 17 personas. *Entre ellas, también a los acusados en el presente Sabino Segundo y Ceferino Arcadio. Se intervino asimismo en la operación policial la cantidad de 570 kilogramos de cocaína.*

Las indicadas Diligencias Previas dieron lugar al Sumario nº 26/2009 del mismo Juzgado Central de Instrucción nº 1, conocido en fase de juicio oral por la Sección Tercera de esta Sala de lo Penal en el Rollo de Sala nº 27/2009, llevándose a cabo el enjuiciamiento de los 19 acusados, entre los que se encontraban los referidos Sabino Segundo y Ceferino Arcadio, respecto de los que el Ministerio Fiscal mantenía acusación como autores de un delito contra la salud pública del art 368 (sustancia que causa grave daño para la salud), 369.1 nº2 (pertenencia a una organización), nº6 (notoria importancia), nº 10 (introducción ilegal de sustancias en territorio nacional) y 370 nº 3 (extrema gravedad), todos ellos del Código Penal (en su redacción L.O 15/2002), solicitando para ellos la pena de 17 años de prisión, inhabilitación absoluta, y dos penas de multa.

Fecha 25 abril 2011, recayó en el indicado procedimiento sentencia en la que se absolvía a todos los acusados en el mismo por el delito contra la salud pública, no obstante hacerse expresamente constar en los hechos probados de la misma que, tras la investigación policial sobre una afirmadamente existente organización, y tras varias diligencias y actuaciones judiciales autorizando la intervención de comunicaciones,

la intervención de **agentes encubiertos**, y entrega vigilada de droga de la que se tenía constancia a través de la investigaciones, " sobre las 21:15 horas del día 14. Junio. 2008, funcionarios del servicio de vigilancia aduanera en Las Palmas de Gran Canaria se hicieron cargo en el aeropuerto de Gando de 25 bultos que contenían unos 500,63 kg de cocaína, con una pureza de 44,57%, y un valor de mercado de 26.34 156.933,79 €, sustancia estupefaciente llegada a dicho aeropuerto en un avión de la unidad policial norteamericana "DrugEnforcement Agency" (DEA), el día precitado. Tal mercancía fue trasladada, debidamente custodiada por funcionarios españoles a las dependencias del precitado Servicio en las Palmas, quedando precintada y cerrada en una habitación asimismo custodiada. En la mencionada aeronave viajaban los **agentes encubiertos** de la DEA "Mario", "Jaime" y "Barry".

El día 18 de Junio de 2008 fue trasladada la cocaína al aparcamiento del centro comercial "Las Arenas" de dicha ciudad, en el interior de la furgoneta conducida por un **agente** de la DEA, quien se encontró allí con Cecilio Ivan . Tras entregar Cecilio Ivan 20.000 € al mencionado **agente** a cambio de la droga, fue detenido, junto con el acusado Agapito Urbano , encargado de la conducción posterior de la furgoneta con destino no acreditado. Cecilio Ivan falleció durante la celebración del juicio realizado por la Sección Tercera, antes de su finalización, extinguiéndose con ello su posible responsabilidad penal.

En relación con el delito de cohecho imputado al acusado Patricio Sixto los hechos probados de la misma sentencia establecen:

A partir del mes de Enero 2008, el acusado Patricio Sixto , funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, integrado en la Unidad UDYCO Central, con destino en Galicia, contactó mediante mensajes telefónicos SMS desde el teléfono móvil nº NUM000 y de correo electrónico desde su dirección DIRECCION000 , con los acusados Bruno Teodosio y Nicanor Oscar (DIRECCION001), ofreciéndose como colaborador partícipe en alguna operación de tráfico de estupefacientes que decía saber proyectada por dichos dos coacusados - entre otras personas- y a la sazón investigada por la unidad policial precitada, exigiendo amenazadoramente a Nicanor Oscar una compensación económica como contravalor de la información que podía proporcionar -y que efectivamente proporcionó- acerca del estado de las investigaciones policiales, información de la que disponía por razón de su oficio, si bien tal oficio policial del acusado fue largamente desconocido por los mencionados receptores de la oferta.

Atendiendo a tal solicitud dineraria del acusado -que en un principio fue de 300.000 €-, el también acusado Bruno Teodosio , conocedor de la situación por haberle informado Nicanor Oscar , le entregó 30.000 € en única ocasión en fecha 22 de Febrero de 2008, en el "Polígono O CEAO", de Lugo, al que Patricio Sixto llegó en el vehículo "Volkswagen Polo" con matrícula-STE , previamente alquilado por el mismo, en nombre propio, a la empresa "Europcar" en la estación de ferrocarril de Pontevedra, sobre las 16:35 horas del mismo día 22 de Febrero de 2008, habiendo dejado Bruno Teodosio , siguiendo las instrucciones de Patricio Sixto , un sobre con dicha cantidad de dinero en el vehículo de su propiedad, sobre que fue luego recogido por Patricio Sixto , en tanto Bruno Teodosio deambulaba por las inmediaciones, tratando de localizar e identificar al primero, a quien únicamente conocía como el "Invisible", localización que consiguió, anotando los datos del antedicho "Volkswagen Polo".

Respecto del delito de falsedad atribuido al acusado Nicanor Oscar , quien se hacía pasar por Teodoro Norberto . Con ocasión de la detención de dicho acusado el día 8 de Julio de 2008, el mismo dijo ser " Teodoro Norberto ", mostrando a tal efecto dos documentos de identidad españoles: un pasaporte N° NUM001 y un DNI NUM002 , a dicho nombre, manipulados con alteración de los originales y colocación de la fotografía del acusado.

En la sentencia de la Sección Tercera también se deja reflejo de que el Ministerio Fiscal sostuvo en juicio, respecto de los acusados, que anteriormente habían fracasado dos operaciones: una relativa al transporte de la droga en el velero " DIRECCION002 "; y otra relativa al coacusado Gregorio Nicanor , quien se desplazó a Venezuela y su permanencia allí "hasta que partiera la embarcación" y que tras ello todos los acusados participaron en la preparación de un nuevo transporte, bien unos practicando activamente gestiones para conseguir la droga y su transporte a España, bien otros en calidad de intervinientes en la ulterior eventual distribución-venta de la cocaína. Sin embargo, la Sala de enjuiciamiento no las dio por expresamente probadas, al considerar no haberse aportado específica prueba valorable sobre aquellas.

SEGUNDO.- Con la finalidad de ocultar el dinero procedente de la actividad ilícita referida en el anterior, transformarlo en bienes muebles, inmuebles y otros activos patrimoniales e introducirlo finalmente en el mercado financiero, algunos de los acusados, imputados como miembros de esta organización criminal,

crearon estructuras empresariales con forma societaria, dotándolas de apariencia de normalidad y legalidad en su actuación en el tráfico mercantil.

En concreto, el acusado **Sabino Segundo** creó un entramado societario dirigido por el mismo, vertebrado, principalmente, a través de las empresas **BERFRENOS S.L y BENNI RACING SL**, de las cuales era socio único y administrador.

Estas empresas vinculadas a la compra y venta de vehículos de lujo - automóviles y motocicletas - permitían ocultar el origen ilícito del dinero procedente del narcotráfico, a través de su adquisición con dinero de ilícita procedencia relacionado con el tráfico de drogas y posteriores sucesivas transferencias, en algunas de las que también participaba, con pleno conocimiento de la situación, el también acusado **Federico Ildefonso**, dedicado profesionalmente a la compraventa de vehículos automóvil.

1. Respecto a **BERFRENOS S.L**, con un capital social de 18.500 Euros, su objeto social era la compra, venta, exportación e importación de vehículos y tenía entre sus empleados a **Rita Evangelina**, socia constituyente de la sociedad, con la que **Sabino Segundo** mantenía un relación personal mas intensa y de carácter diferente a la de empleador-empleada.

En junio de 2008, esta sociedad era titular de 25 vehículos de gama alta, pese a que durante los ejercicios 2003 a 2006 había acumulado unas pérdidas de 206.252,42 euros, produciéndose además una ampliación de capital de 15.000 euros en julio de 2007.

Las distintas cuentas de esta sociedad detectadas, un total de 8 en distintas entidades financieras españolas, administradas por el acusado **Sabino Segundo** se alimentaban principal y casi exclusivamente de ingresos en efectivo, de forma que, por ejemplo, en la cuenta del Banco Popular nº **NUM003**, se produjeron entre el 07 de mayo al 10 de junio de 2008 una totalidad de 19 ingresos en efectivo por un importe total de 57.690 euros en efectivo y entre el 13 de mayo y el 27 de junio de 2008, por importe de 135.650 euros en cheques bancarios y salidas en metálico por caja, desde el 16 de abril al 17 de junio de 2008, en varias operaciones, por importe de 99.500 Euros, sin que haya sido justificada de ninguna manera ni la procedencia del dinero ingresado ni el destino del dinero extraído en metálico de la citada cuenta.

En la cuenta nº **NUM004** del Banco Popular se produjeron ingresos en efectivo por un importe total de 352.521 euros en el año 2007, con una disposición en metálico por caja en fecha 2 de julio de 2007 por importe de 90.000 euros, dedicándose el resto del dinero a liquidación de cargos de tarjetas de crédito, compras en grandes almacenes, pagos de recibos personales, mientras que en el 2008, hasta su cancelación en abril, el importe de los ingresos efectuados en efectivo fue de 77.120 euros, con una disposición en metálico por caja en fecha 4 de febrero de 2008, por importe de 20.000 euros, dedicándose el resto del dinero a liquidación de cargos de tarjetas de crédito, compras en grandes almacenes, pagos de recibos personales por diferentes servicios, etc.

En la cuenta del **BBVA** nº **NUM005**, se nutría casi exclusivamente de efectivo, ascendiendo durante el año 2007 a la suma de 352.260 euros y en la primera mitad del año 2008 a la cantidad de 191.400.

El dinero ingresado en efectivo, sin un origen cierto, se utilizaba para el pago de facturas y gastos de la vida diaria, desproporcionados para el nivel de ingresos percibidos, pero también se extraían grandes cantidades en efectivo y se efectuaban transferencias a Colombia a cuentas titularidad del propio **Sabino Segundo** o **Esmeralda Rafaela** y de "**Autos y Carros Palmahia**" en el **BBVA Colombia SA** y **Banco Santander Colombia SA**. Así, consta que entre 31 de Octubre de 2007 a 12 de junio de 2008 se efectuaron 21 transferencias desde cuentas del **BBVA**, por un importe de 77.038 Euros (folios 1014-1015), además de las otras 8 que se efectuaron por importe de 55.500 euros (folios 1014-1015), a través de la cuenta del Banco Santander **NUM006** de la titularidad de **Sabino Segundo**, a favor "**Autos y Carros Palmahia**", y de la cuenta nº **0075 1422 050 00056** del Banco Popular, de la titularidad de **BERFRENOS S.L**, desde 04 de mayo de 2007 hasta 30 de julio de 2007, se emitieron 4 órdenes de pago por importe cada una de ellas de 10.050 euros, por importe total de 40.200 euros, con ingresos en metálico en dicha cuenta de 40.000 euros y disposición en metálico por caja de 23.000 euros igualmente a favor "**Autos y Carros Palmahia**".

2. Por cuanto se refiere a **BENNY RACING SL**, cuyo objeto social era el comercio al por mayor de vehículos, esta empresa no figuraba de alta en la Tesorería General de la Seguridad Social, ni disponía de bienes inmuebles o vehículos a su nombre. Las pérdidas declaradas de la Sociedad ascendían a 13.393 euros en el año 2006.

No obstante, las cuentas bancarias bajo su titularidad reflejaban de igual forma numerosos ingresos en efectivo, casi la totalidad, de forma que:

La cuenta del Banco Popular nº NUM007 , se alimentaba casi en exclusiva de ingresos en efectivo, durante el año 2007, cifrados en 92.090 euros, y en los tres primeros meses de 2008, en 13.960 euros.

La cuenta de la Caixa nº NUM008 también se alimentaba de efectivo. Permaneció abierta desde 23.02.2006 hasta 14.06.2006 y durante ese tiempo se realizaron ocho ingresos en efectivo por importe de 20.150 Euros.

Pese a que Sabino Segundo figuraba como administrador único de estas sociedades mercantiles, Rita Evangelina se ocupaba de llevar sus cuentas, por medio de meras anotaciones manuscritas en un cuaderno personal, pero que no se correspondían con ninguna clase de contabilidad oficial formalizada de acuerdo con las normas mercantiles y contables al uso. Rita Evangelina , en el momento de su detención, en el marco del delito contra la salud pública que venía siendo investigado, se le intervino una mochila en cuyo interior se ocupó una agenda con distintas anotaciones relativas a las cuentas citadas, así como a algunas transferencias antes mencionadas, lo mismo que documentación relativa a vehículos en cuya compraventa había intervenido Federico Ildfonso y estaban pendientes de alguna gestión referente a la documentación. Igualmente, en el registro del inmueble sito en la calle Bausa nº8 de Madrid, sede social de la empresa BERFRENOS SL., fue encontrada abundante documentación bancaria con resguardos de ingresos bancarios y de transferencias bancarias a Colombia que se relacionan en el informe económico financiero emitido por la UDYCO central (folios 1016 a 1018) y a las que se ha hecho igualmente referencia con anterioridad.

A Sabino Segundo en el momento de su detención le fue incautada además la cantidad de 64.325,40 Euros en metálico.

3.- El acusado Federico Ildfonso colaboraba muy estrechamente con Sabino Segundo en las actividades de la empresa BERFRENOS, y al efecto realizó para él numerosas adquisiciones y transferencias de vehículos de gama alta. Por otra parte, Federico Ildfonso era el propietario, entre otros, del inmueble sito en la CALLE000 NUM009 - NUM010 de Madrid, domicilio social de la empresa, BERFRENOS SL, propiedad de Sabino Segundo .

Aprovechando esta estrecha vinculación entre ambos, pese a que el 17 de junio de 2008, fecha de la detención de Sabino Segundo , BERFRENOS contaba con 25 vehículos, entre esa fecha y el 22 de agosto, Federico Ildfonso intervino activamente en la transmisión de la titularidad dominical en el registro de la DGN de Tráfico a favor de terceros, de 9 vehículos con la finalidad de ocultar el origen de los ingresos ilícitos de los que procedían los siguientes vehículos, y su verdadera titularidad, para evitar también su posible incautación judicial.

Los vehículos fueron los siguientes:

- Mazda MX5 matrículaWWW
- Audi Q7 Quattro, matrículaDFF
- Motocicleta Yamaha XP500 matrículaYyY
- Renault Traffic matriculaKKK
- Porsche 911 Carrera coupé matrículaRRR
- Yamaha XP500 matrículaYYY
- Jeep Grand Cherokee matrículaHHH
- Porsche 911 Carrera matrículaGGG
- Lamborghini Gallardo matrículaYFF

Estas transferencias se materializaron a través de su abono en efectivo, utilizando en ocasiones diversos intermediarios, en favor en algunos casos de personas próximas al entorno de Sabino Segundo y de Federico Ildfonso , simulando en todos los casos que las compraventas se habían realizado con anterioridad a la detención de Sabino Segundo , existiendo numerosas irregularidades en los documentos de solicitud de transferencia en Tráfico, para la cual sólo estaba habilitado Sabino Segundo , pero al encontrarse en prisión durante ese período, se confeccionó por persona desconocida documentos de representación de la mercantil BERFRENOS SL, simulando su firma, participando también en las operaciones, la mercantil PROYECTOS Y GESTIONES MADRIGAL, empresa ampliamente relacionada con Federico Ildfonso y de la que era socio un hermano.

Junto a estas transferencias posteriores a la detención de Sabino Segundo , Federico Ildefonso también intervino en la correspondiente al vehículo BMW Cooper S MAN matrículaFFF , cuya solicitud de transferencia data de 27 de mayo de 2008, anterior por tanto a la detención de Eutimio Torcuato , pero que siguen el mismo patrón de conducta.

Con respecto a sus ingresos económicos, pese a que Federico Ildefonso aparecía en esas fechas vinculado con una empresa de carpintería y cerrajería, figuraba como administrador único de la mercantil BALMONT 2007 SL, que no reportaba beneficios y carecía de una cifra de negocios significativa. No obstante esta situación, las partidas de ingresos por ventas y gastos por compras imputadas por terceros (no declaradas por él) se cifran en 333.017,40 y 690.721,36 euros, respectivamente, en los períodos comprendidos entre 2003 y 2007, cifras que no guardan proporción con sus ingresos declarados.

Asimismo, en su patrimonio figuran 28 vehículos de gama alta y esta relacionado con numerosos inmuebles, varios de los cuales constan como de su propiedad y cuya adquisición no se corresponde con los ingresos legales declarados.

4.- Por su parte, Ceferino Arcadio , alias " Rata ", quien también fue detenido en el marco de la operación que concluyó con la aprehensión de la cocaína, se ocupaba de dar cobertura legal a los beneficios ilícitos así obtenidos a través de las empresas en las que participaba, fundamentalmente INDEX MEDIA, SL, como administrador único y socio, y SISOL 2006 SL como uno de sus administradores.

INDEX MEDIA SL cuyo objeto social era la construcción de edificios, carecía de trabajadores desde mayo de 2008, no disponía de inmuebles o vehículos, no presentó en el Registro Mercantil las cuentas anuales en los ejercicios 2006 y 2007, y en sus declaraciones fiscales de impuesto de sociedades correspondiente al año 2006 aparece que tenía pérdidas. Tampoco aparece que tuviera dinero ni valores en ninguna depositados en ninguna entidad financiera.

Sin embargo, se realizaron dos ampliaciones de capital, uno en el año 2007 y otro en el 2008, por la cantidad de 776.630 euros y 996.999 euros. En estas ampliaciones de capital se efectuaron por sendos documentos públicos de elevación a públicos de acuerdos societarios, escrituras pública 1185, otorgada ante Notario de Barcelona, D. Nunilo Pérez Fernández en fecha 16.10.2007, y escritura pública nº 85 otorgada ante Notario de Barcelona, D. Nunilo Pérez Fernández en fecha 17.01.2008, que no se inscribieron expresamente en el Registro Mercantil, renunciando a la presentación telemática de las mismas. De ellas, Ceferino Arcadio suscribió 294.532 Y 251.534 participaciones respectivamente, con el valor de un euro cada una, sin que conste acreditado el origen del dinero para suscribir las participaciones, constando en las escrituras públicas que la ampliación del capital se hacía con cargo a su participación en la cuenta de socios, mediante compensación de créditos de los socios respecto de la sociedad, haciéndose constar expresamente en la certificación de los acuerdos que emite el propio Ceferino Arcadio , como administrador de la sociedad que los créditos compensados son líquidos y exigibles. En el informe del Órgano de Administración de la mercantil que el 7 de Agosto de 2007 Ceferino Arcadio aportó 100.000 Euros, el 27 de Agosto de 2007 aportó 156.330 Euros y el 18 de diciembre de 2007 la cantidad de 251.534 Euros. Apareciendo reflejadas estas cantidades en las cuentas de la sociedad según se refleja en el balance que se adjunta igualmente a las escrituras.

