



Roj: **STS 3103/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3103**

Id Cendoj: **28079120012022100724**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2022**

Nº de Recurso: **10067/2022**

Nº de Resolución: **746/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 746/2022

Fecha de sentencia: 21/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10067/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/07/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: Sala Art.64 bis LOPJ(apelacion) A.N

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: AGA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10067/2022 P

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 746/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 21 de julio de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10.067/2022-P interpuesto por **D. Pedro Miguel**, representado por la procuradora D^a. Berta Rodríguez Curiel Espinosa, bajo la dirección letrada de D. José Miguel Garrido Maestre, por **D. Alejandro**, representado por el procurador D. Pedro Emilio Serradilla Serrano, bajo la dirección letrada de D^a. Marta Castro Varela, y por **D. Aureliano**, representado por el procurador D. Raúl Martínez Ostenero, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Gómez de Liaño Botella y D. Ignacio Martínez-Arrieta Márquez de Prado, contra Sentencia nº 1/2022, de fecha 4 de enero de 2022 dictada por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, en el Rollo de Sala RAR 10/2021, por delitos contra la salud pública.

Interviene el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 3 de Audiencia Nacional, instruyó el procedimiento Sumario nº 3/2019, por delitos contra la salud pública, una vez concluida la instrucción, lo remitió a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, donde se dictó sentencia nº 15/2021, de fecha 26 de mayo de 2021, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"PRIMERO. -

1.- Probado y así se declara que en enero de 2018 se inició por parte de la Unidad de Drogas y Crimen Organizado Central (UDYCO) perteneciente a la Policía Nacional una investigación acerca de una trama de personas integrada en España por individuos de nacionalidad española y albanesa que se dedicaba al transporte y distribución en nuestro país de cocaína, sustancia que causa grave daño a la salud, traída desde Colombia por vía aérea, grupo de personas que actuaba al menos desde el segundo semestre de 2017, e investigación que comienza a partir de las noticias y comunicaciones que recibe la UDYCO de la Agencia de Control de Drogas estadounidense, DEA, los días 18 de noviembre de 2017, 10 y 30 de enero de 2018, en una de las cuales se le hace saber a la Policía española de un envío inminente de sustancia estupefaciente a España, solicitando la entrega controlada del dinero que se había de entregar por dicha entrega.

A partir de esta comunicación, se autoriza por la Fiscalía Antidroga mediante Decreto de 31 de enero de 2018, la participación en dicha entrega controlada de un agente encubierto, NARCEA, quien recibe de una persona no identificada de la organización el día 2 de febrero de 2018 la cantidad de 130.105 euros, cantidad destinada a sufragar los gastos de transporte de la sustancia desde Colombia a España y que fue ingresada en una cuenta de la DEA en Miami, concretamente en la entidad bancaria Bank of America Transport Miami LLC, cuanta número NUM000, ABA, NUM001 y Gori CODIGC SWIFT CODE BOFAUS3N.

2.- Como consecuencia de las investigaciones policiales realizadas en Colombia y de una entrega controlada, las autoridades policiales de aquel país, Grupo GE SIU DEA Costa Norte de la Fiscalía General de la Nación, logran incautar el 9 de febrero de 2018, la cantidad de 277.150 gramos de cocaína distribuidos en 237 paquetes; el día 18 de febrero del mismo año, la cantidad de 437.163 gramos de la misma sustancia distribuidos en 427 paquetes, y el día 22 de febrero de 2018, la cantidad de 92.358 gramos que estaban distribuidos en 90 paquetes, lo que hacía un total de 806.671 gramos de cocaína, distribuidos en 790 paquetes. En estas intervenciones fueron detenidos dos miembros de la organización que actuaban en Colombia, Genaro y Gervasio, siendo el primero de ellos enjuiciado y condenado en Colombia por un delito de tráfico de sustancia estupefacientes a la pena de 96 meses de prisión por su participación en la última de las entregas.

3.- Como quiera que la referida sustancia estupefaciente incautada en Colombia, antes mencionada, tenía como destino España, y con la finalidad de lograr la detención de los miembros de la organización que actuaban en nuestro país, se dispuso la entrega controlada de dicha sustancia, para lo cual se autorizó mediante sendos Decretos de la Fiscalía Antidroga de 2 de marzo de 2018 la actuación de otros tres agentes encubiertos, Limpiabotas, Bigotes y Zapatonos, además de prorrogarse la del que ya designado anteriormente, agente encubierto Pelosblancos.

4.- Se declara igualmente probado que los procesados mantuvieron entre sí y con otras personas de la organización que no han podido ser plenamente identificados, distintas reuniones con la finalidad de preparar la operación de transporte de la droga desde Colombia a España. Y así, el día 29 de enero de 2018, el procesado Pedro Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales, considerado como jefe de la organización en España, junto con su hombre de confianza y miembro de la organización en España, el también procesado Aureliano, conocido también como Rogelio e Romualdo, mayor de edad y sin antecedentes penales, se trasladan a bordo de un vehículo marca Audi A4 matrícula VHV, al restaurante "Txistu" sito en la Plaza Ángel Carbajo 6 de esta capital para reunirse en un primer momento con un individuo que ha sido identificado como Jose Luis, persona perteneciente a la organización en Colombia y que habría de supervisar en España las entregas de



