

**Roj:** STS 1085/2013

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

**Sede:** Madrid

**Sección:** 1

**Nº de Recurso:** 1228/2012

**Nº de Resolución:** 204/2013

**Fecha de Resolución:** 14/03/2013

**Procedimiento:** PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

**Ponente:** MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

**Cuestión:**

*Salud pública. Delito provocado. Doctrina del TEDH. Doctrina del TS. Supuestos.*

---

**Resumen:**

El delito provocado según una consolidada doctrina de esta Sala de Casación, aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al propio tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. La operación de transporte de droga hacia Barbate se inició tras ofrecer el confidente un comprador para la droga que pudiera tener M., y que ésta solo comenzó a actuar después de tal ofrecimiento. Obtenida la droga por alguno de los acusados, se fijó la fecha de la operación de transporte, lo que el confidente comunicó a la Guardia Civil, con datos suficientes como para que pudiera instalar un control y que éste resultara efectivo. Como consecuencia de esa información se instaló efectivamente tal control de vehículos, y que ello determinó la incautación de la sustancia, lo cual constituía su única finalidad. La Sala considera que estamos ante un delito provocado y estima los recursos, con la consiguiente absolución.

---

**Encabezamiento**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SEGUNDA SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 204/2013

**RECURSO CASACION Nº :** [1228/2012](#)

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimatoria

**Fecha Sentencia :** 14/03/2013

**Ponente Excmo. Sr. D. :** Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

**Secretaría de Sala :** Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**Escrito por :** ARB

Contra la salud pública.-

Delito provocado.- Doctrina T. Supremo.- Actuaciones incitadoras de una conducta delictiva.- Se estima.-

**Nº:** [1228/2012](#)

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Fallo: 06/03/2013

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA Nº: 204/2013**

**Excmos. Sres.:**

**D. Juan Saavedra Ruiz**

**D. Andrés Martínez Arrieta**

**D. José Ramón Soriano Soriano**

**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

**D. Alberto Jorge Barreiro**

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

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

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma interpuestos por **Ezequias , Marí Trini y Ismael** contrasentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3ª, con fecha veintiséis de Enero de dos mil doce, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente los acusados **Ezequias** , representado por la Procuradora Doña Carmen Echavarría Terroba y defendido por el Letrado Don Manuel Castaño Martín; **Marí Trini** , representada por la Procuradora Doña Isabel Torres Coello y defendida por la Letrado Doña Aranzazu García Mendaza; y **Ismael** , representado por el Procurador Don José-Carlos Caballero Ballesteros y defendido por el Letrado Don Antonio Jordán Martínez.

### I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Barbate, instruyó las diligencias previas con el número 2345/2.009, contra Marí Trini , Jose Manuel , Ismael y Ezequias , y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 3ª, rollo 32/2011) que, con fecha veintiséis de Enero de dos mil once, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"Que los acusados Jose Manuel , condenando ejecutoriamente por sentencia firme de fecha 4-7-2005 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz la pena, entre otras, de 3 años de prisión, Ezequias , Marí Trini y Ismael , puestos de común acuerdo y con unidad de propósito, concertaron la introducción en Barbate de una determinada cantidad de cocaína, y tras reunirse en Sevilla, acordaron que la fecha indicada sería entre la noche del sábado día 12 de Diciembre a la madrugada del domingo del día 13 de Diciembre de 2009, viniendo los dos primeros acusados desde Sevilla, cada uno en su vehículo, para dirigirse a Conil de la Frontera, donde les esperaban Marí Trini y Ismael , que los guiarían al punto final de destino de la droga en Barbate, para su distribución entre terceras personas a cambio de dinero.

Siendo así que tras reunirse todos ellos en Conil, se dirigieron a Barbate desde aquella localidad, Jose Manuel y Ezequias en la furgoneta Fiat, modelo Scudo Combi 1.9 TD, con placa de matrícula HO-....-HY , conducida por este último y cuya propiedad figura a nombre de su mujer Olga , mientras que los otros dos acusados, Marí Trini y Ismael , lo hacían en el vehículo de este último.