Por cuanto se refiere a la mercantil SISOL 2006 SL, cuyo objeto social era la compra, venta, alquiler y administración de inmuebles, mantenía un volumen escaso de negocios que apenas reportaba beneficios, pese a lo cual, en 9 febrero de 2006, adquirió un inmueble por un valor nominal de 247.000 Euros, pero valorado según consta en la escritura de hipoteca en 460.375 Euros, a lo hay que añadir los impuestos y gastos de escrituras para efectuar la operación, constituyendo una hipoteca por importe de 360.000 euros, por lo que aparece que una parte del coste total de la operación (que ascendería previsiblemente a un importe superior a los 500.000 Euros), en importe estimado de al menos unos 150.000 Euros, se pagó en metálico, aplicando dinero proveniente de la actividad ilícita de tráfico de drogas.

Constan a nombre de **Ceferino Arcadio** varios vehículos de alta gama: MERCEDES CLK240 matricula QNH , Audi A6 matricula YNZ , MASERATI COUPE matricula VZG y CHEVROLET SSR matricula XMK , algunos de ellos para ocultar su auténtica titularidad que correspondería a Nicanor Oscar , con quien mantenía una fuerte relación, y que fue uno de los principales imputados en le proceso seguido por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional." (sic)

Sentencia nº 18/2012

"PRIMERO.- Como consecuencia de una investigación desarrollada durante los años 2007 y primeros meses de 2008 por la Brigada Central de Estupefacientes y la Sección Greco Galicia de la UDYCO Central,

sobre una organización criminal que introducía sustancias estupefacientes en España, en particular cocaína, se identificó a varias personas como miembros integrantes de la misma. En la denominada policialmente "Operación Trafalgar", que dio lugar a la instrucción de las Diligencias Previas nº 263/07 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de esta Audiencia Nacional, se detuvo a los que se tuvieron policialmente por principales responsables de la organización en España: Braulio Rafael y Nicanor Oscar , y a otras 17 personas. *Entre ellas, también a los acusados en el presente Sabino Segundo y Ceferino Arcadio . Se intervino asimismo en la operación policial la cantidad de 570 kilogramos de cocaína.*

Las indicadas Diligencias Previas dieron lugar al Sumario nº 26/2009 del mismo Juzgado Central de Instrucción nº 1, conocido en fase de juicio oral por la Sección Tercera de esta Sala de lo Penal en el Rollo de Sala nº 27/2009 , llevándose a cabo el enjuiciamiento de los 19 acusados, entre los que se encontraban los referidos Sabino Segundo y Ceferino Arcadio , respecto de los que el Ministerio Fiscal mantenía acusación como autores de un delito contra la salud pública del art 368 (sustancia que causa grave daño para la salud), 369.1 nº 2 (pertenencia a una organización), nº6 (notoria importancia), nº 10 (introducción ilegal de sustancias en territorio nacional) y 370 nº 3 (extrema gravedad), todos ellos del Código Penal (en su redacción L.O 15/2002), solicitando para ellos la pena de 17 años de prisión, inhabilitación absoluta, y dos penas de multa.

*Fechada 25 abril 2011, recayó en el indicado procedimiento sentencia en la que se absolvía a todos los acusados en el mismo por el delito contra la salud pública, no obstante hacerse expresamente constar en los hechos probados de la misma que, tras la investigación policial sobre una afirmadamente existente organización, y tras varias diligencias y actuaciones judiciales autorizando la intervención de comunicaciones, la intervención de **agentes encubiertos**, y entrega vigilada de droga de la que se tenía constancia a través de la investigaciones, " sobre las 21:15 horas del día 14. Junio. 2008, funcionarios del servicio de vigilancia aduanera en Las Palmas de Gran Canaria se hicieron cargo en el aeropuerto de Gando de 25 bultos que contenían unos 500,63 kg de cocaína, con una pureza de 44,57%, y un valor de mercado de 26.34 156.933,79 €, sustancia estupefaciente llegada a dicho aeropuerto en un avión de la unidad policial norteamericana "Drug Enforcement Agency" (DEA), el día precitado. Tal mercancía fue trasladada, debidamente custodiada por funcionarios españoles a las dependencias del precitado Servicio en las Palmas, quedando precintada y cerrada en una habitación asimismo custodiada. En la mencionada aeronave viajaban los **agentes encubiertos** de la DEA "Mario", "Jaime" y "Barry".*

*El día 18 de Junio de 2008 fue trasladada la cocaína al aparcamiento del centro comercial "Las Arenas" de dicha ciudad, en el interior de la furgoneta conducida por un **agente** de la DEA, quien se encontró allí con Cecilio Ivan . Tras entregar Cecilio Ivan 20.000 € al mencionado **agente** a cambio de la droga, fue detenido, junto con el acusado Agapito Urbano , encargado de la conducción posterior de la furgoneta con destino no acreditado. Cecilio Ivan falleció durante la celebración del juicio realizado por la Sección Tercera, antes de su finalización, extinguiéndose con ello su posible responsabilidad penal.*

En relación con el delito de cohecho imputado al acusado Patricio Sixto los hechos probados de la misma sentencia establecen:

A partir del mes de Enero 2008, el acusado Patricio Sixto , funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, integrado en la Unidad UDYCO Central, con destino en Galicia, contactó mediante mensajes telefónicos SMS desde el teléfono móvil nº NUM000 y de correo electrónico desde su DIRECCION000 , con los acusados Bruno Teodosio y Nicanor Oscar (DIRECCION001), ofreciéndose como colaborador partícipe en alguna operación de tráfico de estupefacientes que decía saber proyectada por dichos dos coacusados -entre otras personas- y a la sazón investigada por la

unidad policial precitada, exigiendo amenazadoramente a Nicanor Oscar una compensación económica como contravalor de la información que podía proporcionar -y que efectivamente proporcionó- acerca del estado de las investigaciones policiales, información de la que disponía por razón de su oficio, si bien tal oficio policial del acusado fue largamente desconocido por los mencionados receptores de la oferta.

Atendiendo a tal solicitud dineraria del acusado -que en un principio fue de 300.000 €-, el también acusado Bruno Teodosio , conocedor de la situación por haberle informado Nicanor Oscar , le entregó 30.000 € en única ocasión en fecha 22 de Febrero de 2008, en el "Polígono O CEAO", de Lugo, al que Patricio Sixto llegó en el vehículo "Volkswagen Polo" con matrícula-STE , previamente alquilado por el mismo, en nombre propio, a la empresa "Europcar" en la estación de ferrocarril de Pontevedra, sobre las 16:35 horas del mismo día 22 de Febrero de 2008, habiendo dejado Bruno Teodosio , siguiendo las instrucciones de Patricio Sixto , un sobre con dicha cantidad de dinero en el vehículo de su propiedad, sobre que fue luego recogido por Patricio Sixto , en tanto Bruno Teodosio deambulaba por las inmediaciones, tratando de localizar e

identificar al primero, a quien únicamente conocía como el "Invisible", localización que consiguió, anotando los datos del antedicho "Volkswagen Polo".

Respecto del delito de falsedad atribuido al acusado Nicanor Oscar , quien se hacía pasar por Teodoro Norberto . Con ocasión de la detención de dicho acusado el día 8 de Julio de 2008, el mismo dijo ser " Teodoro Norberto " , mostrando a tal efecto dos documentos de identidad españoles: un pasaporte N° NUM001 y un DNI NUM002 , a dicho nombre, manipulados con alteración de los originales y colocación de la fotografía del acusado.

En la sentencia de la Sección Tercera también se deja reflejo de que el Ministerio Fiscal sostuvo en juicio, respecto de los acusados, que anteriormente habían fracasado dos operaciones: una relativa al transporte de la droga en el velero " DIRECCION002 " ; y otra relativa al coacusado Gregorio Nicanor , quien se desplazó a Venezuela y su permanencia allí "hasta que partiera la embarcación" y que tras ello todos los acusados participaron en la preparación de un nuevo transporte, bien unos practicando activamente gestiones para conseguir la droga y su transporte a España, bien otros en calidad de intervinientes en la ulterior eventual distribución-venta de la cocaína. Sin embargo, la Sala de enjuiciamiento no las dio por expresamente probadas, al considerar no haberse aportado específica prueba valorable sobre aquellas.

SEGUNDO.- Con la finalidad de ocultar el dinero procedente de esta actividad ilícita, transformarlo en bienes muebles, inmuebles y otros activos patrimoniales e introducirlo finalmente en el mercado financiero, algunos de los acusados, imputados como miembros de esta organización criminal, crearon estructuras societarias con apariencia de normalidad y legalidad en su actuación en el tráfico mercantil.

En concreto, Gregorio Nicanor alias " Chipiron " , también participaba activamente en las actividades encaminadas a ocultar el origen ilícito de las ganancias relacionadas con el tráfico de drogas.

Pese a que sus ingresos declarados no personalmente sino a través de las retribuciones efectuadas por las empresas retenedoras no eran significativos (2.413 Euros en 2006 y 9.237 Euros en 2007), los ingresos y pagos imputados en los ejercicios 2003 y 2004 se cifraron en 58.571, que corresponden al total de compras, apareciendo ninguna cantidad imputada como ventas.

Sus cuentas bancarias abiertas en distintas entidades - la Caixa, BBVA- se alimentaban casi de forma exclusiva de ingresos en efectivo, en cantidades que no excedían de 2000 euros, sin un origen cierto ni periodicidad alguna. A título de ejemplo constan ingreso en metálico de 1200 Euros el 10.07.2007, 5000 Euros, en fecha 16.07.2007, dos ingresos de 2.000 Euros en fecha 18.07.2007, 2400 Euros el 20.07.2007, 2000 Euros el 25.07.2007, Euros el 25.07.2007, 2800 Euros el 02.08.2007, 2600 Euros el 5.09.2008, 5000 Euros en fecha 6.09.2007, 1500 en la cuenta BBVA NUM011 , aunque sin mantenerse saldos de importancia en la referida cuentas al producirse continuos pagos con tarjetas y extracciones en metálico.

Constan diversas adquisiciones de bienes, en concretos dos automóviles: Opel Astra 1.7 y Ford Transit, ambos en el año 2.004 y una vivienda Finca nº NUM012 , en la CALLE001 NUM013 BL NUM014 ES NUM014 Pta NUM015 de Torrevieja (Alicante), adquirida en el año 2005, constituyéndose una hipoteca sobre la misma vivienda en favor de Caja de Ahorros del Mediterráneo por importe de 107.000 Euros.

Su actividad económica se vinculaba con la Entidad IMPORT EXPORT CAFER SL " con comienzo de operaciones el 26.02.2001, sin presentar declaración de impuesto de sociedades durante su vida económica, constando únicamente operaciones imputadas por tercero por importes de 6.953 en 2003 y 2382 en 2004, disponiendo esta última de cuentas bancarias utilizada únicamente par domiciliación de recibos bancarios.

A partir de 17.10.2007, con la empresa "IMPORT EXPORT CORREA RESTREPO, de la cual era administrador único, sus cuentas bancarias registraban únicamente ingresos en efectivo, que en el período entre octubre a diciembre de 2007 se cifraron en 41.350 euros, y durante 2008, en 2500 euros y aparecen adquiridos dos vehículos automóviles, Mercedes 340 de segunda mano y Volkswagen Polo.

Su compañera sentimental Tarsila Juliana , sin ninguna actividad económica aparente, entre 21.11.2000 y 0.01.2006 beneficiaria de asistencia sanitaria para personas sin recursos, con cortos periodos de alta en Régimen especial de empleados del hogar, sin embrago en 2005 adquirió el vehículo Honda HR V 1.6. En la cuenta de su titularidad, cuenta BBVA NUM016 , aparece un ingreso de 7000 Euros fechado 30.08.2007 por compensación de cheques, extrayéndose en metálico días después, con varias operaciones en efectivo menores de 2500 Euros, en aquellas fechas, en concreto dos en 20.11.2007, realizando transferencias bancarias días después por importe de 2000 Euros a "IMPORT EXPORT CORREA RESTREPO" y 560 Euros a favor de Correa Restrepo." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó los siguientes pronunciamientos:

Sentencia nº 17/2012

"CONDENAMOS A:

· Sabino Segundo y a Ceferino Arcadio , como autores responsables de un delito de blanqueo de dinero descrito a la pena de **cuatro años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo durante el tiempo de condena y **multa de 3.000.000 euros, con arresto sustitutorio en caso de impago de tres meses.**

· Federico Ildelfonso como autor responsable de un delito de blanqueo de dinero descrito a la pena de **tres años, tres meses y un día de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo durante el tiempo de condena y **multa de 3.000.000 euros, con arresto sustitutorio en caso de impago de tres meses.**

ACORDAMOS:

· *El comiso de los saldos existentes en las cuentas con que operaban los acusados y el dinero y bienes que les fue ocupado procedentes del delito (art. 127 CP).*

· *La disolución de las sociedades **BERFRENOS S.L, BENNI RACING SL, BALMONT 2007 SL e INDEX MEDIA SL.** (art. 129.1.b)*

Entre todos los condenados deberán abonar las costas del juicio por iguales partes." (sic)

Sentencia nº 18/2012

"CONDENAMOS A:

Gregorio Nicanor como autor responsable de un delito de blanqueo de dinero descrito a la pena de **tres años, tres meses y un día de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo durante el tiempo de condena y **multa de 500.000 euros, con arresto sustitutorio en caso de impago de un mes.**

ACORDAMOS:

· *El comiso de los saldos existentes en las cuentas con que operaba el acusado y el dinero y bienes que les fue incautado adquiridos con dinero proveniente del tráfico de drogas y en concreto:*

El inmueble vivienda Finca nº NUM012 , en la CALLE001 NUM013 BL NUM014 ES NUM014 Pta. NUM015 de Torrevieja (Alicante) (art 127 CP).

· *La disolución de la sociedad **IMPORT EXPORT CORREA RESTREPO SL.***

El condenado deberá abonar las costas del juicio por iguales partes." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por los procesados, 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 en los siguientes motivos:

Recurso de Sabino Segundo

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., en relación con el art.- 5.4 de la LOPJ , se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE .)

2º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim . y art. 5.4 se alega infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

3º.- Con el mismo apoyo que el anterior, alega infracción del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 de la CE).

Recurso de Federico Ildelfonso

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., alega aplicación indebida del art. 301.1 y 2 , 27 y 28 del CP .

2º.- al amparo del art. 849.2 de la LECrim , alega error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

3º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim y art. 5.4 de la LOPJ , alega infracción de derecho a la tutela judicial efectiva, por haber llegado al pronunciamiento condenatorio con arbitrariedad.

4º.- Al amparo del art. 851.1 de la LECrim , alega predeterminación del fallo.

Recurso de Ceferino Arcadio

1º.- Al amparo del art. 849.2, alega error de hecho en la valoración de la prueba, basado en documentos que obran en la causa.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., alega aplicación indebida del art. 301.1, párrafos primero y segundo, reformado por LO 15/2003, de 25 de noviembre , vigente en el momento de los hechos.

3º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim . y art. 5.4 de la LOPJ , alega violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), en relación con los arts. 9.3 y 117.3 del mismo Texto, sobre intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

4º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 de la CE).

5º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., alega infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas (art. 24.2 de la CE), y se solicita la aplicación de la atenuante del art. 21.6 del CP .

Recurso de Gregorio Nicanor

Único.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , alega vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24 de la CE)

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 3 de abril de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Sabino Segundo

PRIMERO.- El primero de los motivos se enmarca en la, según manifiesta, "tradicción" de la representación que lo formula, de impugnar el cauce mismo de la casación por inconstitucional. No se trata de otra cosa que la consideración de que la falta de previsión de un recurso de apelación para el condenado incumpliría la previsión del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .

Puesto que la misma parte admite que el tratamiento del tema es en ella ya una "tradicción" hemos de suponer que conoce la doctrina que ha venido manteniendo este Tribunal Supremo, además del Tribunal Constitucional e incluso el mismo Comité de la ONU al que invoca.

No merece pues este alegato otra respuesta que la remisión a dicha doctrina de la que puede ser exponente suficiente la Sentencia de este TS de 21 de Diciembre del 2012 resolviendo el recurso: 10733/2012 :

Con carácter previo conviene realizar algunas precisiones. En primer lugar, hemos de recordar que España es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos desde el 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril) y ratificó su Protocolo Facultativo por instrumento de adhesión de 17 de enero de 1985 (BOE 2 de abril de 1985). Protocolo que faculta al Comité para recibir quejas o comunicaciones de individuos cuyos derechos hayan sido violados por los Estados parte y que regula el cauce procedimental para articular tales reclamaciones individuales. En todo caso, al margen de las obligaciones internacionales que de ellos se deriven para el Estado español, hay que entender que los Dictámenes del Comité no tiene fuerza ejecutoria directa para anular los actos de los poderes públicos nacionales, pues en el Pacto no existe cláusula alguna de la que se derive su ejecutoriedad, ni en el Ordenamiento Jurídico español se ha articulado una vía específica que permita a los jueces la revisión de las sentencias penales firmes como consecuencia de un Dictamen del Comité, ni el mandato del art. 14.5 es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (entre otras SSTC 42/1982 de 5 de julio, FJ 3 ó 70 /2002 de 3 de abril , FJ 7).

Como recuerda la citada STC 70/2002 de 3 de abril , FJ 7, las competencias del Comité "le habilitan exclusivamente para recibir y examinar comunicaciones tanto de Estado parte que aleguen que otro Estado parte incumple las obligaciones del Pacto, como de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Y, respecto de las comunicaciones individuales, en virtud del art. 5 párrafo 4 del Protocolo, para presentar sus observaciones al Estado parte y al individuo, haciendo constar en su caso la existencia de una violación del Pacto en el caso concreto (...) Además, ha de tenerse en cuenta que las "observaciones" que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia.

Ahora bien, el que los Dictámenes del Comité no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las Sentencia del TEDH, no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la constitución, el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la CE , sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE, deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 de la CE); interpretación que no pueden prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantías establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989 de 8 de mayo , FJ2).

El TC desde sus primeras Sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (STC 91/2000 de 30 de marzo , FJ 7, citando entre otras las SSTC 38/1981 de 23 de noviembre, FJ 4 ; y 78/1982 de 20 de diciembre de, FJ 4), habiendo declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto constituye parte también del de los derechos fundamentales "formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español" (ATC 260/2000, de 13 de noviembre , FJ2).