sustancia estupefaciente. A continuación, acude al citado restaurante el procesado Alejandro, alias "Botines", mayor de edad y sin antecedentes penales, que en esa época tenía disminuidas moderadamente sus facultades intelectivas y volitivas debido al consumo abusivo de cocaína y alcohol, en un Audi A3 matrículaWYH, portando una bolsa oscura y reuniéndose con las tres personas antes mencionadas, marchándose sobre las 22,30 horas. El procesado Pedro Miguel y Aureliano se trasladan después en el vehículo al hotel Diana Plus sito en la carretera de Villaverde a Vallecas donde se reúnen con otro de los procesados, Ángel Daniel, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, que en aquel momento también tenía disminuidas moderadamente sus facultades intelectivas y volitivas debido al consumo abusivo de cocaína y alcohol, quien posteriormente se va en el vehículo Volkswagen Polo matrícula DOLV.

5.- Así mismo, en fecha 15 de febrero de 2018, se produce una reunión en la cafetería Don Gil sita en el Paseo de la Castellana 122 de esta capital entre el citado Jose Luis y el agente encubierto Pelosblancos, en la que el primero le entrega un teléfono móvil "encriptado", para que se lo entregue a su jefe, quien iba a ser el agente encubierto Limpiabotas con el fin de que se comunicara con él. El referido Jose Luis le entrega también un "tique" de compra de unas maletas que habría de adquirir en el centro comercial de las Rozas-Village, sito en la localidad de Las Rozas (Madrid) y que fueron posteriormente destinadas para el transporte de la sustancia estupefaciente, maletas que habría comprado anteriormente el procesado Alejandro. Conforme a lo acordado el agente encubierto Pelosblancos acude al Centro comercial y recoge 27 maletas en la tienda Samsonite sita en el mismo.

6.- El día 21 de febrero de 2018, se constata otra reunión en el "Bar Estrella Galicia", sito en el interior de Mercamadrid de esta capital entre Pedro Miguel y Ángel Daniel.

7.- En fecha 3 de marzo de 2018 el agente encubierto Limpiabotas establece comunicación por el teléfono encriptado que previamente le habían entregado el citado Jose Luis, proponiéndole una reunión en España ya que el citado Jose Luis en esa fecha se encontraba en Colombia y llegaría a Madrid en fechas próximas.

Jose Luis y el agente encubierto Limpiabotas se vuelven a comunicar días después, el día 5 de marzo, preguntándole el primero si tiene dispuesto el vehículo para el transporte de la sustancia estupefaciente, contestando el agente afirmativamente e indicándole entonces Jose Luis en qué avión llegaría la droga y la forma de sacarla del aeropuerto. Ese mismo día se citan para cenar en el restaurante "Txistu" al que acuden también Pedro Miguel, Aureliano y Alejandro, donde Pedro Miguel se identifica como el dueño de la droga, de las futuras operaciones en España y que el agente encubierto Limpiabotas sería la persona encargada de recoger en nuestro país la sustancia estupefaciente y entregársela a Alejandro.

8.- El día 7 de marzo de 2018 el agente encubierto Limpiabotas, acude, tal y como habían acordado en la anterior reunión, al restaurante "Amazónico" sito en la calle Jorge Juan 20 de Madrid, donde ya estaban los referidos Jose Luis, Aureliano, Pedro Miguel y Alejandro donde hablan de las garantías de la entrega de la cocaína, así como que el día previsto para el intercambio será el día siguiente 8 de marzo, acordando que la sustancia la recogería el procesado Alejandro en un vehículo marca Audi Q 10 de color negro. En dicha reunión se exige al agente Limpiabotas una prueba de la existencia de la droga y que la misma estaba en Madrid, para lo cual, dicho agente se traslada junto con Alejandro y los agentes encubiertos Pelosblancos y Zapatones hasta una nave industrial sita en Valdemoro (Madrid) donde se había llevado previamente la sustancia estupefaciente, y donde estaba esperando el agente encubierto Bigotes, quien les abrió la puerta de la nave y donde el procesado Alejandro examinó y contó los paquetes que contenían la droga y que estaban dentro de las maletas adquiridas previamente en el Centro Comercial de las Rozas antes citado, y dando su plena conformidad, volviendo posteriormente Alejandro y el agente encubierto Limpiabotas a la reunión del restaurante "Amazónico", donde se encontraban la personas anteriormente indicadas.

9.- La sustancia estupefaciente intervenida en Colombia fue trasladada a España en un vuelo de Iberia número NUM002 que salió de Colombia el día 6 de marzo de 2018 a las 18,15 horas y llegó al aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid Barajas el día 7 de marzo de 2018 a las 10,15 horas. La sustancia estupefaciente que iba alojada en 18 cajas de cartón y tres maletas fue custodiada por el PN con carnet profesional número NUM003 y un funcionario de la DEA, y entregada en España a los Policías Nacionales con carnet profesional número NUM004 y NUM005 que la trasladan a Canillas donde la reparten en las 27 maletas adquiridas anteriormente y que le fueron entregadas al agente encubierto Pelosblancos.