Sobre las 1:15 horas de la madrugada del día 13 de diciembre de 2009, y a la altura del punto kilométrico 0,700 de la carretera A-314, del Partido Judicial de Barbate, la furgoneta fue interceptada por agentes de la Guardia Civil de servicio de control de vehículos y personas, procediendo a la identificación de los acusados Jose Manuel y Ezequias y al registro del vehículo, encontrándose debajo del plástico que ocultaba la palanca de cambios del coche y en el centro del habitáculo, una bolsa de plástico y un paquete rectangular, ambos envueltos en cinta aislante,

conteniendo 1 paquete de cocaína con un peso neto de 1.010,33 gramos de cocaína de los que 720 gramos tienen un índice de pureza del 72,5%, y 7 paquetes de cocaína con un peso neto de 714 gramos, de los que 157,8 tienen un índice de pureza del 22,4%, cuyo valor en el mercado ilícito asciende a la cantidad aproximada de 75.109 euros.

También se intervino en el registro practicado en la furgoneta 3 teléfonos móviles de las marcas Bicphone y Nokia, 5 dispositivos de GPS de las marcas GARMIN y HUMMINBIRD, así como la cantidad total de 155 euros pertenecientes a los acusados que no ha resultado probado tuviera relación con estos hechos.

A la acusada Marí Trini , posteriormente, se le intervino la cantidad de 416,10 euros. El vehículo furgoneta, los efectos, móviles y dinero intervenido fue puesto a disposición de la Autoridad Judicial"(sic).

**Segundo.-** La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Jose Manuel , Marí Trini , Ismael y Ezequias como autores criminalmente responsables de un delito consumado contra la salud pública ya definido en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los tres últimos y con la concurrencia de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de reincidencia en Jose Manuel a las penas de; a Marí Trini , Ismael y Ezequias , seis años y tres meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y una multa de 300.436 euros y a Jose Manuel a las penas de siete años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y una multa de 300.436 euros con tres meses de arresto personal para el caso de impago.

Condenamos además al pago a cada uno de ellos de una cuarta parte de las costas procesales.

Se declara el comiso de la droga y teléfonos intervenidos a los que se dará el destino legal"(sic).

**Tercero.-** Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por **Ezequias , Marí Trini y Ismael** , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

**Cuarto.-** El recurso interpuesto por Ezequias , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1.-** Se formula por el cauce establecido en el art. 5.4 de la LOPJ, a cuyo tenor "En todos los casos en los que según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden

jurisdiccional".

En este supuesto, se denuncia la infracción del artículo 24.2 de la Constitución, derecho fundamental a la presunción de inocencia.

**2.-** Se formula por el cauce establecido en el art. 5.4 de la LOPJ, a cuyo tenor "En todos los casos en los que según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional".

En este supuesto, se denuncia la infracción del artículo 24.1 de la Constitución, derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

**3.-** Se formula por el cauce establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuyo tenor, "Cuando dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal".

Se denuncia en el presente motivo la aplicación indebida de los artículos 368 y 369.6 ambos del Código Penal.

**Quinto.-** El recurso interpuesto por Marí Trini , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1.-** Por infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba.

Se ampara el presente motivo en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**2.-** Infracción de ley por quebrantamiento del artículo 24.2 de la Constitución, en lo referente al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Se ampara el presente motivo en el artículo 5.4 de la LOPJ en relación con el artículo 849 número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**Sexto.-** El recurso interpuesto por Ismael , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**FUNDAMENTOS DOCTRINALES Y LEGALES ADUCIDOS COMO MOTIVOS DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL.**

**1.-** Con amparo en el art. 852 LECr, por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24 de la Constitución Española por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al proceso debido de quien nos manda que se comete al denegar la prueba que consta en su escrito de defensa como anticipada con el número 2) y que había sido propuesta repetidamente a lo largo de la

instrucción.