Por tanto, el art. 14.5 del PIDCP , ratificado por España, y cuyo contenido ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2) consagra el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal en los siguientes términos: "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le hayan impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito pro al Ley". La doctrina del TC sistematizada ampliamente en la STC 70/2002 , FJ7, y a la que se refiere también la STC 123/2005, de 12 de mayo , FJ 6, parte de que el mandato del citado precepto, aún cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, queda incorporado al derecho a un proceso con todas las garantías para que se refiere la Constitucional en su art. 24.2, a través de la previsión del art. 10.2 del CE , por lo que hay que entender que entre las garantías del proceso penal se encuentra la del recurso ante un tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de este género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro Ordenamiento (STC 42/82 de 3 de julio , FJ 3, entre otras).

Efectuada esta precisión previa, la cuestión sobre si, tras el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000 puede seguir entendiéndose que la actual regulación de la casación penal cumple con las exigencias declaradas en el art. 14.5 del PIDCP respecto del derecho a la rescisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un tribunal superior, ya ha sido resuelta afirmativamente por el TC Sentencias, entre otras , 170/2002 de 3 de abril , FJ 7, 80/2003 de 28 de abril FJ2 , 105/2003 de 2 de junio FJ 2 , 123/2005 FJ6 , y por el TS (408/2004 de 24.3 , 121/2006 de 7.2 , 741/2007 de 27.7 , 893/2007 de 31.10 , 918/2007 de 16.11 , entre las más recientes.

En efecto como recuerda la STS 1074/20045 de 27 de septiembre con cita en la STS 2047/2002, de 10 de diciembre :", si bien el Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU el 20 de julio del año 2.000 en el caso "Cesáreo Gómez" ha apreciado en un determinado recurso la vulneración del derecho reconocido en el art. 14 5º del Pacto, pero esta resolución se refiere a un caso específico, no generalizable, y lo cierto es que en la escuetísima fundamentación de fondo de la resolución dictada no se entró realmente a valorar las características actuales del recurso de casación penal español tal y como funciona en la realidad jurisdiccional.

Ha de tenerse en cuenta que el referido Dictamen del Comité se limita, en cuanto a la cuestión de fondo, a señalar (párrafo 11. 1) que "de la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran

revisadas íntegramente". Si acudimos al párrafo 8. 6 para conocer cual fue la información proporcionada por la representación procesal del Estado Parte, se aprecia que, según el Comité, "el Estado Parte aduce...que el recurso de casación español satisface plenamente las exigencias de la segunda instancia **aunque no permita revisar las pruebas salvo en casos extremos que la propia Ley señala**".

Ello nos permite deducir que la información proporcionada al Comité sobre nuestro recurso de casación penal se limitaba a explicitar las limitadas posibilidades de revisión fáctica reconocidas **en la Ley** (error de hecho fundado en documento auténtico, art 849 2º de la LECrim), pero no las posibilidades de revisión fáctica mucho más amplias abiertas por la Constitución (presunción de inocencia, interdicción de la arbitrariedad, exigencia de motivación), la jurisprudencia constitucional y la práctica jurisdiccional efectiva del actual recurso de casación.

Igualmente la STS. 1305/2002 reiterando lo ya dicho en auto de 14.12.2001, recuerda que el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/85 que el recurso de casación cumple con la exigencia del art. 14.5 Pacto y desde la STC 42/82 ha establecido que esta norma del Pacto no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación (ver también STC 37/88).

Finalmente en cuanto a su vulneración denunciada, el Tribunal Supremo en SS. 1860/2000 de 4.12 , 2194/2001 de 19.11 , 1305/2002 de 13.7 se ha pronunciando ante dicha invocación afirmando que el derecho a la doble instancia no está realmente comprendido en el Convenio Europeo, sino en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, según el cual toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidas a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Ahora bien, dada la diversidad de sistemas procesales que funcionan en el ámbito territorial del Pacto, la posibilidad del acceso a la doble instancia viene determinada por las características de las leyes procedimentales de cada país y aunque esa revisión deba tener el máximo alcance, no se puede excluir la posibilidad de que existan otras vías de impugnación de sentencias condenatorias, siempre que se haga a través de un Tribunal superior que tenga la posibilidad de anular las resoluciones del inferior. Por ello nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que aunque el recurso de casación penal tenga un carácter extraordinario y de marco limitado, cumple suficiente y adecuadamente expectativas del referido Pacto Internacional y "satisface la obligación asumida por el Estado español al incorporar sus previsiones al derecho interno por la vía del artículo 96 de nuestra Constitución".

Ciertamente existen tratados internacionales firmados por España en los que se ha hecho expresa referencia a la doble instancia en el proceso penal. Concretamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derecho Humanos en el que se expresa que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un Tribunal superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que pueda ser ejercitado, se regularán por la ley. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal superior puede ser interpretado con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro Tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

Examinando los textos de los Tratados internacionales citados vemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a "fallo condenatorio y la pena". Si por fallo condenatorio entendemos, además de la parte dispositiva que contiene la condena, aquellos extremos de la sentencia que examinan la declaración de culpabilidad, estaríamos ante una interpretación que se extiende más allá de la mencionada como estricta, en cuanto supera el mero fallo o parte dispositiva, si bien ello permite, al menos, dos lecturas, la que se identifica con la revisión completa, es decir un nuevo juicio con repetición de la prueba, que afectaría a las bases fácticas sobre las que descansa la declaración de culpabilidad; otra que si bien no se ciñe a la parte dispositiva de la sentencia sin embargo tiene como límite el examen del juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia y en concreto sí se ajusta a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Pues bien, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, único de los citados que ha sido ratificado por España, no requiere un nuevo juicio con repetición de la prueba, satisfaciéndose la

exigencia de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior con la mera revisión del juicio de inferencias realizado por el Tribunal de instancia.

Es cierto que ambos pactos remiten este derecho a la doble instancia a lo que se prescriba por la Ley de cada Estado signatario, como se recoge en la sentencia de esta Sala antes citada, y ello nos lleva a examinar si en la legislación procesal española se cumple el mandato, con el alcance que acabamos de expresar, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Tribunal Constitucional viene declarando, desde las sentencias 42/1982, de 5 de julio, 76/1982, de 14 de diciembre y 60/1985, de 6 de mayo, que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes y que el Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, cumple con esta exigencia de intervención de un Tribunal superior, si bien, al desarrollar el derecho al recurso, ha hecho una interpretación más favorable para la efectividad de ese derecho y con una interpretación amplia respecto al ámbito del conocimiento del recurso de casación, como son exponentes las Sentencias 133/2000, de 16 de mayo y 190/1994, de 20 de junio.

El Tribunal Supremo, en sus sentencias, para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional tantas veces citado y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene ensanchando su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia.

Así en la Sentencia de esta Sala de 25 de abril de 2000 se dice que al invocarse el derecho de presunción de inocencia ello conduce al Tribunal Supremo a examinar, entre otras cuestiones, si las pruebas se obtuvieron lícitamente y si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia y de las ciencias.

El cumplimiento por este Tribunal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se mantiene, con el alcance del recurso de casación que se ha dejado expresado, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, sin que este Dictamen, que resuelve un caso concreto y no si el recurso de casación español en su generalidad se ajusta o no al artículo 14.5 del Pacto, exija, en modo alguno un cambio de criterio, siendo cuestión bien distinta la conveniencia de que se instaure la segunda instancia en todo tipo de procesos y se residencie en el Tribunal Supremo como única función, la esencial de unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en la reunión no jurisdiccional celebrada el 13 de septiembre de 2000, en la que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

Como precisa la STS. 692/2002 de 18.4 y la doctrina que se expone con detalle en el auto de 14.12.2001, el recurso de casación penal en el modo en que es aplicado actualmente, particularmente cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cumple con lo previsto en el citado art. 14.5. Y ello es así porque en este recurso cabe examinar la prueba practicada en la instancia y la aplicación que de ella se hizo por el órgano judicial competente, con suficiente amplitud como para satisfacer ese derecho que tiene toda persona declarada culpable de un delito a que su condena "sea sometida a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la ley". En nuestro caso la "Ley" a que se refiere el Pacto no está constituida únicamente por las disposiciones de la LECr, sino también por la forma en que han sido interpretadas y ampliadas en los últimos años para su adaptación a la Constitución por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también por esta sala del Tribunal Supremo.

En resumen como ha declarado la STC de 8 de mayo de 2006 FJ.: "hay que aclarar que nuestro sistema casacional no queda limitado a al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que sólo permite revisar las pruebas en el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 de la LECrim., ya que en virtud del art. 852 de la LECrim., el recurso de casación podía interponerse en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que, a través de la invocación del art. 24.2 de la CE (fundamentalmente en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia) es posible que el TS controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como en suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que

el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido (STC 2/2002 de 14 de enero , FJ 2). Por tanto, el recurrente tiene adscrita una vía que permite al TS la "revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las instancias jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (STC 70/2002 , FJ7).

Por último es de interés destacar dos cuestiones: 1º) que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Loewengestin y Deperris*, que fueron inadmitidas, respectivamente, el 30 de mayo y el 22 de junio de 2000 , consideró que en el art. 2 del Protocolo número 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de éste último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de Derecho. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del art. 2 del Protocolo 7 del Convenio.

2º) Que posteriormente se han producido varias decisiones de inadmisión de Comunicaciones, en las que el Comité considera adecuada la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo Español en un recurso de casación. Así la Decisión de 29 de marzo de 2005 (Comunicación núm. 1356-2005 Parra Corral c. España, 4.3) en la que se señala que "la alegación referente al párrafo 5 del art. 14, esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y Constitucional en el caso de autos. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron con todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena". Igualmente, la Decisión de 25 de julio de 2005 , (comunicación núm. 1399-2005, Cuartero Casado c. España, § 4.4) que destaca que "con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del art. 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el Juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual". Del mismo modo, la Decisión de 25 de julio de 2005 (comunicación núm. 1389- 2005, Bertelli Gálvez c. España, § 4.5, poniendo de manifiesto que "en cuanto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del texto de la sentencia del Tribunal Supremo se desprende que si bien éste declaró que -la evaluación de las pruebas compete al Tribunal de primera instancia y no al Tribunal Supremo-, sí examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable de estafa porque -hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño de una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés-". Y, por último, la Decisión de 28 de octubre de 2005 (comunicación núm. 1059-2002, Carballo Villar c. España, § 9.3) al afirmar que "con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia de aquél", por lo que considera que la queja "no se ha fundamentado suficientemente a efectos de admisibilidad" y la declara inadmisibile.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que el Comité ha precisado, por ejemplo, que el artículo 14.5 del Pacto no requiere que el Tribunal de apelación lleve a cabo un nuevo juicio sobre los hechos, sino que lleve a cabo una evaluación de las pruebas presentadas al juicio y de la forma en que éste se desarrolló. Decisión de 28 de marzo de 1995, comunicación núm. 536-1993, Perera c. Australia, § 6.4); que la falta de un juicio oral en la apelación no constituye violación del derecho a un juicio justo, ni del art. 14.5 del Pacto (Dictamen de 29 de octubre de 1999, comunicación núm. 789-1997, Bryhn c. Noruega, § 7.2) o que un sistema que no permita el derecho automático a apelar puede ser conforme a las exigencias del art. 14.5 del Pacto, siempre que el examen de la autorización de la solicitud para presentar recurso entrañe una revisión completa, tanto por lo que respecta a las pruebas como a los fundamentos de Derecho, y a condición de que el procedimiento permita examinar debidamente la naturaleza del caso (Dictamen de 31 de marzo de 1999, comunicación núm. 662-1995, Lumley c. Jamaica, § 7.3).

De acuerdo con lo expuesto, se puede concluir que no exista la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la regulación del actual recurso de casación en materia penal, al cumplir con las exigencias del art. 14.5 PIDCP .

SEGUNDO.- 1.- En el segundo motivo alega el recurrente que la condena vulnera las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

La argumentación se dirige a criticar la conclusión probatoria de la sentencia de instancia en dos aspectos, siquiera no deslindados nítidamente en la exposición del recurso. El uno se refiere a toda vinculación del dinero movido por el recurrente con un acto ilícito, cualquiera que sea. El segundo, al que dedica el último párrafo del motivo, hace específica referencia a que tal origen sea precisamente un delito de tráfico de drogas.

La construcción argumental se centra en el enunciado de los indicios que la sentencia utiliza, a los que no reconoce fuerza suasoria respecto a la conclusión inferida, y al de los indicios que deberían haber concurrido, pero cuya ausencia avala al desvinculación del dinero utilizado con una actividad ilícita.

2.- Respecto a la presunción de inocencia, resulta necesario recordar ahora su contenido constitucional y relevancia como canon de legitimidad de la resolución impugnada.

Al respecto hemos dicho que constituye contenido de ese derecho fundamental el siguiente:

1º.- En primer lugar la doctrina constitucional y jurisprudencial ha incluido en el contenido de la presunción de inocencia la exigencia de **validez en los medios de prueba** que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación.

Así pues la convicción del Juzgador debe atenerse al método legalmente establecido para obtenerla, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción, igualdad y publicidad.

2º.- Que, con independencia de esa convicción subjetiva del juzgador, **pueda asumirse objetivamente la veracidad de las afirmaciones de la imputación**. Tal objetividad concurre cuando y sólo si: **a)** puede afirmarse la *inexistencia de vacío probatorio*, porque se haya practicado medios de prueba que hayan aportado un contenido incriminador y **b)** la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos permite predicar de la acusación una veracidad que se justifique por adecuación al canon de *coherencia lógica* que excluya la mendacidad de la imputación., partiendo de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por *premisas correctas*.

3º.- Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado.

4º.- Aunque aquella objetividad no implique exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que **no concurre cuando existen alternativas** razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las **objeciones** a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten **dudas razonables** sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Puede pues decirse, finalmente, que cuando existe una **duda objetiva** debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolucón del acusado.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolucón, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y

5º.- Cuando se trata de **prueba indiciaria**, la prueba directa no se traduce en tal caso en afirmaciones de tal carácter sobre la imputación, sino que establece otras premisas fácticas desde las cuales el juez puede, siguiendo cánones de lógica y experiencia, inferir la concurrencia de los elementos fácticos típicos. En tal caso merece una específica consideración la enervación de presunción de inocencia.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2011 ha dicho al respecto que: a falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: **1)** el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; **2)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; **3)** se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este **razonamiento** esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en **una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a**

los criterios colectivos vigentes". Y concluye advirtiendo que, en el ámbito del amparo constitucional, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocenciacuando "la inferencia sea **ilógica** o tan **abierta** que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada".

Es decir que en tales supuestos ha de constatarse tanto la **solidez** de la inferencia desde el canon de la lógica y la coherencia, como la suficiencia o carácter **concluyente** que se considerará ausente en los casos de inferencias excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2007).

(Sentencias TS núms. 1059/12 de 20 de diciembre , 1024/ 12 de 19 de diciembre , 1002/12 de 4 de diciembre , 991/12 de 27 de noviembre , 915/12 de 15 de noviembre , 871/12 de 25 de octubre , 820/12 de 24 de octubre , 819/12 de 10 de octubre , 762/12 de 26 septiembre , 638/12 de 16 de julio y 648/12 de 17 de julio , reiterando lo dicho en la núm. 542/12 de 21 de junio, resolviendo el recurso nº 1358/2011 y SSTs núms. 122/2012 de 22 de febrero , 103/12 y 99/12 de 27 de febrero , 1342/11 de 14 de diciembre , 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre , 1385/11 de 22 de diciembre , 1270/2011 de 21 de noviembre , 1276/11 de 28 de noviembre , 1198/11 de 16 de noviembre , 1192/2011 de 16 de noviembre , 1159/11 de 7 de noviembre).

3.- No discute el recurrente que los medios de prueba desde los que el Tribunal de instancia conformó su convicción hayan sido obtenidos con vulneración de garantías o que su producción pueda tacharse de ilícita.

Tampoco discute las conclusiones probatorias que conciernen a los hechos base desde los cuales la sentencia de instancia construye la inferencia que le conduce a la vinculación del dinero manejado con actividades ilícitas y a la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal imputado. Así pues deja fuera del debate la afirmación de la resolución recurrida que declara que el acusado creó las sociedades Befrenos SL y Benni Racing SL, de las que era socio único y administrador. Tampoco cuestiona la titularidad de los vehículos que se dice en al declaración de hechos probados; ni que en las cuentas, que allí se indican, se efectuaron los ingresos y disposiciones que dicha declaración describe. Ni que, al tiempo de detenerle, se le ocupó la cantidad de 64.325,40 euros en metálico.

La cuestión se circunscribe, por ello, a dilucidar si, ante tales premisas, la conclusión de que los movimientos de dinero justifican, coherentemente y de manera concluyente, la afirmación de que el dinero, así dispuesto, **procedía** de actividades ilícitas. Y ello de tal suerte que la certeza obtenida puede ser compartida por la generalidad, por lo que cabe tildarla de certeza objetiva, frente a la cual ninguna objeción suscita dudas que, por ser razonables, desvanecen aquella objetividad de la certeza sobre la conclusión inferida.

Y al respecto ha de convenirse la intrascendencia de los datos echados en falta por el recurrente. Tales como el no hallazgo de documentación sobre la relación con los demás imputados, o la falta de examen de los libros contables, cuya utilización como medio de prueba estaba a disposición del recurrente sin que la empleara. Ni que los inmuebles no estuvieran " a nombre del recurrente", dato este que más bien suscita suspicacias a favor de la imputación.

Por el contrario, la **racionalidadde la conclusión sobre el origen delictivo** del dinero utilizado, se adecua conforme a cánones de lógica, y también de experiencia, a aquellos datos-base no cuestionados.

Ciertamente la Jurisprudencia ha venido advirtiendo que *el delito de blanqueo de capitales no es un delito de sospecha. Como cualquier otra condena penal exige acreditar todos y cada uno de los elementos del delito. No existe en nuestro derecho un delito de enriquecimiento ilícito que suponga una inversión de la carga de la prueba o que obligue para salvar esa cuestión a fijar la atención en aspectos de transparencia o apariencia como objetos de la tutela penal que se busca a través de ese tipo de infracciones.*

Para la condena por esta infracción, como por cualquier otra, es necesaria la certeza más allá de toda duda basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: una actividad delictiva previa idónea para generar ganancias o bienes; operaciones realizadas con esos bienes con la finalidad de ocultar su origen; y en el caso del tipo agravado que el delito previo esté relacionado con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Ninguna de esas cuestiones se puede "presumir" en el sentido de que pueda escapar a esa certeza objetivable. No basta con una probabilidad o sospecha más o menos alta (STS nº 578/2012).

No obstante, también se reconoce que, sin cuestionar la adecuación del tipo penal establecido en el artículo 301 del Código Penal a las exigencias del principio de legalidad y taxativa determinación, puede constatarse partiendo de indicios la vinculación del bien objeto de la actividad típica del blanqueo a delitos antecedentes.