10.- El día 8 de marzo de 2017 se procede a realizar la entrega controlada, debidamente autorizada, que se efectúa en primer lugar, sobre las ocho horas aproximadamente, y con respecto al dinero, en el Hotel Meliá Castilla de esta capital, sito en la calle Poeta Joan Maragall 43 donde acuden, por un lado Aureliano y Pedro Miguel que estaban reunidos con el agente encubierto Limpiabotas, acudiendo posteriormente el referido Jose Luis, portando el primero de ellos una maleta que contenía 1.250.565 euros en efectivo, que se la entrega al agente Limpiabotas, siendo detenidos los dos primeros cuando salían del citado Hotel.



De forma simultánea, y con respecto a la sustancia estupefaciente, sobre las 10,10 horas de ese mismo día, se entregan a los agentes encubiertos Pelosblancos Y Zapatones las 27 maletas que contienen la sustancia estupefaciente, que habría de entregarlas, en un primero momento en el Centro Comercial Carrefour de San Fernando de Henares, y que posteriormente se modificó por indicación del procesado Alejandro , al tener sospechas de presencia policial, al parking de DECATHLON sito en el Centro Comercial Camino Real sito en la misma localidad de San Fernando de Henares. Los dos agentes encubiertos iban a bordo de la furgoneta Mercedes Sprinter matrícula XLN y, una vez que estaban en el Centro Comercial observan la presencia de una persona que finalmente no ha podido ser plenamente identificada, no pudiéndose afirmar con certeza que se tratara del procesado Ángel Daniel , mayor de edad y sin antecedentes penales, individuo que estaba en una actitud vigilante y en el interior del vehículo marca Nissan Juke matrícula SXF .

El procesado Alejandro se acerca a la furgoneta donde están los agentes encubiertos quienes le entregan las llaves de la misma. A continuación, y tras salir Alejandro del parquin conduciendo la furgoneta Mercedes Sprinter que trasportaba la sustancia estupefaciente, es interceptado por la Policía intentando huir siendo, no obstante, detenido a poca distancia del lugar de los hechos. Detrás de la referida furgoneta iba el vehículo Audi A4 matrícula VHV cuyo conductor salió del mismo y se subió al vehículo Nissan Juke conducido por el individuo que no ha podido ser identificado dándose a la fuga por la carretera que conduce a la Terminal 1 del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid Barajas donde se le observa por las cámaras de vigilancia del referido lugar a las 11,54 horas, unos diez minutos aproximadamente después de la entrega e interceptación de la sustancia estupefaciente.

11.- En la citada furgoneta Mercedes Sprinter se encontraron 790 paquetes que contenían sustancia estupefaciente, cocaína, sustancia que causa grave daño a la salud, y cuya finalidad era la de su distribución entre terceras personas, que quedaron bajo custodia policial, a cargo de los Policías Nacionales con carnet profesional número NUM004 y NUM005 que, a su vez se lo entregan al PN con carnet profesional número NUM006 quien la lleva a la Inspección de Farmacia. Dicha sustancia tenía un peso de 788.919 gramos con una pureza del 78 por ciento, esto es, una cantidad de 618.171, 43 gramos de cocaína pura, que hubiera alcanzado un precio en el mercado ilegal de 27.593.794 euros. La citada sustancia, una vez analizada, se llevó a un complejo policial donde se procedió a su destrucción el día 16 de mayo de 2019.

12.- Por auto del Juzgado Central de Instrucción de fecha 8 de marzo de 2018 se autorizó la entrada y registro en el domicilio del procesado Alejandro , donde se le intervinieron 4.800 euros producto de sus actividades ilícitas, así como dos armas simuladas, 83 cartuchos, una factura de compra de Samsonite por 50 euros, dos carnets de escolta privado y dos llaves del vehículo Audi A3 matrículaWYH .

13.- En el momento de la detención de Pedro Miguel , se le intervinieron 2.325 euros producto de la actividad ilícita desarrollada por el mismo, y a Aureliano la cantidad de 110 euros, también procedentes de su actividad ilícita.

14.- En el momento de la detención del procesado Ángel Daniel , se le intervino un Documento Nacional de Identidad y un carnet de conducir a nombre de Augusto , en cuyos documentos originales se había colocado la fotografía del procesado.

15.- Los procesados utilizaban para la realización de las actividades anteriormente descritas, los siguientes vehículos: a) Audi A3 matrículaWYH y Renault Megane matrícula STT , propiedad de Cayetano , los cuales eran utilizados por su hijo el procesado Alejandro ; y, b) vehículo Audi A4 matrícula VHV , utilizado también por el procesado Alejandro , si bien figura a nombre de David .

16.- No ha quedado suficientemente acreditado que el procesado Ángel Daniel perteneciera a la organización criminal liderada por Pedro Miguel , dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes, ni que, concretamente participara en la operación anteriormente descrita."

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

"Que DEBEMOS CONDENAR a:

1.- Pedro Miguel , como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, jefatura y extrema gravedad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRECE AÑOS DE PRISION, accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena; y DOS MULTAS DE VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO EUROS (27.593.794 euros), la primera, Y DE CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE EUROS, la segunda; y pago de las costas procesales causadas que le correspondan.

2.- Aureliano (conocido también como Rogelio y Romualdo), como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, pertenencia a organización criminal y extrema



gravedad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISION, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; y DOS MULTAS DE VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO EUROS (27.593.794 euros) cada una; y pago de las costas procesales causadas que le correspondan.