**2.-** Con amparo en el art. 852 LECr, por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24 de la CE por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia de quien defienden.

Falta de antijuricidad de su conducta.

**3.- (Subsidiario a los anteriores).**

Con amparo en el art. 852 LECr, por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24 de la CE por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia de Ismael que se comete al imponerle pena de multa sin que conste en la Causa valoración alguna de la sustancia aprehendida.

**FUNDAMENTOS DOCTRINALES Y LEGALES ADUCIDOS  
COMO MOTIVOS DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY**

**4.-** (Subsidiario a los anteriores).

Con amparo en el art. 849 LECr, por infracción de Ley, en concreto del art. 369 circunstancia quinta del código Penal, al haberse apreciado la agravación de notoria importancia.

**5.-** (Subsidiario a los anteriores).

Con amparo en el art. 849 LECr. por infracción de Ley, en concreto del art. 369 del Código Penal sobre la multa proporcional.

**Sétimo.-** Instruido el Ministerio Fiscal, interesa la inadmisión a trámite de los recursos interpuestos, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Octavo.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día seis de Marzo de dos mil trece.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Recurso interpuesto por Ezequias

**PRIMERO.-** En el primer motivo alega que los hechos deben considerarse dentro de lo que se conoce como delito provocado.

1. El TEDH, en su STEDH de 1 marzo 2011, Caso Lalas contra Lituania, en la que recogía doctrina establecida en anteriores resoluciones, recordaba en el fundamento jurídico nº 42, que, tal como se había establecido en la STEDH en el caso Ramanauskas contra Lituania, de 5 de febrero de 2008, :«Se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados -ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones- no se limitan a investigar actividades delictivas de una

manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso».

En la citada STEDH Ramanauskas contra Lituania, afirmaba que (54) "...el interés público no podría justificar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial", pues tal forma de operar es susceptible de privar definitivamente al acusado de su derecho a un proceso equitativo.

2. Advertía esta Sala en la STS de 20 febrero 1991, que "El problema del tratamiento jurídico penal que corresponda al delito provocado en general y, en particular, a la provocación policial para la comisión de un delito, que tan poca atención ha merecido al derecho positivo comparado y que tan sólo se la dispensaron la Doctrina Científica y la Jurisprudencia, es, sin duda, un problema de política criminal, que como tal, se halla íntimamente enlazado o enraizado con el sistema político general imperante en cada país, por ello, no puede recibir el mismo tratamiento en aquellos países en los que impera un régimen autoritario en los que en el campo del Derecho Penal, prima el aspecto o la actividad represiva so pretexto de la seguridad que en aquellos países, como el nuestro, en los que se halla implantado un régimen o un Estado Social y Democrático de Derecho, del que son ingredientes esenciales del sistema el principio de legalidad y la interdicción de la posible arbitrariedad de los poderes públicos, como expresamente se proclama en el n.º 3.º del art. 9 de la Constitución y en los que, como consecuencia, se elevan a principios constitucionales los de respeto a la dignidad de la persona y a su absolutamente libre y espontánea determinación, proscribiendo toda acción coactiva sobre la voluntad ajena así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables aunque su finalidad fuere la de llegar a lograr la mayor efectividad en el cumplimiento de las leyes atinente a la prevención y represión de la delincuencia, o sea, que la absoluta legalidad o licitud es exigible tanto para los fines como para los medios utilizados para lograrlos".

Esta doctrina ha sido mantenida con posterioridad en sus líneas básicas. En la STS nº 863/2011 se decía que el delito provocado "...según una consolidada doctrina de esta Sala de Casación, aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al propio tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (por todas, SSTS nº 24/2007, de 25 de Enero, y nº 467/2007, de 1 de Junio)".