Por la propia naturaleza de la prueba indiciaria, el elenco de los mismos no puede reducirse a la canonización clausurada de los utilizables. La experiencia en la lucha contra el crimen, y en especial el organizado, hace que cada día se conozcan nuevos mecanismos utilizados a fin de burlar el acceso al conocimiento del origen del dinero obtenido en actividades ilícitas.

De ahí que pueda predicarse una cierta ingenuidad de los esfuerzos de catalogación, como los meritoriamente hechos en Sentencias de este Tribunal, como la nº 1310/2011 de 12 de diciembre y la nº 811/2012 de 30 de octubre : la importancia de la cantidad del dinero blanqueado; la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas. Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto. la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico, la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones, la debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales, la existencia de sociedades "pantalla" o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas." (SSTS 202/2006 de 2 de marzo , 1260/2006, de 1 de diciembre , 28/2010, de 28 de enero).

Como dijimos en la Sentencia de este Tribunal 578/2012 : *Las reglas y criterios recogidos por esa doctrina jurisprudencial no son una especie de ecuación que haya de desembocar en la condena, sino una guía orientadora por la frecuencia con que aparece en este tipo de delitos. Pero siempre habrá que estar a cada caso concreto y a la naturaleza y potencialidad acreditativa de esos indicios.*

Lo relevante es partir de que la ineludible laxitud descriptiva del tipo penal no se reproduzca en el momento de exigir fortaleza retórica en la valoración probatoria, no solamente para que sea tributaria de las concretas circunstancias del caso que se juzga, sino que también ha de serlo de una lógica rigurosa y de una experiencia bien nutrida, es decir bien acomodada a las premisas antes expuestas como ínsitas en la garantía constitucional de presunción de inocencia.

4.- La sentencia de instancia, parte del informe suministrado por la unidad policial especializada, cuyos **agentes** se sometieron a contradicción en el juicio oral y que se apoya en abundante documentación.

Y desde ahí concluye que la situación patrimonial de las entidades y acusados resulta desproporcionada en relación con la actividad económica observada.

Atiende a la **opacidad** de las operaciones mercantiles examinadas. Estas vienen a corresponderse con el elenco de las **descritas en las normas administrativas** de prevención del **lavado** de capitales como **actividades de riesgo** de ocultación del origen ilícito del numerario movido. Y detecta múltiples **infracciones formales en el ámbito administrativo y contable** .

Por otra parte la sentencia valora que la actitud del acusado no ha contribuido a desvanecer las legítimas inferencias suscitadas por tales premisas. Ciertamente sin que ello suponga un desplazamiento de la carga de la prueba que pase a exigir ésta al imputado. No. Lo que resulta de esa falta de clarificación por el acusado es la **persistencia** de la razonabilidad de la inferencia, por inexistencia de objeciones razonables.

Y a esa reflexión general se añade por la sentencia de instancia concretas valoraciones de específicos indicios: la titularidad de vehículos de alta gama en número de 25 por la sociedad Befrenos, no obstante las pérdidas proclamadas en los ejercicios precedentes, que los ingresos que nutren las cuentas bancarias se hagan con dinero en efectivo y por importantes cantidades, o la ausencia de contabilidad formal de las sociedades que administra. Entre aquellos ingresos se refieren como meros ejemplos que en una de las cuentas se ingrese en tres días 57.690 euros o, en otra cuenta, se ingresaran en un año 352.260 euros.

Las extracciones en importante cuantía tampoco se encuentran justificadas por operación alguna de la que quede constancia.

5.- Lo anterior puede llevar a la conclusión de que tales operaciones producen el efecto de introducir en el tráfico mercantil dinero, que pasa a mostrarse de lícita pertenencia del acusado, por sí o a través de las citadas sociedades.

No obstante la vinculación entre el acusado y la organización delictiva investigada en las diligencias previas 263/2007 y la del dinero a que nos venimos refiriendo y las ganancias obtenidas en la actividad de tráfico de drogas a que se refiere aquella causa penal, no resulta justificada en la sentencia recurrida.

El apartado B) del fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida cree haber encontrado razones que justifican tal conclusión. Entienden los autores de la sentencia que se trata aquí de una "particular situación". La precedente sentencia, recaída en aquella causa, absolvió a los acusados del delito de tráfico

de drogas, aunque condenó a alguno por otro delito (cohecho y falsedad). Pese a ello se describe en aquella sentencia una operación policial que culmina con la ocupación de droga. Entre los allí acusados se encontraba el ahora recurrente, quien también lo es en esta causa.

También se recuerda en esa argumentación que la sentencia de instancia dictada por la Sección Tercera de la misma Audiencia Nacional, proclama probado que un funcionario policial de la UDYCO recibió de los coacusados dinero a cambio de información que aquél les ofreció. Lo que no dice la sentencia ahora recurrida es si, a la fecha en que se dicta, la otra sentencia precedente era firme o no. Debiendo ahora señalarse que este Tribunal Supremo dictó sentencia de casación en fecha posterior a la recurrida, de 9 de julio de 2012, en recurso 1372/2011, que anula la dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional en 25 de abril de 2011 en relación a la condena por el delito de cohecho y falsedad en documento oficial, y que ordena dictar nueva sentencia al Tribunal de la instancia.

De esos antecedentes la Sala, que dicta la sentencia aquí recurrida, extrae como hecho probado la "existencia" de esa aprehensión de droga. Y, a partir de ahí, se esfuerza en encontrar la **relación**, no de los acusados, sino del dinero y bienes "que ha quedado probado que estos (los **acusados** en esta causa) manejaban, con el delito de **tráfico de drogas** previamente existente".

Para ello la sentencia recurrida reflexiona sobre la contraposición entre lo que denomina "verdad judicial" como eventualmente contrapuesta a la que denomina "verdad material e histórica". Y busca indicios que permitan afirmar, además de la "existencia" de la droga, la de un "grupo de personas" que indiciariamente hayan cometido el delito de su tráfico.

Lo llamativo es que tal tarea se aborda, según dice la propia sentencia, **con independencia del resultado del juicio antecedente**. Y tal desentendimiento se justifica en una jurisprudencia que ha subrayado que la vinculación que reclama el subtipo agravado de blanqueo, parte de la no necesidad de "previa prueba plena del delito precedente". Y de la suficiencia de "indicios razonables de la existencia de tal delito".

Y concluye la sentencia aquí recurrida que, vistas las "razones que determinaron la sentencia absolutoria" en la causa precedente, no le surgen dudas a la Sala que la dicta sobre la existencia de una organización delictiva, considerando "circunstancial" que los indicios de ello no llegaran a materializarse en prueba válidas. De ahí que, además de que no puede negarse el hecho de la operación de tráfico abortada, no pueda afirmarse la "inexistencia.....de una interrelación clara entre los acusados..." Y aún más, proclama que no alberga dudas sobre que "el dinero y bienes a los que se refieren las actividades económicas de los acusados, traen causa directa, aunque no exista una previa sentencia de condena penal sobre los mismos".

6.- Tal discurso de la sentencia recurrida merece algunas precisiones. La primera es que la doctrina jurisprudencial que cita releva, para aplicar el subtipo agravado del artículo 301.1 párrafo segundo, de una previa condena penal por tal imputación de tráfico de drogas, pero en modo alguno de la exigencia de prueba para proclamar su existencia. La segunda precisión es que la misma jurisprudencia no distingue entre prueba plena o no plena. Tal diferenciación corresponde a etapas históricas en las que no se había producido ninguna consolidación del movimiento constitucional decimonónico.

Una cosa es que la existencia del previo delito pueda afirmarse sin previa condena, y otra que la prueba del mismo no sea tan exigible como lo es la relativa a cualquiera otros de los elementos del tipo. Ahí puede probarse por prueba directa o indiciaria. Pero tan plena en un caso como en otro. Entendiendo por plenitud, en los valores de una sociedad democrática, la que satisface las exigencias de la presunción de inocencia.

Es más, la exigencia del tipo agravado se extiende también a la relación entre ese delito previo y el dinero objeto de la actividad típica, es decir, de la ocultación de su origen, que es la modalidad aquí imputada.

Pues bien, en el caso que juzgamos, no se trata de una *situación particular* por el modo de constatación de ese delito previo, caracterizado por la inexistencia de una condena. Aquí lo relevante es que ha recaído una sentencia previa que, no solamente no condena, sino que proclama que quienes ahora son acusados, deben ser absueltos.

Mantener que, ello no obstante, puede proclamarse la *relación* entre los aquí y allí acusados con la organización o personas, que llevaron a cabo el tráfico de drogas a que se refería la anterior causa, es un inaceptable eufemismo, que elude la expresión que especifique en qué consiste la misma. Y también una cierta burla de uno de los principios básicos del Estado que garantice los derechos y libertades fundamentales del ciudadano: la presunción de inocencia robustecida, si cabe, por la fuerza de la cosa juzgada de una sentencia absolutoria.

No ha faltado en la casuística jurisprudencial algún supuesto con ciertas similitudes al ahora enjuiciado. Como el resuelto en la Sentencia 578/2012 de este Tribunal Supremo. También allí la previa condena por delito de tráfico de drogas fue desautorizada, siquiera al dictarse la de casación. Pero en tal supuesto se mantuvo el subtipo agravado confiriendo a esa previa condena un mero valor indiciario.

En todo caso advertimos que *la sentencia* (antecedente que había condenado por delito de tráfico de drogas) , *casada por esta Sala, sólo se tiene en consideración como un indicio de naturaleza fáctica para alcanzar una inferencia, resultando indiferente que fuera condenatoria u absolutoria*. Y, por si restaba alguna duda se añadía . " *El delito de blanqueo de capitales no se basaba en las acciones descritas en la sentencia citada que fue casada por este Tribunal*.

Resalta de la sentencia objeto del presente recurso la absoluta falta de esfuerzo argumentador sobre la existencia de otros delitos de tráfico de drogas y de su relación con el recurrente. De ahí que esa relación deba tenerse por no probada, aunque por las mismas razones expuestas por la recurrida sí deba mantenerse el origen delictivo de los bienes y dinero a que se refiere el hecho de **lavado** imputado.

En efecto el número de cuentas bancarias utilizadas por las sociedades administradas por el acusado (fueron detectadas hasta ocho) el ingreso de fuertes cantidades de dinero en efectivo en cortos periodos de tiempo (sólo como ejemplo cabe indicar, hasta 19 ingresos en pocos días por importe de 57.690 euros; en un caso o 135.650 euros en otro o 352.521 en una cuenta y 352.260 en otra, en el año 2007, y salidas por importe de 99.500 euros en un caso además de otras en otros casos) a los que siguen disposiciones por caja también en metálico, y de cuyas operaciones no consta atisbo alguno que les vincule a actividades lícitas, revelan que el origen debe inferirse, no solamente como ilícito, sino que ha de concluirse que la ilicitud es penal ya que, en cualquier otro caso, poco importaría ponerlo de manifiesto al acusado que, lejos de ello, se limita a una queja de insuficiencia de prueba de la acusación.

Por ello el motivo debe ser estimado, por estimar vulnerada la garantía de presunción de inocencia del acusado recurrente, siquiera solamente en esa medida parcial de lo que concierne a que el origen ilícito consistía en la obtención del dinero objeto del comportamiento delictivo provenía de un delito de tráfico de drogas.

TERCERO.- El tercero de los motivos, que protesta vulneración del derecho a igualdad de trato del acusado con los demás que también lo son en esta causa, debe ser rechazado. No tanto por su dudosamente necesaria exposición doctrinal de manual, sino porque la misma concluye, como argumento en el caso, con una simple afirmación de que la pena impuesta al recurrente es superior a la impuesta a los demás. Pues bien, aparte de que la sentencia ofrecía razones sobradas para ello, la estimación del anterior motivo, y de los siguientes alegados por esos otros penados, deja éste sin contenido.

Recurso de Federico Ildfonso

CUARTO.- 1.- Con cuestionable técnica casacional, los tres primeros motivos se orientan a un único objetivo: combatir el relato de hechos probados.

Lo hace en el motivo primero al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Pero olvida que ese cauce no tolera cuestionar los hechos que la sentencia da por probados. Y, sin embargo, esa cuestión es precisamente el argumento esencial del motivo.

Lo hace en el segundo motivo, al amparo del ordinal segundo del mismo artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Pero ahí olvida que esos documentos ya son objeto de examen en la sentencia y no son el único elemento de juicio valorado por el Tribunal de instancia. Lo que hace inviable su estimación si atendemos a esa condición de ausencia de contraposición entre lo que el documento, al menos hipotéticamente, proclama y lo que esos otros medios informan al juzgador.

Finalmente se ampara en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se invoca en el motivo tercero, para desautorizar el relato de lo probado so pretexto de que al mismo se llega sin toma en consideración de los medios de prueba aportados por la defensa, en ninguna medida, ni siquiera para su rechazo.

No obstante, la conjunta consideración de esos tres motivos permiten identificar cual es la tesis impugnativa y su viabilidad siquiera corrigiendo la notoriamente errada invocación del precepto procesal que lo ampara. Lo que es exigible como contenido precisamente de ese derecho a la tutela judicial efectiva que obliga a examinar la pretensión de fondo sin atender a obstáculos formalistas y también porque, al no variar ni un ápice los términos del debate que el recurrente suscita, las demás partes no caen en suerte alguna de indefensión.

2.- Los argumentos que sostienen la tesis del recurrente se centran en que "no queda acreditado el elemento objetivo" del delito constituido por la actividad delictiva precedente, ni que la colaboración de éste con el acusado anterior se llevara a cabo *conociendo* el recurrente el origen de los bienes respecto de los cuales prestó una colaboración para su enajenación. Al efecto pone énfasis en que la prueba documental o excluye toda intervención del acusado en dichos actos referidos a la venta de vehículos de la sociedad del anterior recurrente, o la prestada no puede predicarse de colaboración a la finalidad de ocultación del origen de los bienes, ni de ayuda al dueño de ellos para que logre aprovecharse de los mismos. Y, concluye, el examen de la prueba aportada por el recurrente acredita la proporcionalidad de su patrimonio atendida su actividad lícita y la existencia de ésta.

Como argumento transversal de esos tres motivos, el recurrente alude a que pretende analizar lo que denomina la "racionalidad de la inferencia realizada" en la resolución recurrida, en relación a la prueba practicada (desarrollo del motivo tercero), o destruir cada una de las presunciones enunciadas en la aquella resolución (motivo segundo, tercer párrafo de su extracto) o a la exclusión de la actividad de tráfico como consecuencia de tal declaración en una anterior sentencia que proclamó la inocencia de los acusados.

Tal construcción argumental es la propia de la reclamación de aplicación de las consecuencias ínsitas en la garantía de presunción de inocencia conforme a la doctrina que sobre ella dejamos antes expuesta.

3.- Comenzaremos por dar por reproducido cuanto antes dijimos en referencia a la relación del acusado con los hechos objeto de causa penal anterior concluida por sentencia absolutoria. Y en consecuencia a desvincular a este recurrente del comportamiento imputado respecto de bienes procedentes del delito de tráfico de drogas.

En cuanto al control de la racionalidad de las inferencias, que la sentencia recurrida hace también, hemos de convenir con el recurrente en la endeblez lógica, en lo que concierne a la coherencia con las únicas premisas o hechos base de que parte.

Así como el carácter excesivamente abierto de las inferencias que caben partiendo de esos mismos hechos base.

En efecto, la sentencia recurrida, al valorar la prueba concerniente a este recurrente, parte como datos con supuesta fuerza indiciaria de los siguientes: **a)** ser propietario del inmueble en que se fija el domicilio social una de las sociedades del otro penado; **b)** haber participado en la enajenación de vehículos del citado penado una vez que éste fue detenido, que, estima la sentencia, tendían a facilitar su puesta a resguardo de la acción policial y procesal subsiguiente; **c)** el volumen de partidas de la sociedad Balmont 2007 SL.

Desde luego poco esfuerzo se requiere para convenir que la titularidad del inmueble citado y su indicación como domicilio de la sociedad del copenado, si bien no es incompatible con la relación entre ambos acusados, es perfectamente incardinable en otros muchos contextos, incluido el de la amistad, que no requieren ni participación en las actividades de dicha sociedad ni, menos aún, conciencia del contenido y alcance ilícito de esas actividades. Y es manifiesta la equivocidad de los datos leídos en la agenda de otra persona, no acusada, o de los contratos referentes a dos vehículos encontrados en poder de esa otra persona, aún sin examinar su autenticidad y la atribución a este recurrente.

Por lo que se refiere a la participación en la tramitación de enajenaciones de diez vehículos del anterior recurrente, tampoco cabe asumir la suficiencia y coherencia del discurso del razonamiento incriminador. Así, en algunos de esos casos de transferencia, la sentencia ni siquiera indica qué participación atribuye a este recurrente. Es el caso del *Renault Trafic*KKK ; Y también el del *Audi Q/ Quattro* en la que el único dato atendido es que una factura relativa al mismo "tiene el mismo formato" que las que emite D. Federico Ildfonso , sin que no solo no se expliquen cuales sean esas características para controlar su relevancia, sino que tampoco se explica la vinculación de tal circunstancia de manera razonable con la autoría de D. Federico Ildfonso en la emisión de tal factura, medita o inmediata, y menos que tal emisión fuera un episodio de la operación de ocultación de la que D. Federico Ildfonso resulte consciente colaborador. Y lo mismo cabe decir exactamente en relación al *Porche Carrera 4S Coupe* . En este caso se justifica la imputación pese a reconocerse que del dinero fruto de la operación llega a D. Federico Ildfonso y al copenado sólo "supuestamente". En cuanto a la moto *Yamaha T MAX* no existe otra vinculación con este recurrente que el hecho de que figure como adquirente un hermano suyo. Ninguna mención se hace de este recurrente cuando en la sentencia se describe la transmisión del vehículo *Jeep Grand Cherokee* y la única alusión al mismo recurrente en el caso del vehículo *Lamborghini Gallardo* es que aparece como adquirente una persona que la sentencia dice está ampliamente relacionada con el mismo, sin que se diga ni una sola palabra de la

naturaleza de esa relación, como no se justifica en absoluto en la sentencia la consideración de falsa de una de las facturas relativas al mismo.

En todos estos casos contrasta la laxitud con que se estima la vinculación de las transmisiones a la intervención del recurrente con la ausencia de prueba fácilmente accesible a la acusación, cual era la que el recurrente echa en falta. Es decir la aportación de los antecedentes documentales que de la tramitación debe existir en la Administración de Tráfico. Y desde luego destaca también la falta de esfuerzo alguno por justificar las falsedades que se predicán o la intimidación de relación entre el recurrente y otros sujetos que se dice intervinieron en las operaciones.