3.- Alejandro como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, pertenencia a organización criminal y extrema gravedad, con la concurrencia de atenuante de drogadicción, a la pena de NUEVE AÑOS Y UN DÍA DE PRISION, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; y DOS MULTAS DE VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO EUROS (27.593.794 euros) cada una; y pago de las costas procesales causadas que le correspondan.

4.- Ángel Daniel , como autor responsable de un delito continuado de falsedad en documento oficial, con la concurrencia de la circunstancias atenuante de drogadicción, a la pena de UN AÑO, NUEVE MESES Y UN DÍA DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y MULTA DE OCHO MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS, y con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas y pago de las costas procesales que le correspondan por dicha infracción penal.

Debemos ABSOLVERLE del delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, pertenencia a organización criminal y extrema gravedad, por el que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y con declaración de oficio de las costas procesales que correspondan. Para el cumplimiento de la pena se le abonará al procesado todo el tiempo que haya estado privada de libertad por esta causa.

Se decreta el comiso del dinero y los efectos intervenidos debiendo dárseles el destino legal correspondiente. Los vehículos marca Audi A3 matrículaWYH y REANULT MEGANE matrícula STT , así como el vehículo AUDI A4 matrícula VHV . NO ha lugar al decomiso del vehículo marca WOLKSWAGEN POLO matrícula DOLV , propiedad de Ángel Daniel , al haber sido absuelto del delito contra la salud pública.

Conclúyase conforme a las normas legales la pieza de responsabilidad civil del procesado.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional en el plazo de DIEZ DÍAS a partir de la última notificación."

TERCERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 9 de junio de 2021, dictó auto de aclaración con los siguientes Antecedentes de Hecho y Parte Dispositiva:

-ANTECEDENTES-

"PRIMERO.- Con fecha 26 de mayo de 2021 se dictó Sentencia nº 15/21, que fue notificada al Ministerio Fiscal con fecha 27.05.21.

SEGUNDO.- Mediante informe de fecha 28.05.21 por el Ministerio Fiscal se interesó por vía de ACLARACIÓN la subsanación de dos errores materiales manifiestos de dicha sentencia conforme con lo establecido en el art. 267 de la L.O.P.J., dándose traslado a las partes y quedando las actuaciones para resolver por el Magistrado Ponente..."

-PARTE DISPOSITIVA-

"Por todo ello,

LA SALA DIJO: Que debía ESTIMAR la solicitud de aclaración formulada por el MINISTERIO FISCAL, debiendo rectificar la sentencia de 26 de mayo de 2021 dictada por esta Sala en los términos siguientes:

1.- Se modifica el apartado PRIMERO de los ANTECEDENTES DE HECHO, debiendo suprimirse de manera íntegra y sustituirse por lo siguiente: "Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de oficio policial de 8 de marzo de 2018 solicitando la entrada y registro en el domicilio de Alejandro y en la habitación 505 del Hotel Mercader donde estaba alojado Aureliano , habiendo sido investigados previamente por diligencias de investigación 5/2018 de la Fiscalía Antidroga de la Audiencia Nacional, junto con Pedro Miguel y Ángel Daniel , por la supuesta comisión de un delito contra la salud pública".

2.- Se añade en la parte dispositiva de la referida sentencia, en lo que respecta a la condena de Pedro Miguel , que lo es también por "pertenencia a organización criminal".

3.- Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia dictada por esta Sala."



CUARTO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por los recurrentes, dictándose sentencia nº 1/2022 por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, en fecha 4 de enero de 2022, en Rollo de Sala: RAR 10/2021, y cuyo apartado tercero de los antecedentes de hecho manifiesta lo siguiente en cuanto a los **HECHOS PROBADOS**:

"Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia apelada, y entre ello los HECHO PROBADOS, con la corrección del año de la fecha consignada en el punto 10, donde en vez de 2017 debe figurar 2018 ...".

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

"DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Alejandro , representado por el Procurador de los Tribunales D. PEDRO EMILIO SERRADILLA SERRANO, por la de Aureliano , representado por el Procurador de los Tribunales D. RAUL MARTÍNEZ OSTENERO, y por la de Pedro Miguel , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. BERTA RODRÍGUEZ CURIEL ESPINOSA, contra la sentencia dictada en fecha 26 de mayo de 2021 por la Sección 1^a de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional en su causa Rollo de Sala 7/2019, de que a su vez dimana la presente, CONFIRMANDO dicha resolución e imponiendo a los apelantes las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer ante esta misma Sala de Apelación de la Audiencia Nacional recurso de casación para ante la sala 2^a del Tribunal Supremo en el improrrogable término de los cinco días siguientes al de la última notificación y una vez firme, llévese certificación al rollo de sala, anótese en los registros correspondientes y remítase testimonio junto con las actuaciones originales a la Sala de lo Penal de procedencia, archivándose el rollo de esta."

SEXTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representaciones legales de los recurrentes, D. Pedro Miguel , D. Alejandro y D. Aureliano , 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.

SÉPTIMO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes motivos de casación:

A) Pedro Miguel

Motivo Primero.- Por quebrantamiento de forma del art. 850 1º y del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por violación por no aplicación del artículo 24. 1 y 2 de la Constitución, del principio constitucional del Derecho Fundamental a la defensa.