Al tiempo, se niega la existencia del delito provocado cuando la actuación policial haya tenido lugar incidiendo sobre una conducta ya existente que permaneciera oculta. Esta posibilidad es frecuente cuando se trata de delitos como el de tráfico de drogas, que se desarrollan sobre la base de conductas muy variadas entre las cuales está la mera tenencia con destino al tráfico, que ya supone la consumación. En consecuencia, cuando la actuación policial pone de relieve la existencia de una tenencia o de un poder de disposición sobre la droga con destino

al tráfico, no puede apreciarse la existencia de delito provocado, pues simplemente se ha hecho aflorar algo previamente existente e independiente de la referida actuación policial.

Doctrina mantenida sustancialmente, entre otras, en las STS 1233/2000; 313/2010; 690/2010; 1155/2010, y 104/2011.

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

En la STS nº 1552/2002, se aprecia delito provocado en tanto que se considera que no está probado que el acusado tuviera en su poder o bajo su disposición la droga antes del acuerdo con quien opera como agente provocador en connivencia con la policía.

En la STS nº 1366/1994, al igual que en el caso anterior, se entiende que no hay prueba de que los acusados tuvieran en su poder la droga antes de la intervención del agente provocador. Por el contrario, parece que se hicieron con ella "...tras los contactos mantenidos con el agente, que se presentaba como dispuesto a la adquisición de una importante cantidad de hachís", por lo que se aprecia delito provocado y se acuerda la absolución de los recurrentes y de los no recurrentes.

Se dice textualmente en esta sentencia que "No hay constancia de que los inculcados poseyeran ya la dicha droga con anterioridad y de que, mediante la intervención del agente encubierto, aflorara y se descubriera esa previa posesión, antes bien lo que se desprende de los hechos es que los acusados, tras los contactos mantenidos con el agente, que se presentaba como dispuesto a la adquisición de una importante cantidad de hachís, se procuraron esa droga en la cantidad expresada y con el propósito de obtener ganancias económicas como retribución de su intermediación por la adquisición por el que se presentaba como interesado en su compra,...".

Y en la STS nº 1672/1992, se considera delito provocado cuando la acción de los intermediarios entre el agente provocador y los propietarios de la droga tiene lugar solo tras la intervención del primero.

3. En el caso, el Tribunal de instancia, que no valora el sorprendente silencio del atestado inicial sobre estos extremos, declara probado que todos los acusados se concertaron para introducir una determinada cantidad de cocaína en la localidad de Barbate. El Tribunal se plantea si quien aparece como confidente de la Guardia Civil, y según el recurrente actúa como agente provocador, tenía la pretensión de desarrollar un doble juego, facilitando a los agentes una información fragmentada e insuficiente, de manera que de producirse la interceptación de la droga percibiría el premio policial correspondiente al confidente, y en caso contrario se lucraría con el beneficio derivado de la operación de tráfico.



Concluye el Tribunal, en consecuencia, que el confidente no actuaba solo como tal, de manera que no existe delito provocado.

Sin embargo, de la propia sentencia resultan otros datos que indican lo contrario. En primer lugar, el Tribunal no declara probado que el acusado Ismael , del que se dice que actuaba en los hechos como confidente de la Guardia Civil, fuera el propietario de la droga. No resultaría lógico que, siéndolo, comunicara a los agentes la existencia del transporte, pues sería evidente el riesgo de pérdida de la sustancia con las consecuencias que se quieran unir a ello, tanto si la droga era suya como si actuaba por cuenta de otros.

Tampoco se declara probado que los acusados Marí Trini , Jose Manuel y Ezequias , o alguno de ellos, tuvieran la droga previamente en su poder o bajo su capacidad de decisión. O que existan datos que demuestren que venían dedicándose al tráfico de tales sustancias.