Respecto a los vehículos, en cuya transmisión admite el recurrente haber intervenido, el *Mazda* aparece con documentación de venta anterior a la detención del copenado sin que se acredite por la sentencia recurrida las razones para establecer con certeza objetiva una fecha posterior, de lo que no es prueba inequívoca la data de la tramitación administrativa; la *Yamaha*YyY el recurrente afirma haberla adquirido de otra persona diversa de la sociedad administrada por el coacusado, sin que la sentencia acredite el carácter fiduciario o simulado de la titularidad de la transmitente; por lo que se refiere al vehículo *Porche 996 Carrera AS*;GGG , tampoco se justifica la falsedad de la documentación que predica la transmisión en fecha anterior a la detención del copenado y, finalmente, por lo que se refiere al *BMW Cooper S*FFF cabe predicar la misma ausencia de justificación de falsedad de lo documentalmente constatado.

En consecuencia no cabe tener por acreditado que la intervención admitida del recurrente en la transmisión de titularidad de esos cuatro vehículos tenga por función permitir que el copenado excluya esos bienes de sus responsabilidades obteniendo así un beneficio de lo que obtuvo con previas actividades delictivas.

En cuanto al tercer bloque de indicios, en sede de hechos probados la sentencia se limita a proclamar que la sociedad que administra el acusado tiene unas cifras de ingresos por ventas y gastos por compras en un periodo de cinco años (2003 a 2007) por importe de 333.017,40 y 690.721, 36 euros respectivamente. Y añade que tales cifras no guardan proporción con los ingresos declarados. Pues bien, en el mejor de los casos tales enunciados son ininteligibles en cuanto base desde la que inferir necesariamente una actuación de **lavado** de dinero. Ciertamente, en sede ya de fundamentación jurídica, la sentencia, al valorar la prueba, hace referencia a adquisiciones inmobiliarias. Pero de ellas nada se habló como hecho probado. En todo caso, la vaguedad e imprecisión con que se alude a domicilios con los que el acusado estaría "relacionado" sin mayor especificación de tan vago concepto, hace inexistente la justificación probatoria cuya ausencia se denuncia. Tampoco cabe aludir, como hace la sentencia recurrida, a la pluralidad de indicios. Por muchos que estos fueran, si de los mismos no derivara certeza objetiva sino duda razonable, el número de dudas no se transmuta en certeza.

Cabe aquí dar por reiterada la doctrina sobre exigencia de rigor en la prueba que citábamos al estudiar el motivo del anterior recurrente. Y es fácil establecer la sensible diferencia que al respecto surge entre las bases fácticas utilizadas en uno y otro caso.

Por todo ello debemos excluir la existencia de prueba lógicamente coherente y suficientemente concluyente sobre la veracidad de la participación del acusado en los actos que se le imputan como funcionalmente ordenados a beneficiar al dueño de los productos de actividades delictivas.

Y por ello estaremos los motivos citados en cuanto los funda la garantía constitucional de presunción de inocencia, implícitamente invocada en los argumentos expresados en los mismos.

Recurso de Ceferino Arcadio

QUINTO.- Cuestiona este penado la declaración de hechos probados por el doble cauce del error documentalmente constatado - motivo primero- y de la vulneración de presunción de inocencia -motivo cuarto- en relación a los datos esenciales de la imputación: inexistencia de delito precedente, inexistencia de capitales sobre los que efectuar la actividad típica de **lavado**, tanto en el caso de la ampliación de capitales como en la adquisición de un inmueble, y, finalmente, en la adquisición de vehículos de alta gama.

Como el propio recurrente advierte, cuando trata la probanza de los hechos que se le imputan por el cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia- está reiterando la argumentación ya vertida en previos cauces, entre ellos el del error documentalmente acreditado.

Por ello hemos de examinar la queja desde esa perspectiva, ya que su estimación hace innecesarias otras consideraciones, incluso sobre la admisibilidad de la protesta al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal utilizada en el primero de los motivos.

2.- La sentencia de instancia proclama, en sede de hechos probados, que el Tribunal que la dicta posee una plena certeza sobre los siguientes hechos: **1º**.- Que el acusado se ocupaba de dar cobertura legal a los beneficios ilícitos obtenidos en la operación que concluyó con la aprehensión de cocaína objeto de enjuiciamiento previo. **2º**.- La cobertura se llevó a cabo mediante: **a)** lo que califica de operación de *ingeniería jurídico financiera* consistente en efectuar las dos ampliaciones de capital en las que el acusado abona el capital suscrito con créditos ficticios contra la sociedad; **b)** abono en metálico de parte del precio de un inmueble y **c)** haciendo figurar a su nombre vehículos de alta gama cuya titularidad real sería de un tercero también acusado en la causa penal referida en el anterior apartado 1º.

La sentencia argumenta la utilizabilidad de la sentencia antecedente en los mismos términos que hemos considerado al tratar el recurso del primero de los penados.

Respecto a la ampliación de capital, cuya realidad no es objeto de discusión, subraya la resolución recurrida que no es creíble la construcción documental acreditativa del crédito del socio contra la sociedad. Y que por ello estima que el acusado "estaba constituyendo un título jurídico que le permitía aflorar y con ello blanquear importantes cantidades de dinero".

En cuanto a la adquisición de un inmueble por una sociedad controlada por el acusado, estima que al figurar en la escritura un precio inferior al valor del mismo, la diferencia fue pagada en metálico con dinero de origen delictivo.

Finalmente, en cuanto a los vehículos de su titularidad formal administrativa, afirma que los unos fueron adquiridos con dinero de procedencia delictiva, ya que "no acredita ingresos para su adquisición" y otros eran de titularidad real ajena, perteneciendo a uno de los principales imputados en la causa anterior sobre tráfico de drogas. Sin que la sentencia indique cuales vehículos conforman uno y otro de esos dos grupos.

3.- Por lo que concierne a la probanza de origen en delito de tráfico de drogas del dinero objeto de la actividad típica imputada a este acusado, reiteramos lo dicho al respecto en relación al primero de los recurrentes.

4.- El artículo 301 del Código Penal tipifica unas conductas que se caracterizan por referirse a un objeto concreto descrito con la genérica denominación de **bienes**, sin otra especificación que la que deriva de su **origen**. Pero para que la actividad pueda desarrollarse es ineludible que dichos bienes tengan **existencia real actual**. En su ausencia podrán llevarse a cabo actividades preparatorias o, si se quiere, incluso de tentativa. Pero no se puede considerar que el delito se ha consumado si el bien, por inexistente no puede ser ni adquirido, ni poseído, ni convertido, ni transmitido, ni cabe ocultar o encubrir su origen.

En este caso mal puede decirse que existe cuando se identifica como *beneficio* obtenido en una operación de tráfico de drogas que se dice concluida con la intervención policial que intervino la droga objeto de dicho tráfico.

Pero, por otra parte, aunque se recondujera el objeto de la acción típica al beneficio de otros delitos, la acción consistente en suscribir una ampliación de capital, sin aportación efectiva del precio de las nuevas participaciones, que la sentencia recurrida califica de "título representativo de incremento patrimonial", aunque formalmente se traduzca en un incremento contable del activo, es tan ficticio como lo sea el crédito aportado por quien lo suscribe. Y en tal ficción no puede decirse que se encuentre realmente presente **ningún bien procedente de actividad delictiva**. Como no lo estaría en cualquier otro negocio –como un compromiso de compra futura de un inmueble– en el que la utilización de tales bienes –dinero utilizado para abono de precio– no vaya más allá de una previsión de futuro, que, por otra parte, puede devenir fallida si dicho bien de origen ilícito no llega a ser adquirido, ni siquiera cometido el delito que lo generaría.

Por ello no cabe decir que esa operación de ampliación de capital pueda calificarse de típica del delito, cuando menos en grado de consumación. Pero, además de ese óbice a la calificación del hecho, la inferencia de concurrencia de los datos de hecho que exige el tipo –origen delictivo del capital importe de los valores suscritos y finalidad de ocultar su origen– exigiría una motivación que fuera más allá de la certeza subjetiva del Tribunal. Éste apenas invoca otra razón que la previa afirmación de que el acusado lo era en una causa penal que no solamente no le condenó sino que le absolvió. O su relación con otro de los allí acusados que corrieron la misma suerte de liberación de toda sospecha por sentencia absolutoria.

5.- La inferencia de origen delictivo del dinero que asentada sobre la diferencia entre precio escriturado y precio real en la adquisición de un inmueble resulta poco concluyente en la medida en que no puede en absoluto afirmarse que no se trate de una práctica extendida cuya funcionalidad, aún en el caso de ilícita, no puede vincularse inequívocamente de manera concluyente a la ocultación del origen del dinero representativo de aquélla diferente entre precio escriturado y precio realmente satisfecho.

La falta de coherencia lógica entre la conclusión y la premisa se manifiesta más si deparamos en que la fijación del precio realmente pagado se hace desde la poco aceptable equiparación entre valor y precio. Más si el valor considerado es el dado "a efectos de obtención de hipoteca" y no por pericia independiente.

6.- Finalmente más inaceptable, si cabe, es la afirmación de que la adquisición por el acusado de vehículos de alta gama se hizo con dinero procedente de delitos previos. La automática inclusión en el censo de autores del delito del artículo 301 del Código Penal de los titulares de bienes de valor tal que no se adecua a su capacidad adquisitiva supone, cuando menos una inversión de la carga probatoria. Y ello en la medida que aquella falta de concordancia entre patrimonio y capacidad adquisitiva es premisa que puede derivar de múltiples situaciones diversas de la penalmente tipificada en dicho precepto.

De ahí que resulte exigible que la imputación venga avalada por la exclusión de dichas tesis alternativas en medida suficiente para que la de la acusación se muestre como verosímil sin objeción conocida razonable. Lo que no ocurre cuando nada se aporta sobre la constatación de las circunstancias de esa adquisición: persona de la que se adquirió, documentación de la venta, precio figurado, valor real peritado, etc.

Tampoco es acorde a la exigencia de la presunción de inocencia la vaguedad con que la sentencia se pronuncia respecto a cuales de los vehículos eran de la propiedad real de este acusado y cuales lo eran solo ficticiamente. No solamente porque no especifique el número de uno y otro grupo de vehículos, sino porque deja en total omisión toda razón de esa distribución de titularidades.

Nuevamente ha de subrayarse la diferencia de punto de partida de la inferencia en este caso y en el del primero de los recurrentes.

Por todas las anteriores razones no cabe tener por probados los hechos, que se imputan al recurrente, sin vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, lo que nos lleva a estimar este motivo del recurso, sin entrar en el examen de los demás.

Recurso de Gregorio Nicanor

SEXTO.- 1.- Este recurrente formula un único motivo fundado en la alegación de que la afirmación de que el juicio de inferencia que lleva a cabo la sentencia de instancia no se acomoda a la exigencia del derecho constitucional a la presunción de inocencia. No existe, alega, ningún dato que permita afirmar la procedencia ilícita del dinero utilizado en las adquisiciones de dos vehículos y un inmueble en Torre Vieja. Y tampoco de que tal eventual origen fuera conocido y las adquisiciones se hicieran con la finalidad típica del delito imputado.

Incluso formula el recurrente la tesis alternativa a la de la imputación, constituida por la financiación de las adquisiciones mediante préstamo con garantía hipotecaria por valor superior a la del inmueble adquirido.

Y en cuanto a los ingresos en efectivo en cuentas bancarias recuerda su baja cuantía.

Y también incide en la misma queja de los demás acusados sobre la inviabilidad de relacionarle con actividades ilícitas solamente desde la invocación de la causa penal antecedente a la que hemos venido refiriéndonos.

2.- La sentencia que condena a este recurrente, como la recurrida por los anteriores recurrentes, reproduce la línea argumental de vinculación con el tráfico de drogas partiendo de lo que consta en la sentencia penal absolutoria recaída en la antecedente causa penal.

En sede de hechos probados atribuye como hechos desde los que infiere la conducta típica que imputa: -adquirir un Opel Astra 1.7 y un Ford Transit en el año 2004- con ninguna precisión sobre su valor y precio real pagado; adquirir una vivienda en el año 2005, sobre la que constituyó una hipoteca sin que conste la relación entre valor de aquélla e importe de ésta; y que dos años después, en el 2007, y también en el 2008, era titular de cuentas bancarias en las que se efectuaron unos ingresos de los que la propia sentencia afirman que no tienen "un origen cierto", lo que excluye la *certeza* de que tal origen sea delictivo y que incoherentemente la recurrida proclame.

También se declara probado que una sociedad, de la que era administrador único tuvo ingresos en sus cuentas bancarias en efectivo por importe de 41.350 euros entre octubre y diciembre de 2007 y de 2500 euros

en 2008. Dicha sociedad adquirió dos vehículos (un Mercedes 340 de segunda mano y un Polo) de los que nada dice sobre valor ni sobre precio.

En sede de fundamentación jurídica, bajo la rúbrica de análisis y valoración probatoria, se reproduce el mismo contenido descriptivo anterior, sin añadido argumental alguno.

3.- Este Tribunal no puede compartir la certeza subjetiva de que hace gala el Tribunal de la instancia.

La cuantía de las cantidades de dinero a que se refieren los hechos probados, o el valor de los bienes cuya titularidad se le atribuye, así como el amplio periodo de tiempo en el que tienen lugar los actos del acusado relativos a dichos dinero y objetos no constituyen soporte bastante para legitimar desde la lógica y la experiencia el origen delictivo de los mismos. Más aún, si cabe, si la propia sentencia se refiere a algunos de esos bienes como de *origen incierto*.

En consecuencia, advirtiendo también la diversidad del acervo probatorio disponible en este caso respecto del atendido en el del primero de los recurrentes, debemos concluir que la imputación del delito por el que viene condenado no es acorde a las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Lo que nos lleva a la estimación del recurso con las consecuencias que se establecen en la sentencia que dictamos para todos a continuación de esta de casación.

SÉPTIMO.- La parcial estimación de los recursos lleva a declarar de **oficio las costas** de los mismos conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR parcialmente** al recurso de casación interpuesto por Sabino Segundo , y **HABER LUGAR** totalmente a los recursos que formularon Ceferino Arcadio y Federico Ildfonso , contra la sentencia dictada en 4 de mayo de 2012 con el nº 17 por la Sección segunda de la Audiencia Nacional en el procedimiento abreviado 8/2010 y también **HABER LUGAR** totalmente el recurso formulado por **Gregorio Nicanor** , contra la dictada con el nº 18 por la misma sección de la Audiencia Nacional en el mismo procedimiento y fecha, dejando ambas sentencias sin efecto y declarando de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Abril de dos mil trece.

En la causa rollo nº 8/2010, seguida por la Sección Segunda de la *Sala de lo Penal* de la Audiencia Nacional, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 243/2008, incoado por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 por un delito de blanqueo de dinero, contra Sabino Segundo , nacido en Medellín (Colombia) el NUM017 de 1967, hijo de Bernardo y Margarita, con DNI nº NUM018 , Ceferino Arcadio , nacido en Barcelona el NUM019 de 1961, hijo de Gaspar y Ramona, con DNI nº NUM020 , Federico Ildfonso , nacido en Madrid el NUM021 de 1969, hijo de Rafael y Ceferina con DNI nº NUM022 y Gregorio Nicanor , alias " Chipiron ", nacido el NUM023 de 1970 en Calivalle (COlombia), hijo de Alfredo y de Pastora con NIE nº NUM024 , en la cual se dictaron sentencias nº 17/2012 y 18/2012 por la mencionada Audiencia con fecha 4 de mayo de 2012 , que han sido recurridas en casación por los procesados, y ha sido **casadas y anuladas** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados de la recurrida con las siguientes exclusiones:

a) no consta que los bienes y dinero de que dispuso el acusado D. Sabino Segundo los hubiera obtenido éste o tercero de hechos constitutivos del delito de tráfico de drogas aunque si de actividades delictivas, **b)** ni una ni otra vinculación cabe hacer respecto a los bienes de que dispusieron los demás acusados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1.- Los hechos imputados al acusado D. Sabino Segundo son constitutivos del delito previsto y penado en el artículo 301.1 párrafo primero del Código Penal . Por dicho delito, del que es autor el acusado, de conformidad con dicho precepto, dada la importancia de los bienes dispuestos y la potencialidad criminal revelada por el uso de sociedades a fin de facilitar el enmascaramiento de la ilicitud delictiva del origen de los bienes de que dispuso, imponemos la pena de tres años y tres meses de prisión, acotada en la mitad inferior de la posible.

En cuanto a la multa, dado el valor de los bienes objeto de disposición por este acusado, se fija en 2.000.000 de euros, más del tanto y menos del triple del citado valor.

Asimismo ha de reducirse la cuota de costas de este penado a una cuarta parte.

Procede por el contrario la absolución de los otros tres acusados por no ser sus comportamientos penalmente típicos en la medida que son declarados probados. Con la subsiguiente declaración de oficio de las costas causadas dejando sin efecto el comiso de los bienes a ellos incautados.

Por ello

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos a Sabino Segundo como autor del delito de blanqueo ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de **tres años y tres meses de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la pena y multa de 2.000.000 de euros, con arresto sustitutorio, en caso de impago, de dos meses. Se decreta el comiso de los saldos existentes en las cuentas con que operaba este acusado y del dinero y efectos que a él le fueron ocupados por razón de este delito. Se decreta la disolución de las sociedades Berfremos SL y Benni Racing SL. El penado satisfará una cuarta parte de las costas de la instancia.

Debemos **absolver y absolvemos** a los acusados Ceferino Arcadio , Federico Ildelfonso y Gregorio Nicanor , del delito por el que venían penados con declaración de oficio de tres cuartas partes de las costas de la instancia quedando sin efecto el comiso de los bienes y dinero que a ellos les fueron intervenidos por razón de esta causa y sin efecto a la disolución de las sociedades Balmont 2007 S.L., Index Media S.L. e Import Export Correa Restrepo S.L. así como también el comiso de la vivienda y dinero que se intervino a **D. Gregorio Nicanor** .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERÚ

27 octubre 2010 Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional.

EXP. N. ° 00655-2010-PHC/TC, LIMA, ALBERTO QUIMPER HERRERA

Fundamentos de voto de los magistrados Beaumont C., Vergara G. y Álvarez M., que se agregan.

1. § Delimitación de la pretensión y de la materia controvertida

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción, de fecha 21 de octubre de 2008, emitido por el juzgado emplazado en el Exp. N.º 107-2008, en virtud del cual se resolvió abrir instrucción en contra del beneficiario como presunto autor de los delitos de patrocinio ilegal, de cohecho pasivo propio y de tráfico de influencias, y como presunto cómplice primario del delito de negociación incompatible.

Se alega que el auto de apertura cuestionado afecta los derechos al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y al debido proceso del beneficiario, en conexión con su derecho a la libertad individual, por cuanto las pruebas de cargo que sustentan el auto de apertura de instrucción son pruebas prohibidas, toda vez que son producto de interceptaciones telefónicas.