Motivo Segundo.- Por quebrantamiento de forma del art. 851 3º de la LeCrim y vulneración de los art. 24 1 y 2 de la Constitución.

Motivo Tercero.- Por quebrantamiento de forma por denegación de diligencia de prueba, (arts. 850.1 Lecrim.).

Motivo Cuarto.- En virtud del art. 852 de la LeCrim., por la vulneración del principio constitucional señalado en el art. 24.2 de la Constitución en lo relativo a la presunción de inocencia.

Motivo Quinto.- En virtud del art. 849.1º, por infracción de Ley.

Motivo Sexto.- Infracción de Ley. Delito provocado.

Motivo Séptimo.- Infracción de ley. Delito en grado de tentativa.

Motivo Octavo.- Por infracción de Ley, por indebida aplicación del artículo 66 del Código Penal en relación con la presunta violación por no aplicación del artículo 24 de la Constitución, en lo relativo con el derecho fundamental constitucional a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 120, 3º del mismo texto legal.

B) Alejandro

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, y del 852 LECrim, por vulneración de los artículos 24 CE y 6.3 b y d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, derecho de defensa, así como a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y principio de contradicción.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, y del 852 LECrim, por vulneración de los artículos 9.3, 10 y 24 CE, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principio de legalidad y derecho a un juicio con todas las garantías, por prueba ilícita por delito provocado.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, y del 852 LECRIM, por vulneración del artículo 24. CE, presunción de inocencia, porque, estamos ante un delito provocado.



Motivo Cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de los artículos 368, 369 bis y 370.3 CP en relación con los arts. 16 y 62 CP, por entender que, en el caso, la interpretación de tales normas debe conducir a apreciar una tentativa inidónea de delito contra la salud pública.

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 369 bis CP.

Motivo Sexto.- Infracción de Ley y de precepto constitucional del artículo 370.3 CP, y artículo 24 CE respectivamente por aplicación indebida de la extrema gravedad, pues los hechos declarados probados no constituyen el tipo cualificado de extrema gravedad de red internacional. La sentencia de apelación además vulneraría el artículo 24 CE en su vertiente de tutela judicial efectiva y principio acusatorio al introducir hechos nuevos no propuestos por parte alguna.

Motivo Séptimo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la denegación de varias diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma, se consideran pertinentes.

Motivo Octavo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no haber resuelto la Sentencia de apelación sobre todos los motivos planteados en el recurso de apelación, es por ello que causa indefensión a esta parte, vulnerando también el artículo 24.1 CE, derecho a un juicio justo y con todas las garantías, negándose la tutela judicial efectiva al acusado en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

C) Aureliano

Motivo Primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1º LECr. al no haberse admitido los testigos -agentes de la DEA- propuestos por esta representación.

Motivo Segundo.- Al amparo de los artículos 852 LECr. y 5.4 LOPJ, por vulneración del principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE ante la incorporación irregular como prueba de cargo de la declaración de Genaro .

Motivo Tercero.- Por vulneración de los artículos 852 LECr. y 5.4 de ILOPJ, por violación de principio constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE respecto a la provocación del delito.

Motivo Cuarto.- Al amparo del artículo 849.1º LECr. por aplicación indebida de los artículos 15, 16 y 62 del CP en relación con el artículo 368, por no haberse considerado la comisión del delito en grado de tentativa de delito.

Motivo Quinto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr. en relación con el 369 bis del CP.

OCTAVO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal manifestó su oposición a los motivos de los recursos, solicitando su inadmisión y de no estimarse así, subsidiariamente, impugna de fondo los motivos e interesa su desestimación; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

NOVENO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 6 de julio de 2022, continuándose la deliberación hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Pedro Miguel

PRIMERO.- 1. En los motivos primero y tercero se alega quebrantamiento de forma del art. 850 1º y del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por violación, por no aplicación, del artículo 24. 1 y 2 de la Constitución, del principio constitucional del Derecho Fundamental a la defensa, creando indefensión por no habersele permitido utilizar los medios de prueba pertinentes para el ejercicio pleno de la defensa, con pruebas necesarias y justificada su idoneidad, que fueron denegadas, así como pruebas para el acto del Juicio Oral que siendo admitidas, no se practicaron.

En el desarrollo del motivo se alega que fueron denegadas las declaraciones de los agentes de la DEA Don Borja y Don Carlos , así como de los agentes investigadores de la pieza colombiana Don Constantino y Don Diego . Por otro lado, no fueron practicadas las declaraciones de dos agentes de la DEA Don Esteban y Don Evelio , testificales que fueron admitidas por la Sala de la Audiencia Nacional, pero que no se practicaron, por declinar ambos la citación como testigos en el acto del Juicio Oral, alegando inmunidad.



2. El derecho a un proceso con todas las garantías supone el cumplimiento de una serie de requisitos y formalidades que permitan a la parte acusada la posibilidad de establecer su defensa en condiciones de igualdad de armas con la acusación, y asimismo exige que el órgano jurisdiccional mantenga un equilibrio y equidistancia de las acusaciones y las defensas concediendo a ambas la posibilidad de someter a debate contradictorio sus tesis, y lo que es más importante, sus pretensiones probatorias, por lo que el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías requiere que no se produzca indefensión (STS de 10 de junio de 2003), (STS de 28 de junio de 2011).

El derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba pertinentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestro ordenamiento, aunque podría considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, su rango constitucional deriva de su reconocimiento expreso y singularizado en el artículo 24 de la Constitución. La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1º, ambos de la LECrim, aunque la invocación del primero no permite orillar las exigencias contenidas en el segundo precepto.

Es pues, un derecho fundamental, aunque no sea un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba "pertinentes", de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 785.1 de la LECrim). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC nº 70/2002, de 3 de abril).

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los artículos 785.1 y 786.2 de la LECrim en su redacción actualmente vigente, (anteriores artículos 792.1 y 793.2), cuando se trate de Procedimiento Abreviado. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características (STS 237/2018, de 25 de mayo).

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS nº 1591/2001, de 10 de diciembre y STS nº 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS nº 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. Todos estos aspectos han de ser acreditados por el recurrente cuando alega en vía de recurso la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa.

En nuestra STS 1059/2012 de 27 de diciembre, recordábamos lo ya declarado en las STS nº 1300/2011 de 02 de diciembre -así como las SSTS de 17 de Febrero del 2011 y la nº 545/2010 de 15 de junio-, haciéndonos eco en ellas de la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en su Sentencia nº 198/1997 en la que se dijo: "el rechazo irregular de la prueba por el Órgano Jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y así, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, la relación de instrumentalidad existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no sea por sí sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues para que así sea el defecto procesal ha de tener una inducción material concreta, por lo que si ésta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional".

Como señala entre otras, la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012, la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera



el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba. (...).

A los efectos de esta revisión es determinante, como señalan la STC 308/2005, de 12 de diciembre y la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012, que la parte recurrente argumente, de modo convincente, que la resolución final del proceso "a quo" podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo (SSTC 73/2001, de 26 de marzo, 168/2002, de 30 de septiembre y 71/2003, de 9 de abril , entre otras).

Además, como hemos dicho en nuestra reciente sentencia 671/2021 de 9 de septiembre "partiendo del estándar Murtazaliyeva, a la luz aplicativa derivada de nuestra propia jurisprudencia -vid. por todas, SSTS 679/2018 de 20 de diciembre de 2018; 663/2020, de 24 de noviembre, que sintetizan el cuadro de condiciones para el análisis del motivo " 1º) Que la prueba haya sido pedida en tiempo y forma, 2º) Que esté relacionada con el objeto del proceso y sea útil, es decir con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo, 3º) Que sea posible su realización por no haber perdido aún capacidad probatoria y 4º) Que ante la denegación de su práctica se formula protesta por su proponente ".

3. La sentencia de instancia analiza la cuestión ahora planteada en el FD 2º, punto 1º, así como en el auto de admisión de la prueba dictado por la Sala de apelación de fecha 28 de octubre de 2021, ante la expresa petición de prueba solicitada en el recurso de apelación, no por el aquí recurrente, que no vuelve a reiterar su práctica ante el tribunal de apelación, sino por el acusado Alejandro .

3.1. En el citado auto se hace constar que " *Y en lo que se refiere a las testificales de agentes policiales extranjeros, igualmente, la desestimación de su procedencia, estuvo perfectamente motivada en su innecesaridad y consiguiente improcedencia ante la existencia de otras testificales policiales españolas directas en la causa con mayor relación y peso de su actuación efectiva en la investigación, al reconocer el propio recurrente que las declaraciones que solicita no versarían sobre los hechos objeto de acusación, sino que podrían aportar luz sobre el modo de comportarse de los referidos agentes de la DEA en coordinación con los de la UDYCO y, con ello, más relacionados con censurar su operativa, lo que difícilmente tendría incidencia en los hechos enjuiciados, siendo improcedente su ambigua práctica, apareciendo acertada la decisión de la Sala inadmitiéndola.*

De igual manera se acuerda la innecesaridad de la práctica de vista oral en esta segunda instancia, dado que conforme a lo prevenido en el Art. 791.1 LECrim y la naturaleza de los motivos esgrimidos en el recurso, se considera innecesaria para la correcta formación de una convicción fundada, ante la exhaustiva y prolíja redacción que obra escrita en sus motivos de recurso."

3.2. En la sentencia de instancia se reiteran los argumentos de la Sala de enjuiciamiento haciendo expresa referencia a que lo que el recurrente pretende, con las testificales propuestas de los agentes de la DEA, es discutir la pacífica jurisprudencia referente a la doctrina de la no indagación de las diligencias preprocesales, con cita de la sentencia de esta Sala 312/2021, relativas a diligencias de indagación sobre metodología policial extranjera, actuaciones que se encuentran protegidas como información reservada.

En efecto, con respecto a la declaración testimonial de los agentes americanos de la DEA, los argumentos de la Sala de enjuiciamiento, ratifican los de la sentencia de instancia, ya que si bien es cierto que las actuaciones iniciales en Colombia comienzan por una información de la DEA solicitando una entrega controlada en aquel país y el nombramiento de un agente encubierto, también lo es que las actuaciones procesales propiamente dichas en España tienen su origen, tal y como viene reflejado en la pieza de la comisión rogatoria a Colombia, por la comunicación existente entre la Fiscalía General de la Nación de Colombia y la Fiscalía Antidroga de la Audiencia Nacional, existiendo como afirma la Sala "unas actuaciones preprocesales antes de la "judicialización" del asunto."