Aunque no se recogen en los hechos probados, en la fundamentación jurídica aparecen datos que el Tribunal acepta como ciertos, que resultan relevantes a los efectos aquí considerados. En primer lugar, se señala que Ismael entró en contacto con Marí Trini , la cual, implícitamente, aparece como la persona que consigue la droga, o, al menos, relaciona al anterior con quien la tuviera en su poder. Así, se dice que Ismael comunicó a Marí Trini que si tenía droga, él tenía un comprador. Es evidente que con ello no solo enfrenta la posibilidad de que Marí Trini tuviera ya droga en su poder o bajo su disposición, sino también la posibilidad de que, vista la posibilidad de una operación que no consta que hasta entonces hubiera considerado, decidiera aprovecharla en su beneficio. A continuación, se consigna que, según Ismael , Marí Trini "se puso en marcha". Se relata, aunque de forma poco precisa, un contacto en Sevilla con Jose Manuel , hermano de la anterior, aunque tampoco se declara probado que éste tuviera droga o que interviniera en su adquisición de alguna forma concreta.

Desde otra perspectiva, se admite en la sentencia que Ismael había venido actuando como confidente de la Guardia Civil, aunque con resultados poco satisfactorios, al parecer, lo que había determinado un aviso de la posibilidad de prescindir de sus servicios. Pero se acepta, sin embargo, que en el caso, avisó a la Guardia Civil de la posible entrada en Barbate de una cantidad de cocaína, y de la sentencia se desprende que fue eso precisamente lo que determinó a los agentes a la instalación de un control a la entrada de dicha localidad, justamente con la finalidad de interceptarlo.

4. Existen otros datos diferentes que no aparecen expresamente en la sentencia, pero que son alegados por el recurrente, y cuya realidad no solo no ha sido puesta en duda, sino que resultan de significado coincidente con lo recogido en aquella. Así, de un lado, que los agentes de la Guardia Civil que declararon reconocieron que esa misma noche, poco antes de la interceptación de la droga, se reunieron con Ismael , quien les comunicó la existencia del transporte de droga, en una furgoneta, hacia Barbate. Es posible que los agentes tuvieran dudas acerca de la capacidad del citado para aportar datos útiles, e incluso que calificaran como incompleta la información aportada, pero lo cierto es que, tras recibir una nueva llamada de éste diciéndoles que todo iba para adelante, se instaló el control a la entrada de Barbate, y una vez que dio el resultado apetecido deteniendo la furgoneta que llevaban dos de los acusados con la droga, se levantó el mismo, lo que pone de relieve su exclusiva finalidad, de manera que su origen y justificación no

podían ser otros que la información recibida del confidente.

De todo ello resulta, en primer lugar, que la operación de transporte de droga hacia Barbate solo tuvo lugar como consecuencia de la intervención del confidente, que actuaba en connivencia con los agentes policiales, y que para evitar resultados indeseables, se adoptaron, tras la información aportada por aquel, las medidas de control que se consideraron precisas y posibles, que dieron como resultado la interceptación material de la droga. En segundo lugar, que no se ha podido declarar probado quien era el propietario de la droga, pues no se recoge en la sentencia ningún dato acerca de su procedencia. Y, en tercer lugar, que tampoco se ha podido declarar probado que alguno o algunos de los acusados tuvieran, con anterioridad a la intervención del confidente policial, la posesión o alguna clase de poder de disposición sobre la droga incautada, de manera que pudiera afirmarse que la actuación policial se limitó a aflorar una conducta, la tenencia de la droga con destino al tráfico, anterior en su realidad a la ejecución de aquella actuación.

Por el contrario, de todos esos datos resulta que la operación se inició tras ofrecer el confidente un comprador para la droga que pudiera tener Marí Trini , y que ésta solo comenzó a actuar después de tal ofrecimiento. Que obtenida la droga por alguno de los acusados, se fijó la fecha de la operación de transporte, lo que el confidente comunicó a la Guardia Civil, con datos suficientes como para que pudiera instalar un control y que éste resultara efectivo. Y que como consecuencia de esa información se instaló efectivamente tal control de vehículos, y que ello determinó la incautación de la sustancia, lo cual constituía su única finalidad.