En dicha línea argumentativa, también se pretende que se le ordene al juez emplazado que dicte a favor del beneficiario un auto denegatorio de instrucción, **debido a que no existen pruebas lícitas que sustenten la instrucción que se le sigue.**

2.- Este Tribunal considera necesario pronunciarse sobre algunas cuestiones que plantea la denominada prueba prohibida en el proceso penal, también conocida en la doctrina como prueba ilícita o prueba inconstitucional.

Para ello, se habrán de responder las siguientes interrogantes

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida?;

¿La prueba prohibida es un derecho constitucional explícito, un derecho constitucional no enumerado o es el contenido implícito de un derecho constitucional?; y

¿Qué efectos genera la prueba prohibida en el proceso penal?

A continuación se analizará el contenido del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, así como sus límites, debido a que en la demanda se alega que se habría producido la presunta vulneración de este derecho.

2. § Naturaleza jurídica de la prueba prohibida

3. En la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida. Así, existen posiciones que consideran a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso.

Como muestra de que en algunos ordenamientos constitucionales la prueba prohibida es considerada como una garantía objetiva del debido proceso penal, puede citarse a la fracción IX, del inciso a, del artículo 20º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que el proceso penal se regirá, entre otros, por el principio de que “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”.

4. De otra parte, existen otras posiciones que predicán que la prueba prohibida es un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que, como todo derecho fundamental, admite limitaciones en su ejercicio.

En sentido contrario, corresponde destacar que en alguna oportunidad el Tribunal Constitucional español consideró que la prueba prohibida no era un auténtico derecho

constitucional. Así, en el Auto 289/1984, del 16 de mayo de 1984, se destacó que el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos “no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina”.

5. También se ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. En este sentido, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no “pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, pues se trata de “supuestos de prueba prohibida”.

En sentido similar, en la RTC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que “el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho”.

6. Desde otra perspectiva, la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (*exclusionary rule*) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (*deterrence effect*) frente a las conductas de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (*judicial integrity*). En buena cuenta, en la jurisprudencia norteamericana la regla de la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente no constituye un auténtico derecho fundamental, sino que presenta una función disciplinaria en la medida que busca prevenir y evitar las conductas policiales ilícitas.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la sentencia del Caso *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), declaró que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”.

7. En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.

2.1. § El fundamento de la prueba prohibida

8. Con relación al fundamento que garantiza la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, este Tribunal considera pertinente enfatizar que también en la dogmática constitucional comparada no existe consenso para concluir que el derecho a la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida tiene un único fundamento.

9. Así, existen posiciones que consideran que la inutilización de la prueba prohibida encuentra sustento en el contenido del derecho-principio a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a

decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” [Caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, Párr. 120].

En este sentido, se destaca que la presunción de inocencia como primera garantía del proceso penal exige no sólo que exista una mínima actividad probatoria de cargo, sino también que la obtención de las fuentes de prueba se produzca sin la violación de algún derecho fundamental.

10. De otra parte, se considera que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida para decidir la situación jurídica de una persona, se encuentra contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstas en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11. En sentido similar, se pone de relieve que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida descansa en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o su correspondencia. Como complemento de lo dicho, también se ha señalado que el fundamento de la prueba prohibida se encuentra en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

12. Proponiendo una concepción amplia sobre la fundamentación de este derecho, el Tribunal Constitucional español en la STC 50/2000, del 28 de febrero de 2000, ha destacado que “la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes”, y se basa asimismo “en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.

2.2. § La prueba prohibida en la Constitución

13. Nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2º de la Constitución, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado.

En sentido similar, el literal h del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas por: **a)** la violencia moral, psíquica o física; **b)** la tortura, y **c)** los tratos humillantes o denigrantes.

14. En el ámbito del proceso penal, la prueba prohibida se encuentra expresamente reconocida en el artículo 159º del Nuevo Código Procesal Penal, cuyo texto dispone que “[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

15. De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o Infra legal.

2.3. § Los efectos de la prueba prohibida

16. En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159º del Nuevo Código Procesal Penal, al señalar que “[e]l Juez no

podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

17. En el ámbito constitucional, en la [STC 02333-2004-HC/TC](#) este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prescribe que “el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato” tiene “como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas”.

3. § Interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas

18. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, del 6 de julio de 2009, ha precisado que el derecho a la vida privada previsto en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege “las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla”.

De ese modo, el derecho a la vida privada tutela “a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.

En definitiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que “la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación”.

19. **Como todo derecho fundamental, la vida privada no es un derecho absoluto**, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Semejante situación sucede con el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil* precisó que la interceptación telefónica, al representar una seria interferencia en la vida privada, para que sea legítima “debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos”.

20. Pues bien, en el presente caso se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional.

Por esta razón este Tribunal considera que el Estado debe investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violación del derecho a la vida privada del beneficiario, consistente en la interceptación y divulgación de sus conversaciones telefónicas, así como la entrega de las conversaciones telefónicas a los medios de comunicación. Asimismo debe precisarse que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que se legitima.

21. Para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario, este Tribunal considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas. Como el proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente.

Debe destacarse que el criterio del análisis global para evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal también es utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia del Caso *Schenk vs. Suiza*, del 12 de julio de 1988, se precisó que no se puede “excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente” porque sólo “le corresponde averiguar si el proceso” considerado “en su conjunto fue un proceso justo”.

22. Finalmente ante la práctica de públicas difusiones de conversaciones interceptadas, este Tribunal debe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, ha enfatizado que:

- a. Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima [párrs. 129 y 147].
 - b. La divulgación de cintas grabadas sin la autorización de los interlocutores configura una violación del derecho a la honra y a la dignidad de toda persona, en el cual se incluye su privacidad, según el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, leído en conjunto con los artículos 30 y 32.2 del mismo instrumento [párr. 147].
 - c. La divulgación de conversaciones telefónicas que se encuentran bajo secreto de justicia por agentes del Estado implica una injerencia en la vida privada, la honra y la reputación de los interlocutores [párr. 158].
- 23.** En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución dispone que las “comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley”.

Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú **HA RESUELTO** Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda. Publíquese y notifíquese.

SS.MESÍA RAMÍREZ; BEAUMONT CALLIRGOS; VERGARA GOTELLI; CALLE HAYEN; ETO CRUZ; ÁLVAREZ MIRANDA; URVIOLA HANI



Roj: STS 2197/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2197
Id Cendoj: 28079120012014100406

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2166/2013

Nº de Resolución: 345/2014

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de dos mil catorce.

En los recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por **Visitacion Y Amadeo** , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda), que les condenó como autores responsables de un delito de blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Alfaro Rodríguez y Lozano Moreno. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Tres de los de Madrid incoó Diligencias Previas (Proc. Abreviado nº 7281/2011), contra Erasmo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda) que, con fecha veintiséis de julio de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**: <<Primero.- Desde el mes de agosto del año 2011 el Grupo XVIII de la UDYCO (Unidad de Droga y Crimen Organizado) de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid venía realizando una investigación por un presunto delito contra la salud pública, en la que aparecían encartados, entre otras personas, los acusados Erasmo y Visitacion . Se investigaba una eventual operación de venta de cocaína de aproximadamente 100 kilos, cocaína procedente de Colombia, sospechándose que se iba a introducir en España la droga mencionada por ciudadanos colombianos residentes en Madrid. De dicha investigación conocía el juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid, en Diligencias Previas 6990/2011.

En dicha investigación se intervinieron diversos teléfonos, interviniendo posteriormente el Juzgado de Instrucción número 9 en funciones de guardia, órgano que autorizó, a la vista del contenido de la investigación obrante a los folios 3 a 15 de las actuaciones, la intervención de diversos teléfonos, entre otros, el teléfono 603172951, de la que era titular la acusada Visitacion , aunque dicho teléfono era normalmente utilizado por su marido de ésta, el también acusado Erasmo .

Las diligencias fueron turnadas y correspondieron posteriormente al Juzgado de Instrucción número 3, que dictó autos (folio 48) prorrogando la intervención del teléfono mencionado, a la vista del resultado de las escuchas que fue aportado por la mencionada unidad policial con el resultado que obra en la causa folios 25 a 47.

SEGUNDO.- En el transcurso de la investigación, los miembros del mencionado cuerpo policial pudieron constatar, a través de la intervención telefónica pero fundamentalmente de los seguimientos que hicieron los miembros del grupo, que Visitacion y Erasmo habían llegado a España en el mes de noviembre, fijando su domicilio en los APARTAMENTO000 , sitos en la CALLE000 número NUM000 de esta localidad, concretamente en la suite NUM001 de dichos apartamentos.

Los seguimientos permitieron constatar que la coordinadora del grupo era Visitacion , quien mantuvo diversas reuniones con miembros del grupo, entre los que cabe destacar el también acusado Amadeo , y

una hermana de Visitacion , casada con una persona investigada por narcotráfico, y de hecho en prisión a la fecha de los hechos relatados, por su presunta participación en un delito contra la salud pública.

A principios de enero del año 2012 los miembros del mencionado grupo policial que realizaban las investigaciones se dieron cuenta, fundamentalmente a través de las medidas de precaución que tomaba de forma permanente Amadeo , de que probablemente habían sido descubiertos, por lo que decidieron reventar la operación, interesando las entradas y registros de los domicilios de los principales sospechosos, en los términos que se exponen a continuación:

1.- Interesaron la autorización de entrada y registro, que correspondió al Juzgado de Instrucción nº 25 de Madrid, obrando la solicitud policial a los folios 112 a 115, y el auto al folio 161 respecto de uno de los principales sospechosos, Amadeo , que tenía su domicilio en Aravaca, CALLE001 número NUM002 bloque NUM003 NUM004 NUM005 .

2.- Pidieron también la entrada y registro en el domicilio de Visitacion y de Erasmo , obrando a los folios 165 a 168 la petición de entrada, y al folio 170 el auto del Juzgado de Instrucción número 25 por el que se acuerda dla entrada en el mencionado apartamento de la CALLE000 número NUM000 bloque NUM005 , piso NUM004 puerta NUM001 de Madrid, APARTAMENTO000 .

3.- Así como también el domicilio de los hermanos Carlos y Celia , sito en la CALLE001 NUM006 piso NUM007 letra NUM008 de Aravaca.

En los domicilios mencionados se encontraron los siguientes objetos:

1.- En el domicilio de Amadeo , CALLE001 NUM002 - NUM004 NUM005 de Aravaca, se intervinieron el día 4 de enero de 2012:

- 3.271.435 euros, que estaban esparcidos por toda la casa en distintos paquetes, ocultos en el interior de un sofá, en los muebles de la habitación y de la cocina, en bolsos de ropa debajo de la cama y en bolsas de deporte.

- en el interior de una mesilla de la habitación había cinco lingotes de oro de 24 quilates, y un peso de 100,7 gr, lingotes de oro procedentes de fundición, envueltos en bolsas de congelar, y con determinadas grañas de color negro.

- en el garaje que utilizaba el mismo acusado, en el número NUM002 de la CALLE001 , se intervino un vehículo Citroën Xsara Picasso matrícula-TJV propiedad del acusado. Por su similitud con casos similares en los que habían intervenido los **agentes** policiales, sospecharon que en dicho vehículo podría haber algún habitáculo para esconder determinados objetos, y efectivamente en un habitáculo practicado debajo del maletero fueron hallados ocho paquetes envueltos en un film transparente, con tres mazos de billetes de 50 € cada uno, haciendo un total de lo encontrado 479.950 €.

Cuando estaba prácticamente concluido el registro del citado domicilio, los miembros policiales que se dedicaban a la vigilancia del lugar dando apoyo a sus compañeros observaron cómo se acercaba al vehículo el titular del domicilio, por lo que se acercaron al vehículo Toyota Corolla mencionado, y llamaron al cristal. Dicha circunstancia fue aprovechada por el acusado para cerrar los cristales bloquear las puertas del vehículo, coger un Ipad de su propiedad y borrar todos los registros, haciendo con ello imposible la ulterior investigación de los hechos. Una vez borrada toda fla memoria del Ipad, ya fue cuando consintió el mencionado acusado a bajar los cristales y salir del vehículo, siendo detenido en ese momento.

Se intervino también el Citroën Xsara Picasso matrícula-TJV y el vehículo Toyota Corolla matrícula PMY , propiedad del mismo acusado Amadeo que empleaba para su actividad, así como también el Ipad.

2.- Sobre las 8:10 h del 5 de enero del año 2012 se practicó el registro en el **APARTAMENTO000 suite nº NUM001 , domicilio de los otros dos acusados mencionados**, hallándose en el transcurso del registro 5 lingotes de oro de 24 quilates con un peso de 1.250,33 gr. entre los dos colchones de la cama. Los lingotes de oro eran de fundición, de similar factura a los encontrados en el domicilio anteriormente señalado, también envueltos, como los anteriores, en plástico para congelar, y con grañas negras de similares características a las de los otros lingotes encontrados en el domicilio de Amadeo . Se encontraron en un doble techo del cuarto de baño dentro de una bolsa de plástico, diversos paquetes de billetes de 500, 200, 100 y 50 €, con un importe total de 44.930 €.

El dinero y el oro fueron intervenidos, y también el Ipad de Erasmo .

El dinero encontrado en poder de los acusados procedía de las operaciones de narcotráfico a las que venían dedicándose, tratándose de personas que venían siendo desde tiempo atrás investigados como miembros de un grupo organizado dedicado a la introducción en España de grandes cantidades de cocaína".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Erasmo , Visitacion y Amadeo , como autores de un delito de blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas, ya calificado, y sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, concurriendo la agravante específica del origen de los bienes a las siguientes penas:

-Tres años, tres meses y un día de privación de libertad para cada uno de los acusados, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 4.000.000 €, con arresto sustitutorio para caso de impago previsto en el art. 53.2 del Código Penal de siete meses de privación de libertad.

Los tres acusados están condenados al pago de las costas procesales causadas por iguales partes.

Se acuerda el comiso de los siguientes objetos:

-El dinero intervenido en la causa que asciende a 3.796.315 €;

-El oro incautado en la causa, que asciende a 5 lingotes de oro de 24 kts. con un peso de 100 gr., y otros 5 lingotes de oro de 24 kts. con un peso de 1.250 gr.

- Los vehículos Citroen Xsara Picasso matrícula-TJV , y Toyota Corolla matrícula PMY .

-El IPAD intervenido al acusado Amadeo , así como también el Ipad intervenido al acusado Erasmo .

Hágase saber a los penados que para el cumplimiento de la pena le será abonado todo el tiempo que haya estado en prisión provisional por esta causa.

Asegúrense las responsabilidades que puedan derivarse de la presente causa.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde su notificación.

Comuníquese esta resolución al Registro Central de Penados y rebeldes, una vez sea firme la sentencia>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Erasmo .

Motivo primero .- Por infracción de ley, al amparo del art. 852 y 5.4 LOPJ se alega infracción de precepto constitucional y concretamente del art. 18.3º CE . **Motivo segundo** .- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim se alega infracción del derecho a la presunción de inocencia. **Motivo tercero** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim se alega infracción art. 301.2 CP . **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 852 se alega infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivos aducidos en nombre de Visitacion .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim se alega derecho a la presunción de inocencia. **Motivo segundo** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 852 y 5.4 LOPJ alega infracción de precepto constitucional del art. 18.3º (secreto de las comunicaciones).

Motivos aducidos en nombre de Amadeo .

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 852 LECrim alega infracción de precepto constitucional y concretamente art. 18.3º CE (secreto comunicaciones). **Motivo segundo**.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim alega infracción art. 301.2 CP .

4.- Dª Visitacion y D. Erasmo se adhirieron al recurso de D. Amadeo .

5.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, **impugnando todos los motivos de los recursos**; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- En este Registro General el día ocho de abril de 2014 se presentó escrito por la representación procesal de Erasmo interesando que se le tuviese por desistido del recurso, lo que se hizo en virtud de decreto de fecha nueve de abril de dos mil catorce.

7.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día nueve de abril de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los dos recursos subsistentes tras el desistimiento efectuado conviven temas comunes que reclaman un tratamiento unitario.

El primero de los asuntos compartidos se centra en la regularidad legal y constitucional de las **escuchas telefónicas** acordadas, cuestionada por ambos recursos. Se aducen variadas razones que son sistematizadas por el Fiscal en su escrito de impugnación: **a)** ausencia de base indiciaria suficiente para adoptar tal medida; **b)** déficits de motivación; **c)** falta de adveración de las conversaciones telefónicas; **d)** no realización de pruebas fonométricas que acrediten la identidad de los interlocutores; **e)** omisión de notificación al Ministerio Fiscal.

Se refieren a este tema el motivo primero del recurso de Amadeo y el segundo del articulado por Visitación .

Examinemos separadamente los distintos temas:

1. *Insuficiencia de los indicios aducidos para provocar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones* . Coinciden primeramente los recursos en denunciar la ausencia de una base indiciaria suficiente para decretar tal medida. En la estimación de los recurrentes el auto autorizante inicial carecería del sustento indiciario necesario para tal injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Para que sea constitucionalmente legítima esa autorización el Juez ha de verificar la presencia de unos indicios constatables por un tercero. No bastan meras afirmaciones apodícticas de sospecha rubricadas por la policía. El órgano judicial ha de valorar no sólo la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende investigar y la necesidad de realizar esa injerencia en un derecho fundamental para esa investigación. Es también imprescindible que efectúe un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas.

La suficiencia de los indicios para llegar a afirmar la probabilidad de las conclusiones justificativas de las escuchas es valoración que no puede hurtarse al Juez de Instrucción. No puede descansar exclusivamente en la estimación de los **agentes** policiales. No basta con que éstos afirmen que tienen sospechas fundadas. Es necesario que aporten al instructor los elementos objetivos y verificables por un tercero que soportan ese juicio de probabilidad. La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo propio que debe realizar autónomamente el Juez antes de conceder la autorización. El Instructor ha de sopesar el grado de probabilidad que se deriva de los indicios. Sólo cuando éste adquiera ciertas cotas que sobrepasen la mera posibilidad estará justificada la injerencia. No basta una intuición policial; ni una sospecha más o menos vaga; ni deducciones basadas en confidencias. Es necesario algo más como han repetido hasta la saciedad tanto el TC como esta Sala de casación. Sobre este tema la STC 49/1999 es un punto de referencia básico. Consideraciones similares pueden encontrarse en las SSTC 299/2000, de 11 de diciembre , ó 136/2000, de 29 de mayo .

Esos cánones aparecen colmados en el presente caso.

El examen de los antecedentes que preceden y justifican el auto habilitante fechado el cinco de diciembre de 2011 revelan un cuadro indiciario más que sobrado para la inicial intervención telefónica.

Veamos:

a) Los **agentes** reciben informaciones que no provienen de un confidente anónimo, sino de un testigo identificado, aunque se preserva judicialmente su identidad (es una figura con analogías en este caso a la del **agente encubierto** pero diferente pues no es un **agente** de la autoridad). Una noticia confidencial no basta para una intervención telefónica, pues el Juzgador, responsable de autorizar la medida, no podría testar personalmente su credibilidad. Distinto es este supuesto en que el Juzgador conoce la identidad del informante y por tanto está en condiciones para en su caso y si lo estima preciso contrastar directamente esa información.