Por lo que se debe partir de las actuaciones ante la Fiscalía Antidroga para determinar a partir de ese momento cuáles son las pruebas necesarias y pertinentes que hayan de practicarse en el presente procedimiento, teniendo en cuenta que afirma el tribunal que los funcionarios de la Policía Nacional que han depuesto como testigos en el plenario han declarado rotundamente que en la operación policial desplegada en España no intervino ningún agente de la DEA, ni realizó actividad alguna, sino que fueron los funcionarios de la Policía española los que llevaron a cabo la entrega controlada de la sustancia estupefaciente.

3.3. Como hemos dicho en las SSTS 445/2014, de 29 de mayo, y 884/2012, de 12 de noviembre " cuando servicios de información extranjeros proporcionan datos a las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, la exigencia de que la fuente de conocimiento precise también sus propias fuentes de conocimiento, no se integra



en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Lo decisivo, además de la constancia oficial, no necesariamente documentada, de que esa comunicación se produjo, es que el intercambio de datos sirva para lo que puede servir, esto es, para desencadenar una investigación llamada a proporcionar a los Tribunales españoles los medios de prueba precisos para el enjuiciamiento de los hechos".

En consecuencia, la exigencia de que el servicio policial español que interesa la entrega controlada proporcione sus fuentes de conocimiento, no implica necesariamente que también deba proporcionar, con el mismo detalle y en los mismos términos, las fuentes de conocimiento de sus fuentes de conocimiento, que es lo que la parte pretendía con la declaración de los agentes de la DEA.

Como hemos dicho en la sentencia que es citada por la Sala -312/2021, de 13 de abril- no existe un derecho a que el encausado pueda desvelar el contenido y alcance de las colaboraciones policiales internacionales. Los investigados sometidos a proceso penal carecen de un derecho que les ampare a desvelar los puntos de apostamiento policial, o la identidad de los confidentes, o la información recabada mediante técnicas de criminalística que perderían su eficacia si se divulgaran masivamente. No existe un derecho a conocer los instrumentos y materiales concretos de los que se dispuso la policía para la investigación y que podrían quedar desprovistos de eficacia para intervenciones futuras. Tampoco hay un derecho a conocer las indagaciones de otros delitos que puedan atribuirse a los mismos sospechosos pero que estén todavía en proceso de confirmación policial, menos aún si consideramos que, en su caso, deberán ser objeto de un procedimiento de persecución penal independiente (art. 17.1 LECRIM). Como no resulta tampoco asumible que se conozcan aquellas investigaciones que ni siquiera afectan a los sometidos a proceso y que pueden arruinar otras actuaciones policiales de obligada persecución de la criminalidad.

El motivo no puede prosperar, ya que las actuaciones procesales propiamente dichas en España tienen su origen, tal y como viene reflejado en la pieza de la comisión rogatoria a Colombia, por la comunicación existente entre la Fiscalía General de la Nación de Colombia y la Fiscalía Antidroga de la Audiencia Nacional, y en la operación policial desplegada en España no intervino ningún agente de la DEA, ni realizó actividad alguna, sino que fueron los funcionarios de la Policía española los que llevaron a cabo la entregada controlada de la sustancia estupefaciente, por lo que la denegación de la declaración de los mismos no le ha causado indefensión al recurrente, pues como hemos dicho las citadas pruebas no tienen virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del proceso.

En definitiva, para evitar reiteraciones, nos remitimos a la sentencia de instancia, perfectamente fundamentada al respecto.

Los motivos no pueden prosperar.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo se denuncia quebrantamiento de forma del art. 851 3º de la LeCrim. En la sentencia de apelación no se resuelve sobre la denuncia expuesta sobre la denegación de la prueba anticipada solicitada por la parte recurrente en su escrito de calificación.

2. Respecto a la incongruencia omisiva, hay que recordar que este vicio procesal exige que ni explícita, ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, de 25 de julio). En efecto, esta Sala viene afirmando de forma constante (SSTS 603/2007, de 25-6; 54/2009, de 22-1; y 248/2010, de 9-3), que la incongruencia omisiva es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero esO debe hacerse previamente uso del remedio previsto en los arts. 161.7 LECrim y 267.7 LOPJ que la jurisprudencia de esta Sala -por todas citamos la sentencia 648/2018, de 14 de diciembre- ha convertido en presupuesto insoslayable previo de un motivo por incongruencia omisiva.

3. En efecto, en el presente caso el recurrente no ha hecho uso del recurso de aclaración o del incidente de nulidad de la sentencia, por lo que no cabe la admisión del motivo planteado.