En consecuencia, la alegación del recurrente debe ser aceptada, lo que conduce a la estimación del motivo. Ello determinará la absolución de todos los recurrentes, así como del condenado no recurrente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 903 de la LECrim.

No es preciso el examen de los demás motivos de este recurso ni el examen de los recursos interpuestos por los demás recurrentes.

### **III. FALLO**

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** a los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuestos por las representaciones procesales de los acusados **Marí Trini , Ismael y Ezequias** , contrasentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3ª, con fecha 26 de Enero de 2.012, en causa seguida contra los mismos y otro más, por delito contra la salud pública. Declarándose de oficio las costas correspondientes a los presentes recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

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

Soriano Juan Saavedra Ruiz Andrés Martínez Arrieta José Ramón Soriano

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

**1228/2012**

**Luarca Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de**

**Fallo: 06/03/2013**

**Fernández Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico**

**Encabezamiento**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SEGUNDA SENTENCIA Nº:204/2013**

**Excmos. Sres.:**

**D. Juan Saavedra Ruiz**

**D. Andrés Martínez Arrieta**

**D. José Ramón Soriano Soriano**

**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

**D. Alberto Jorge Barreiro**

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

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

El Juzgado de Instrucción (Mixto) número 2 de los de Barbate incoó las diligencias previas con el número 2345/2009, por delito contra la salud pública, contra Marí Trini, con DNI número NUM000, sin antecedentes penales, nacida el NUM001 /1985, en Sevilla, hija de Cristóbal y Carmen, con domicilio en

AVENIDA000 nº NUM002 , NUM003 NUM004 , Barbate; Jose Manuel , con DNI número NUM005 , con antecedentes penales, nacido el NUM006 /1982 en Sevilla, con domicilio en C/ DIRECCION000 nº NUM007 , NUM002 NUM008 , Montequinto-Dos Hermanas (Sevilla); Ismael , con DNI número NUM009 , con antecedentes penales, nacido el NUM010 /1978 en Cádiz, con domicilio en CALLE000 portal NUM011 , NUM003 NUM012 , en Barbate; y Ezequias , con DNI número NUM013 , con antecedentes penales, nacido el NUM014 /1980, en Sevilla, con domicilio en CALLE001 nº NUM015 , NUM003 NUM016 Sevilla; una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª, rollo nº 32/2011), que con fecha veintiséis de Enero de dos mil doce, dictó Sentencia condenando a Jose Manuel , Marí Trini , Ismael y Ezequias como autores criminalmente responsables de un delito consumado contra la salud pública ya definido en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los tres últimos y con la concurrencia de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de reincidencia en Jose Manuel a las penas de; a Marí Trini , Ismael y Ezequias , seis años y tres meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y una multa de 300.436 euros y a Jose Manuel a las penas de siete años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y una multa de 300.436 euros con tres meses de arresto personal para el caso de impago.- Condenando además al pago a cada uno de ellos de una cuarta parte de las costas procesales.- Declarando el comiso de la droga y teléfonos intervenidos a los que se dará el destino legal.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por tres de los acusados y que ha sido **CASADA Y ANULADA**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

## **I. ANTECEDENTES**

**Primero.-** Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**UNICO.-** Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver a los acusados recurrentes y al no recurrente Jose Manuel del delito contra la salud pública, dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra ellos.

## **III. FALLO**

**DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a los acusados Marí Trini , Ismael , Ezequias y Jose Manuel del delito contra la salud pública del que habían sido acusados, dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra ellos.

Se declaran de oficio las costas de la instancia.

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

Soriano Juan Saavedra Ruiz Andrés Martínez Arrieta José Ramón Soriano

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

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