El Juzgado de Instrucción que conocía de las diligencias iniciales concede autorización para mantener el anonimato de tal testigo (NUM009). Sus manifestaciones, además, se ven refrendadas por las vigilancias que se detallan y los encuentros sostenidos con otra persona.

b) Ese testigo refiere que una tal " Virtudes ", con la que se entrevista, según le ha manifestado está en condiciones de distribuir 100 kgr. de cocaína.

c) La policía acredita mediante una grabación la realidad de esa persona y obtiene sus rasgos fisonómicos y su identidad. Igualmente se localiza su domicilio que comparte con quien está siendo investigado en esos momentos por un delito de blanqueo de capitales.

d) El contacto de la citada Virtudes con Visitacion que es observado por la policía despierta sospechas sobre ésta: el contexto apuntaba a que debía ser la persona que Virtudes mencionaba como posible vendedora de la cocaína de la que debía proporcionar una muestra. Se comprueba que había llegado a España el día 8 de noviembre, fecha coincidente con la señalada por Virtudes .

e) La relación de Visitacion con asuntos relacionados con la droga venía apuntada por informaciones facilitadas por los servicios policiales de EEUU (DEA). No era éste un dato concluyente ni suficiente para la intervención. Pero sí robustecía los elementos anteriores. Desde esa perspectiva es verdad que la data de esas investigaciones que se remontaba años atrás (aunque inicialmente no se especifica), debilita la fuerza del indicio. Pero hay que recordar que estamos ante un elemento prescindible a estos efectos: solo refuerza lo que se derivaba del conjunto indiciario que justificaba la intervención telefónica. No es el dato clave ni decisivo.

f) Las maniobras elusivas con el vehículo de que se da cuenta resultan también elocuentes en determinados contextos. También se detectan cautelas semejantes en las salidas a pie de las personas sospechosas que estaban siendo vigiladas.

g) Visitacion se relaciona con su hermana Raimunda cuyo marido está cumpliendo condena por tráfico de drogas.

h) Las escasas salidas de los vigilados son poco congruentes con un viaje familiar de turismo, descanso u ocio.

En ese escenario las informaciones claras e inequívocas facilitadas por el testigo adquieren un alto nivel de verosimilitud. Han sido contrastadas a través de una minuciosa investigación mediante vigilancias con percepción de signos indirectos de esa posible dedicación a una actividad ilícita.

No es legítimo dudar en esas fases preliminares de las afirmaciones objetivas vertidas por las fuerzas policiales. Por eso no era necesario que las aseveraciones no valorativas del oficio inicial (seguimiento de otras diligencias en un juzgado, comunicaciones de agencias policiales de otro país...) tuviesen refrendo documental: basta con que fuesen datos objetivos y contrastables. Eso es lo determinante en esa fase. La ausencia de ratificación en esos primeros momentos carece de toda trascendencia a efectos de acordar la intervención telefónica. Eso fue una línea de investigación pero no es la prueba que funda la condena.

El instructor no tiene que dudar por sistema de las afirmaciones policiales. Sí debe contrastar las deducciones que sugiere la policía; pero no poner en tela de juicio sus aseveraciones sobre datos objetivos y objetivables. Por eso ni es necesario en esa fase que se levantase acta de las manifestaciones e informaciones del testigo protegido, ni que se aportase la grabación del encuentro con Virtudes , ni que se enmarcase la forma en que contactó con la citada. No aportaba nada en esa fase a estos efectos ese conjunto de datos que, además, han de valorarse en un juicio *ex ante*. Que la citada Virtudes no haya sido finalmente acusada no convierte en ilegítimas las escuchas.

2. Motivación extrínseca del auto. El auto (folios 19 y 20) realmente es parco en razones, como reconoce la sentencia; pero la remisión que contiene a la solicitud representa el mínimo estándar de motivación que legitima la intervención. Es deseable y aconsejable una motivación autónoma y autosuficiente que no precise de heterointegración. Pero es conocida la jurisprudencia, constitucional y ordinaria (por todas, SSTS 25/2008, de 29 de enero ó, 56/2009 de 3 de febrero), que entiende que esa motivación por remisión es suficiente: la resolución no reitera las razones ya expuestas en la solicitud policial que hace suyas. La motivación es contextual: el auto en ese marco procesal se apoya explícita e implícitamente en las referencias del oficio, que como se han visto, son extensas y sobradas.

3.- La necesidad de la medida, en el sentido de que no existiesen otras vías de investigación menos gravosas e igualmente eficaces, también concurre aquí: ha de examinarse tal requisito del mismo modo en un juicio *ex ante* . Insiste en esto especialmente Amadeo . No parece que las vigilancias, dificultosas

e infecundas, pudiesen por sí solas ser aptas para esclarecer cada eventual operación y el conjunto de personas implicadas. Nótese cómo ni siquiera con las escuchas se consiguió abortar la supuesta operación de tráfico de drogas que claramente se traslucía. El objetivo de una investigación de esa índole no es detener a algunos implicados en los primeros momentos, e incautar alguna muestra de droga; sino realizar indagaciones que permitan identificar al máximo número de partícipes y abortar la distribución de la mayor cantidad de droga posible. Desde ese punto de vista en un juicio previo la intervención telefónica se revelaba como adecuada. Más vigilancias, más citas con el testigo protegido..., podrían en efecto haber llevado a detener a alguna persona e intervenir alguna droga. Pero en ese momento las escuchas se presentaban como el método más idóneo para esos legítimos objetivos: no solo detener a algunos presuntos implicados, sino hacer fracasar una operación de distribución de drogas a gran escala. No es exigible que se agotasen las sugeridas posibilidades de utilizar un **agente encubierto**. Siempre serán posibles en abstracto más vigilancias, otras indagaciones; tratar de recabar más datos... Pero de lo que se trata es de comprobar si situándonos en esos momentos previos una intervención telefónica se revelaba como método proporcionado de investigación y podía pronosticarse que con otro tipo de investigaciones difícilmente se alcanzaría éxito.

4.- *Valorabilidad de las transcripciones de las escuchas telefónicas* . Las grabaciones han sido objeto de escucha en el acto del juicio oral lo que echa por tierra las quejas sobre su valorabilidad derivados de la falta de cotejo.

Además el reflejo documental y digital de las escuchas había sido propuesto como prueba por el Ministerio Fiscal (folio 663).

No es imprescindible una pericial. La identificación de los interlocutores no ha suscitado dudas al Tribunal que ha percibido su voz, ha oído las grabaciones, y cuenta con lo que se desprende de las informaciones policiales y las extensas declaraciones de los **agentes** en el juicio oral también sobre ese punto. Por otra parte si nos asomamos al contenido de las grabaciones y los relacionamos con las declaraciones de los imputados, con las vigilancias y con otros elementos no discutidos el intento de cuestionar esa identidad aparecerá como infructuoso: se menciona a " Cerilla " (Erasmo); se habla de la zona donde residen (López de Hoyos); se gestionan los billetes para el día que tenían previsto para su regreso... Son innumerables los datos que convierten en estéril esa alegación defensiva, tan legítima como infecunda. No puede suscitarse duda sobre ese extremo.

5.- *Supuesta ilicitud de actuaciones policiales*.- Se cuestiona por alguno de los recurrentes la forma que la policía pudo recabar la numeración de terminales telefónicos. No hay motivo alguno para sugerir que esa obtención se hizo por métodos ilegales o ilícitos. No basta esa insinuación para descalificar la actuación policial.

6.- *Control judicial de las intervenciones* . Hay otro argumento que aparece en alguno de los motivos que se están analizando conjuntamente bajo el denominador común de las escuchas telefónicas: la supuesta ausencia de control judicial privaría de legitimidad a la prórroga. Mientras no cese la intervención, las deficiencias en el control o en la incorporación de las escuchas pueden incidir en el derecho al secreto de las comunicaciones (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de ó 220/2006, de 3 de julio del mismo Tribunal), máxime cuando se acuerda una prórroga (como en este caso), basándose en las anteriores escuchas no controladas. Es esta ya una alegación tópica en este tipo de asuntos. Hay un error de planteamiento en el razonamiento. No puede equipararse control judicial con audición y transcripción previa de todas las grabaciones, conocimiento puntual de todas y recepción inmediata de las cintas originales. Control judicial no significa inmediata transcripción en sede judicial de las escuchas (STS 1077/2012, de 28 de diciembre).

Así lo razona la STC 26/2010 de 27 de abril : "*Denuncia también la demandante la falta de control judicial en el seguimiento de la intervención. Al respecto, hemos afirmado que para dicho control no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5 ; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12 ; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4 ; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4 ; 197/2009, de 28 de septiembre , FJ 6), que sin lugar a dudas es lo que acontece en el presente supuesto, en el que, como ya se ha afirmado, el oficio policial en el que se solicita la prórroga, además de contener la información referida a los resultados de la investigación, se acompaña de las transcripciones de las conversaciones mantenidas en los teléfonos intervenidos. Por ello, puede afirmarse que por el órgano judicial se ha efectuado el pertinente seguimiento de la medida*".

Para acordar la prórroga de unas escuchas no se impone la audición de las ya efectuadas: basta con que el Instructor haya podido valorar con examen del informe policial los resultados de las practicadas hasta ese momento, sus vicisitudes en sus datos esenciales y no en todos y cada uno de sus pormenores. Los informes de quienes están materialmente realizando las escuchas y la exposición de las conversaciones más relevantes son suficientes a tal fin, por estar siempre abierta la facultad del instructor de exigir nuevas explicaciones o concreciones (vid. STC 82/2002, de 22 de abril o 205/2.005, de 13 de Julio). El hecho de que en el mismo auto (folios 48 a 51) en el que se decretó la prórroga se rechazasen otras medidas pone de manifiesto que la prolongación a la ingerencia no fue una decisión judicial "inercial" o rutinaria sino meditada y ponderada. La información con que contó (folios 26 a 47) relativa no solo a las escuchas sino también a nuevas vigilancias era muy rica.

7.- *Intervención del Ministerio Fiscal* . Se dice que alguna de las resoluciones injerentes se notificaron tardíamente al Fiscal. Es patente que estamos ante una mera irregularidad como pone de manifiesto la propia regulación legal. Es más en este caso la queja es todavía más débil por cuanto el Fiscal informó favorablemente la medida de intervención de los teléfonos antes de su adopción (folio 18). No se puede decir que la medida se llevase a cabo a espaldas del Ministerio Público. Las SSTS 1044/2011, de 11 de octubre , 184/2010, de 8 de marzo ó SSTC 197/2009, de 28 de septiembre ó 25/2011, de 14 de marzo contienen una doctrina, ya reiterada, que priva de viabilidad a la queja.

Los dos motivos analizados han de ser desestimados.

SEGUNDO.- El motivo segundo del recurrente Amadeo se ajusta formalmente al nº 1º del art. 849 LECrim , denunciando la aplicación indebida del art. 301.2 CP . Su lectura revela que lo que denuncia es la insuficiencia de la prueba para estimar acreditados los hechos que justifican esa calificación penal y no la subsunción jurídica.

Desde ese punto de vista se impone el "reformateo" del motivo para analizarlo con esa óptica. El recurrente sostiene que habría otra hipótesis alternativa más favorable e igualmente probable a la que la Sala ha considerado acreditada.

En los hechos probados se entiende que la nada desdeñable cantidad de metálico que se le ha ocupado junto con los lingotes de oro, constituían parte del producto de actividades de narcotráfico.

Pero esos bienes -se aduce- podrían tener otro origen.

Por igual senda (**presunción de inocencia**) discurre el motivo primero de Visitacion : el dinero y oro podría provenir de otras actividades, lícitas o ilícitas; o bien, los acusados podrían desconocer el origen que les atribuye la sentencia.

Visitacion aduce que llegó a España en fecha anterior a su esposo (en noviembre ella; en diciembre su esposo) dato que no se ajusta a lo explicado en el oficio inicial por la policía actuante (pero que no incide para nada en la prueba que soporta la condena lo que permite desprejiciarse el error que la propia Policía corrigió en posteriores comunicaciones). El objeto del viaje y estancia en España según su versión era visitar a unos familiares. Se niega toda relación con los efectos ocupados al otro acusado.

Dice que nadie le ha imputado recoger cantidades de dinero que es lo que afirmaba el Fiscal. A esto cabría replicar que no haberse acreditado las circunstancias de las entregas no significa nada. Si se les ocupa dinero y lingotes es porque en algún momento anterior los han recibido de alguien o los han tomado: esto es obvio.

Niega, por otra parte, toda relación con Amadeo .

Hay que partir de una primera afirmación básica: el delito de blanqueo de capitales no es un delito de sospecha. Como cualquier otra condena penal exige acreditar todos y cada uno de los elementos del delito. No existe en nuestro derecho un delito de enriquecimiento ilícito que comporte una inversión de la carga de la prueba del elemento "ilicitud", una vez "enriquecimiento".

Para la condena por esta infracción, como por cualquier otra, es necesaria la certeza más allá de toda duda razonable, basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: una actividad delictiva previa idónea para generar ganancias o bienes; operaciones realizadas con esos bienes con la finalidad de ocultar su origen o posesión de los mismos; y, en el caso del tipo agravado, que el delito previo esté relacionado con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Ninguno de esos elementos se puede "presumir" en el sentido de que pueda escapar a esa certeza objetivable. No basta con una probabilidad o sospecha más o menos alta. Eso es muy diferente al

hecho claro de que la realidad criminológica de este tipo de infracciones obligue en muchas ocasiones -y esto es una afirmación tópica en la jurisprudencia (por todas, SSTS 1637/2000, de 10 de enero , 2410/2001, de 18 de diciembre ; 774/2001, de 9 de mayo o 1584/2001, de 18 de septiembre)- a acudir a lo que se viene denominando prueba indiciaria. En materia de blanqueo vinculado al tráfico de sustancias estupefacientes será muy frecuente que el delito o delitos presupuesto de la infracción no hayan podido ser esclarecidos. Cuando esos delitos son abortados por la actuación policial, lo habitual es que no existan beneficios pues la sustancia suele ser intervenida. No habrá por tanto bienes o ganancias "blanqueables" dimanantes de ese delito.

Una muy consolidada jurisprudencia (además de las ya citadas, SSTS de 7 de diciembre de 1996 , 23 de mayo de 1997 , 15 de abril de 1998 , 28 de diciembre de 1999 , 10 de enero de 2000 , 31 de marzo de 2000 , 28 de julio de 2001 y 29 de septiembre de 2001) ha consagrado un triple pilar indiciario sobre el que puede edificarse una condena por el delito de blanqueo de capitales procedentes de delitos contra la salud pública:

- a) Incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas.
- b) Inexistencia de actividades económicas o comerciales legales que justifiquen esos ingresos.
- c) Vinculación con actividades de tráfico ilícito de estupefacientes.

De manera analítica la STS 801/2010, de 23 de septiembre , declara: *"para el enjuiciamiento de delitos de "blanqueo " de bienes de procedencia ilegal, como el presente, esta clase de prueba indiciaria, a partir de la afirmación inicial de que no es precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto de blanqueo (SSTS de 27 de enero de 2006 y de 4 de junio de 2007 , entre otras), aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión (así las SSTS de 4 de julio de 2006 y de 1 de febrero de 2007 , por ejemplo), designándose como indicios más habituales en esta clase de infracciones:*

- a) *La importancia de la cantidad del dinero blanqueado.*
- b) *La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas.*
- c) *Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto.*
- d) *La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico.*
- e) *La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones.*
- f) *La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales.*
- g) *La existencia de sociedades "pantalla" o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas." (vid. igualmente SSTS 202/2006 de 2 de marzo ó 1260/2006, de 1 de diciembre , 28/2010, de 28 de enero).*

*" El delito de blanqueo de dinero -leemos en otra de las sentencias citadas- procedente de tráfico de drogas es de aquéllos que la prueba directa será prácticamente imposible de obtener dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de elaboración y distribución de drogas, así como del **lavado** del dinero proveniente de tal actividad, por lo que recurrir a la prueba indirecta será inevitable.*

Ya el art. 3º, apartado 3º de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 -B.O.E. de 10 de noviembre de 1990- previene de la legalidad de la prueba indiciaria para obtener el juicio de certeza sobre el conocimiento, intención o finalidad requeridos como elementos de los delitos que se describen en el párrafo 1º de dicho artículo, entre los que está el de blanqueo de dinero (art. 3º ap. primero, epígrafe b).

Constituye también doctrina consolidada de esta Sala, que en casos como el presente en que existe acusación por blanqueo de dinero proveniente de drogas los indicios más determinantes han de consistir:

- a) *en primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su relevancia cuántica, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.*
- b) *en segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.*
- c) *en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas (Véanse S.T.S. 558/2005 de 27 de*

enero , 266/2005 de 1 de marzo , 516/2006 de 15 de mayo , 586/2006 de 29 de mayo , 155/2009 de 16 de febrero , 587/2009 de 22 de mayo , 618/2009 de 1 de junio)"

Esta doctrina no puede ser interpretada en clave de relajación de las exigencias probatorias, sino como reconocimiento de otra forma de probanza que puede conducir al siempre exigible grado de certeza objetiva preciso para un pronunciamiento penal condenatorio. Se enlaza así con declaraciones de textos internacionales que también se reseñan en la sentencia de instancia (Art. 3.3 de la Convención de Viena de 1988 , art. 6.2.c) del Convenio de Estrasburgo de 1990 o art. 6.2.f) de la Convención de Nueva York contra la Delincuencia Organizada Transnacional). Tal normativa destaca que la lucha contra esas realidades criminológicas reclama esa herramienta de valoración probatoria, que, por otra parte, es clásica y no exclusiva de esta modalidad criminal.

TERCERO.- En este caso concurre esa tríada de elementos que la Audiencia se ha preocupado de detallar.

a) La ocupación del dinero y los lingotes de oro evidencian un inaudito acopio de recursos económicos.

b) En un segundo peldaño se sitúa la ausencia de explicaciones satisfactorias y creíbles sobre la procedencia de esos ingresos. Valorar la inexistencia de una justificación asumible sobre esa más que sospechosa posesión de dinero y lingotes de oro en disposición nada habitual como un poderoso indicio es legítimo. No es una presunción legal; tampoco una inversión de la carga de la prueba. Se trata de una deducción lógica en virtud de la técnica de la prueba indiciaria: si existen fondos cuantiosos de origen desconocido; si las personas que los poseen en condiciones poco ordinarias, requeridas para dar razón de su origen, no aciertan a dar explicaciones verosímiles de su adquisición; o las que ofrecen aparecen ayunas de prueba que estaba a su alcance aportar, está justificado inferir lo que infiere la sentencia. Eso no supone ni invertir la carga de la prueba ni dañar la presunción de inocencia. No se trata de exigir a la defensa que pruebe que el dinero o bienes tienen un origen legal, sino de aplicar un razonamiento a los datos objetivos y obtener unas conclusiones que cualquiera puede extraer (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 1996 -asunto JOHN MURRAY -, parágrafos 47, 50, 51 y 54). Como ha subrayado la sentencia de esa Sala 1755/2000, de 17 de noviembre , " cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación reclamada por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna ". No es que se rechace el derecho del acusado a no decir la verdad o a mantener silencio, ni que se le sancione por ello (STS 918/1999, de 8 de febrero).

c) El cuadro se completa al comprobar las relaciones de los acusados entre sí y con actividades de tráfico de drogas. Esta investigación arrancó al desgajarse de otra cuyo objeto era el narcotráfico. El testigo protegido se refiere a que se estaban intentando vender 100 kgr de cocaína. Las vinculaciones con el narcotráfico de todos y cada uno de los condenados se pone de manifiesto de diversas formas. Visitación había mantenido relaciones con ese mundo como se informó por la DEA. No es verosímil la explicación aducida sobre la dedicación exclusiva a la venta de oro. En otro contexto podría admitirse. Pero en el que aquí confluye es una coincidencia que excede de lo racionalmente asumible: que quienes se dedican a la compraventa o tráfico de lingotes de oro aparezcan relacionados de forma tan intensa y trabada con personas involucradas en actividades de tráfico de sustancias estupefacientes. La casualidad tiene sus límites. Las conversaciones telefónicas, dentro del lenguaje críptico habitualmente utilizado, evocan con naturalidad ese mundo del narcotráfico. Por supuesto que no son definitivas o nítidas. Pero sí que constituyen base suficiente para considerar acreditado este elemento del delito: la procedencia de delitos de tráfico de drogas que no es necesario que hayan sido objeto de condena. Algunas secuencias de diálogos telefónicos son muy elocuentes. A destacar con la sentencia de instancia la apreciada cuando Amadeo (" Limpiabotas ") se siente descubierto por la policía (folios 28 y 85 de la pieza separada) en situación que fué admitida por él mismo en declaraciones judiciales aunque atribuyéndole otra explicación (no pensaba que fuese la policía que le seguía). Las fotografías portando bolsas, el contenido de muchas otras conversaciones, las referencias a cifras y cantidades... examinadas conjuntamente conforman un panorama concluyente

En relación a Amadeo debe añadirse otro elemento: su actitud en el momento de la detención borrando apresuradamente los datos del Ipad.

La similitud de los lingotes de oro pone de manifiesto una vinculación entre los tres acusados que sobrepasa el mero conocimiento. No se explica por qué tenían lingotes de oro similares si no habían efectuado ninguna operación comercial conjunta.. Otra vez se hace inasumible una simple casualidad. Es verdad que

esas relaciones, no surgen directamente de las vigilancias. Pero la clara semejanza de los lingotes combinadas con las relaciones con personas comunes (hermanos Carlos Celia) que evidencian vigilancias (Bar Torreznos) y conversaciones revelan unos lazos entre ellos que están correctamente deducidos por la Sala de instancia. Que no haya podido determinarse pericialmente que las anotaciones con rotulador de los envoltorios hayan sido efectuadas por la misma persona no excluye la semejanza destacada por la sentencia con la base que proporciona la prueba y que, por otra parte, se aprecia a simple vista observando las fotografías de los lingotes. El envoltorio de unos y otros - bolsa frigorífica- era similar; y las anotaciones de grafía análoga efectuada en ambos casos con un rotulador negro. Que no se haya podido sentar pericialmente (tampoco excluirlo) que el autor de unas y otras anotaciones fuese la misma persona no desmonta la conclusión sobre la idéntica procedencia de los lingotes.

El parecido entre los lingotes no equivale a identidad. Basta con constatar que el recipiente, forma y peso de los lingotes era igual y las grafías semejantes aunque no se haya podido determinar que fueron realizadas por la misma persona.

La queja de Visitacion sobre la falta de consignación en los hechos probados de ciertos datos que no le inculpan, carece de sentido: son circunstancias intrascendentes que no excluyen los determinantes de la condena (fechas de llegada de los hijos...).

La mención a la hermana de Visitacion no es elemento decisivo, pero tampoco sobra: es un dato corroborador periférico; prescindible, pero no del todo neutro: su hermana también estaba relacionada, directa o indirectamente, con actividades de narcotráfico. Eso no significa nada por sí solo. Pero en un contexto como el presente, encaja en las conclusiones extraídas por la Sala de instancia.

Que los registros no hayan sido simultáneos ni tiene mayor trascendencia ni acredita la falta de relación entre esos dos acusados y el tercero Amadeo .

Tampoco la profesión o actividad de Visitacion y Erasmo en Colombia o su titulación sirven de elemento que neutralice la acusación: ciertamente la cantidad en metálico ocupada a ellos no es muy significativa. Pero su relación con el otro acusado a quien sí se ocupó una suma muy superior queda en evidencia por el conjunto de la investigación y la similitud de los lingotes de oro que trasluce una misma procedencia. Muchas de las conversaciones telefónicas abundan en esas estrechas relaciones. Los tres acusados han reconocido en sus declaraciones el conocimiento mutuo, aunque con desajustes parciales que despiertan sospechas.

La documentación aportada por el esposo de Visitacion es inidónea para justificar la presencia de esos lingotes, ni las relaciones que desvelan las conversaciones telefónicas. Como tampoco inciden en ello su título universitario aportado o el certificado del asesor fiscal. Todos son datos compatibles con la convicción probatoria de la Sala de instancia.

La información de la DEA (folios 591 a 592) avala esa relación con el mundo del tráfico de drogas que se desprende además de las investigaciones policiales relatadas en el juicio oral de manera detallada por los **agentes**; así como de las vinculaciones con Virtudes que, aún no estando procesada, compartía vivienda con quien está procesado en una causa seguida en la Audiencia Nacional por blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas.

Tiene razón Visitacion cuando alega que no estaba encartada en las diligencias que se seguían en el juzgado de Instrucción nº 1, investigación de la que surgió esta causa. Pero esa mención contenida en los hechos probados es un exceso o inexactitud que carece de toda trascendencia: es prescindible. Es más, da la sensación de que es una fórmula de estilo que se ha deslizado sin la debida reflexión. Es objetivo que si hasta noviembre/diciembre no viajó a España no podía estar implicada en aquellas diligencias.

CUARTO .- Queda así cerrado el círculo: inusual posesión de dinero y otros bienes como el oro; ausencia de explicaciones verosímiles; y, por fin, unas contrastadas relaciones con actividades de narcotráfico son la base sobre la que se puede llegar a una certeza que es mucho más que una conjetura: los lingotes y metálico provienen de una actividad inconfesable que por ello se quiere mantener oculta. Eso solo sería insuficiente. Pero si a ello se une la acreditación de que los protagonistas tienen vínculos directos con el tráfico de drogas se puede alcanzar legítimamente esa certeza. Sobre esa certeza se levanta la condena por un delito de blanqueo de capitales sin merma del derecho a la presunción de inocencia.

Aunque las premisas legales de que se parte son divergentes, no es impertinente evocar la sentencia de 23 de septiembre de 2008 del TEDH (asunto GRAYSON y BARNAHM). Se analiza algo diferente: no es una condena por blanqueo de capitales, sino un proceso de confiscación de bienes en cuya naturaleza jurídica

es innecesario entrar ahora. Basta resaltar sus claras reminiscencias penales. Las presunciones de hecho en materia penal, declara el Tribunal en sintonía con otros precedentes, no están prohibidas ni colisionan con el derecho a la presunción de inocencia siempre, lógicamente, que se usen con racionalidad. Incluso es admisible consagrar legislativamente, como sucede en alguna legislación, la presunción del origen ilícito de las ganancias, una vez acreditada su realidad y constatada la falta de justificación por el poseedor de su origen lícito por el afectado tenga rango legal (" *El demandante tenía bienes demostrables cuyo origen no había sido establecido... era razonable presumir que esos bienes se habían obtenido como consecuencia de una actividad ilegal... y el demandante no había facilitado una explicación satisfactoria alternativa*": STEDH de 1 de marzo de 2007 -asunto GEERINGS -). No es incompatible con un proceso justo que una vez probada la relación con negocios relacionados con el tráfico de drogas, se deduzca que unos bienes de origen no justificado proceden de esa actividad si no se aporta una explicación creíble y satisfactoria que, al menos genere alguna duda al respecto.

Hay que apresurarse a puntualizar que en nuestro ordenamiento ni siquiera sería necesaria una acreditación plenamente satisfactoria del origen lícito de esos fondos e ingresos. No cabría una presunción legal del estilo de las utilizadas en otros ordenamientos. Basta con una explicación mínimamente consistente; la suficiente para, al menos, despertar alguna duda. No se expulsa al principio *in dubio* de esta materia. Si el Tribunal alberga alguna duda sobre el origen del dinero ha de proceder a la absolución.

Las reglas y criterios recogidos por esa doctrina jurisprudencial (confluencia de ese triplete de condiciones) no son una especie de ecuación que haya de desembocar en la condena, sino una guía orientadora útil por la frecuencia con que aparece en este tipo de delitos. Pero siempre hay que estar a cada caso concreto y a la naturaleza y potencialidad acreditativa de esos indicios. En este caso la Sala de instancia ha desechado toda duda sobre el origen de los fondos y así lo proclama en la sentencia.

Por lo demás, no es necesaria una condena previa para alcanzar una convicción de culpabilidad sobre una actividad de blanqueo de capitales procedentes de delitos contra la salud pública. Ni siquiera se hace preciso el acreditamiento detallado de un delito contra la salud pública (STS 960/2008, de 26 de diciembre). Como ha reiterado *ad nauseam* la jurisprudencia la condena por un delito de blanqueo de capitales no exige una previa condena por el delito antecedente que le sirve de presupuesto (entre muchas SSTS 198/2003, de 10 de febrero , 483/2007, de 4 de junio , 154/2008, de 8 de abril , o 1372/2009, de 28 de diciembre).

Los motivos han de ser desestimados.

QUINTO.- Desestimándose los recursos interpuestos procede condenar a los recurrentes al pago de las respectivas costas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Visitacion** contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda), que le condenó como autora responsable de un delito de blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Amadeo** , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:09/04/2014

Voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, a la Sentencia nº 345/14 de fecha veinticuatro de abril de 2014 que resuelve el recurso de casación nº 2166/2013.

Desde el pleno respeto a mis compañeros de Tribunal emito este voto particular por disentir de la decisión que aplica la agravación al delito de blanqueo objeto de condena valorando que el origen del dinero y oro intervenido es otro delito de tráfico de drogas.

1.- Concuero con mis compañeros de Tribunal en lo que concierne a la imputación de un comportamiento delictivo consistente en blanqueo de dinero procedente, en principio, de actividades ilícitas. Y asumo como mías las amplias y cuidadosas argumentaciones sobre licitud de los medios de investigación, dada la suficiencia *ex ante* de los indicios para adoptar la medida de intervención de comunicaciones telefónicas y la concurrencia de los demás presupuestos y requisitos de esa medida desde la perspectiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

La discrepancia con la mayoría se refiere a la existencia de prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia en relación al tipo agravado por origen del dinero en ganancias obtenidas mediante el tráfico de drogas.

También en este aspecto comparto con la mayoría la repulsa de la consideración de este delito como de "sospecha". La necesidad de que quede excluida cualquier duda razonable sobre el presupuesto fáctico. También con que no se puede "presumir" la relación del dinero con el tráfico de drogas, no bastando con "una sospecha más o menos alta" o "probabilidad". Así pues en esa premisa asumo la brillante exposición de mis compañeros.

Como asumo la necesidad de acudir a los "indicios" para determinar si concurre o no aquella premisa. Como probablemente ocurre en general con toda prueba de delito.

La discrepancia surge cuando en el "paso de las musas al teatro", esos formalmente proclamados principios deben hacerse efectivos en el examen del caso juzgado.

2.- Como es harto sabido, la evolución legislativa de esta modalidad delictiva comenzó con referencia a los tipos delictivos de tráfico de drogas. El antecedente de la actual regulación se encuentra en la reforma penal de la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, que incorporó al Código Penal de 1973 una **modalidad de receptación específica (art.546 bis f)** referida al aprovechamiento de las ganancias obtenidas mediante el tráfico ilícito de drogas. La exigencia de probanza del delito contra la salud era inequívoca.

La reforma realizada mediante la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, que, a su vez, incorporó al Código las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 10-12-1988, y de la Directiva del Consejo de 10 de junio de 1991 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (**arts. 344 bis. h y 344 bis. i CP 1973**) mantuvieron el mismo referente, es decir, el tráfico ilícito de drogas y los beneficios obtenidos por ese medio delictivo, pero situando el blanqueo específico en la rúbrica de los delitos contra la salud. La exigencia de probanza también en esta fase del delito contra la salud resultaba clara.

El **Código Penal de 1995 en su artículo 301 a** cabó con la doble sede (receptación genérica y receptación en drogas). No obstante el Código Penal mantuvo diversidad de tratamiento, agravando el caso de origen en drogas.

Modificado en parte por la Ley 15/2003 que amplió el delito base, eliminando la exigencia de gravedad en el delito origen de lo blanqueado y **por Ley 5/2010 que aún extendió la cobertura típica determinado como origen una casi abstracta** actividad delictiva en vez de referirse a un delito.

Por otra parte la agravación se impone en el 301 párrafo segundo en el que se establece *La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código . En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código*

3.- Cualquiera que sea la incontenible voluntad legislativa de ampliar las hipótesis sancionadoras, su plasmación en los tipos penales debe contenerse dentro de la inderogable exigencia de los principios constitucionales, salvo que de éstos se tenga una concepción meramente retórica.

El delito "anterior", productivo del capital objeto del ahora juzgado (blanqueo), debe **determinarse** de tal manera que sea posible el debate contradictorio, de suerte que la inconcreción se traduce en correlativa eliminación de las posibilidades de **defensa** del imputado, con vulneración del art 24.1 de la Constitución, porque, si no se identifica el hecho imputado, no cabe su **refutación**.

Y determinación exige una mínima situación del comportamiento delictivo previo en el tiempo y en el espacio, además de descripción del nexo entre lo "blanqueado" y su previo "ensuciamiento" en cuanto a la actividad de obtención.

De ahí que en nuestra STS nº 190/2012 de 16 de marzo , excluyéramos la agravación porque *no hay, pues no se describen, acciones delictivas que pudieran tomarse racionalmente como fuente de los recursos económicos empleados en la adquisición de los bienes de que se trata. Por tanto, razonando hacia atrás, es decir, a partir de la afirmación de que existió la actividad de blanqueo que se reprocha y de que la misma produjo los resultados que se dice, se impone concluir que falta el antecedente discursivo necesario, consistente en la mínima comprobación de una actividad productiva de tales resultados.*

Incluso admitiendo , como decía al respecto la STS de 5 de Octubre de 2006 , que: "No es preciso identificar un concreto hecho delictivo, ni tampoco que ya exista una sentencia condenatoria que lo establezca.... será precisa, al menos, **una mínima identificación** , de manera que pueda afirmarse de forma contundente que el origen de los bienes no es una actividad solamente ilícita, sino delictiva."

Y es que, además, lo previamente determinado ha de ser **probado** en la medida que la garantía de **presunción de inocencia** exige.

De otra suerte, como en la STS nº 1081/2011 de 26 de octubre , habrá de excluirse la agravación *porque los indicios sugestivos de alguna dedicación al tráfico de hachís son sensiblemente imprecisos, sobre todo en lo que hace al periodo temporal en el que este hubiera podido desarrollarse.*

Ciertamente es doctrina jurisprudencial que no se exija una previa sentencia condenatoria por ese previo delito. Y que, como se recuerda en la STS de 23 de Febrero de 2005 , *está unánimemente admitido por la comunidad internacional y por la cultura constitucional más garantista que la utilización de medios inductivos sobre **bases indiciarias está absolutamente justificada** si se quieren conseguir los efectos previstos por el legislador* (en sentido semejante las SsTS de 14 de Abril de 2003 , 13 de Diciembre de 2005 , 27 de Enero y 2 de Marzo de 2006 , 25 de Abril de 2007 , etc.).

Pero la flexibilidad en el método probatorio –indicios que justifican una inferencia– no puede trasladarse a la valoración de su resultado. De éste debe poder predicarse la certeza objetiva que exige la presunción constitucional de inocencia. Y, por ello, la ausencia de toda duda objetivamente razonable que suscite una hipótesis alternativa a la inferida por acorde a la imputación.

4.- Ahí radica en el caso que juzgamos mi discrepancia con la mayoría.

Por un lado el hecho probado no lleva a cabo ninguna descripción de conducta relativa al tráfico de drogas identificable para su eventual refutación. Antes bien, con cuidadoso lenguaje habla solamente de que se llevó a cabo una "investigación" de eventuales delito contra la salud pública. Y en concreto una venta de 100 kgr. de cocaína procedente de Colombia. Pero se añade que el grupo policial que desarrollaba esa investigación decidió "reventar la operación" de investigación. Se llevaron entonces a cabo intervenciones y registros de vehículos y domicilios, sin hallar droga alguna, sino dinero y lingotes de oro.

Ciertamente se añade en la sentencia a continuación que ese dinero procedía del tráfico de drogas por el que los acusados venían siendo "investigados". Desde luego no de la operación de venta de 100 Kgr. procedente de Colombia.

De ese relato de hechos probados deriva pues: **a)** que no se concreta que otras actividades diversas de la importación de Colombia, podía proceder el dinero y oro concretamente intervenido; **b)** que desde luego no existe la más mínima certeza sobre la existencia de esas otras actividades de tráfico de drogas ya que ni siquiera se formula acusación al respecto y **c)** que la propia ocupación de lingotes de oro hace no carente de razonabilidad la eventual dedicación al tráfico de tal metal, como origen del dinero intervenido, desvaneciendo la inexorabilidad de la conclusión sobre el origen en el delito contra la salud pública.

Si todos los indicios atendidos vienen referidos a una concreta actuación de tráfico de drogas –importación desde Colombia– y resulta constatada la falta de prueba de la realidad de ésta, hasta el punto de omitirse cualquier acusación al respecto, resta de imposible refutación y defensa la imputación de tales delitos contra la salud pública. Y no parece compatible con el marco constitucional, antes indicado, justificar una condena desde meras *evocaciones* referidas al evanescente concepto del *mundo* del narcotráfico. Las evocaciones, en fin, pertenecen más al mundo de lo imaginario que al de la certeza que reclama cualquier privación de libertad.



Por todo ello compartiendo la condena por delito de blanqueo emito mi voto en el sentido de estimar no aplicable la agravación impuesta por la mayoría del Tribunal.

Luciano Varela Castro

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