Además, la sentencia recurrida si que da respuesta, con carácter general, a la abundantísima petición de prueba anticipada solicitada, ya que el FD 2º se hace constar que " *Se vuelve a denunciar la denegación de*



la práctica de ciertas diligencias probatorias solicitadas para el juicio oral -testifical de agentes de la DEA, pericial caligráfica, documentales- de alguna de las cuales se ha interesado la práctica también en esta segunda instancia. A ello se une igualmente el recurso de la representación del apelante Pedro Miguel (motivo segundo) por habersele denegado la práctica de prueba anticipada solicitada en su escrito de calificación -copia de investigación policial de la DEA y si la dirigía algún Juzgado o Fiscalía; copia de actuaciones de la DEA por las que acaban identificándole como implicado en el presunto tránsito internacional de cocaína; actuaciones de inteligencia policial de la DEA que le vinculan a supuestas anteriores operaciones de tráfico de drogas; lo mismo respecto de actuaciones de la DEA en Miami; copia de actuaciones conjuntas de la DEA con el grupo 42 de la UDYCO; requerimiento a la DEA sobre si Jose Luis es agente o colaborador de la propia DEA y datos sobre él; requerimiento a la Fiscalía colombiana sobre la concreta cantidad de cocaína incautada y enviada a España; gestiones realizadas por la UDYCO en el Hotel Mediodía encaminadas a la identificación de Jose Luis; identificación para testifical del comandante del vuelo en que la droga controlada viajó a España; copias a la DEA de actas de recepción y depósito de la droga; requerimiento a la DEA sobre por qué se varió el modo de transporte inicialmente ideado; especificación de las garantías que los agentes encubiertos prestaron al recurrente- que le ha generado indefensión, vulnerándose su derecho a la defensa y que, en definitiva, fueron y son ahora debidamente denegadas, porque, como se le explicó en la sentencia impugnada y en nuestro Auto de denegación de prueba en segunda instancia de 28/10/2021, o eran improcedentes, por ser propias de la fase de instrucción y porque se dejaron de practicar ante la inactividad del recurrente que las debió interesar en el acto de impugnación de la conclusión sumarial - Art. 627.3 LECrim - máxime ahora que el Art. 324 LECrim somete su consecución a plazo cerrado, o eran innecesarias, como ocurre con las testificales y diligencias de indagación sobre metodología policial extranjera de los agentes de la DEA (...)".

Por tanto, se deniega la prueba por extemporánea, por tratarse de diligencias de instrucción, y porque se debieron interesar, en todo caso, como impugnación de la conclusión del sumario, haciendo expresa referencia a los plazos de instrucción previstos en el art.324 de la ley procesal.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar por no haberse solicitado la aclaración de la sentencia y porque la denuncia sí obtuvo una respuesta de la Sala, básicamente la extemporaneidad de la petición formulada.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 1. En el cuarto motivo se pone de relieve, en virtud del art. 852 de la LECrim, la vulneración del principio constitucional señalado en el art. 24.2 de la Constitución en lo relativo a la presunción de inocencia del acusado recurrente, inocencia manifestada por el mismo tanto en instrucción como en el acto del Juicio Oral en sus declaraciones, sin que se explique el motivo por el que no se da credibilidad a las mismas.

Se denuncia que tanto en la instrucción como en el acto del juicio oral prestó una declaración en la que venía manteniendo la misma versión sobre los hechos, y su inocencia. En ambas, el siempre mantuvo que en ningún momento era conocedor ni consciente de que estaba siendo utilizado para recepcionar cantidad alguna de sustancia estupefaciente. Manifestó tanto en instrucción como en el plenario que simplemente le ofrecieron un negocio muy ventajoso, buscó el dinero que le pidieron que tenía que depositar, y que ni conocía, ni preguntó ni quiso saber que era lo que recepcionaba y que debía guardar únicamente durante unos días. Todo este negocio y toda la operativa del mismo, tal y como manifestó, fue inicialmente ofrecido, orquestado y organizado en primera instancia por el tal Jose Luis y, posteriormente, por las supuestas personas amigas y que trabajaban con Jose Luis y que este introdujo en el operativo, que a la postre resultaron ser policías encubiertos españoles.

2. Como indica la STS 476/2017, de 26 de junio, la reforma de La ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación,



pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba.

De forma muy expresiva, sobre los contornos y límites de la casación cuando se alega la vulneración de la presunción de inocencia, se pronuncia la reciente STS 344/2021, de 26 de abril, cuya argumentación es necesario reproducir: " No es función de la casación revalorar íntegramente una prueba no directamente presenciada para preguntarnos si personalmente participamos de la convicción reflejada en la sentencia, o, por el contrario, subsiste alguna duda en nuestro ánimo. Por mucho que se hayan ensanchado los antaño angostos cauces casacionales de la mano de la presunción de inocencia y, hasta cierto punto, como legítimo paliativo a un déficit de nuestro ordenamiento procesal penal -la inexistencia de doble instancia- ya corregido con un nuevo régimen del que se ha beneficiado el ahora recurrente valiéndose de una previa apelación, la casación mantiene su condición de recurso extraordinario, diferente por esencia a la clásica apelación."

3. La sentencia de instancia analiza la prueba practicada con respecto a Pedro Miguel de forma pormenorizada en el FD 3º, apartado A, dando expresa respuesta a la cuestión que ahora plantea el recurrente, la falta de credibilidad de las declaraciones del acusado sobre que iba a triplicar su inversión, desconociendo la ilicitud de la operación, ya que el importe era muy considerable -un millón de euros-, cuyo riesgo inversor exige, como afirma la Sala, por lógica, conocer el objeto y licitud sobre en qué se va a aplicar. También refiere el uso de un teléfono encriptado para comunicarse, la custodia de una furgoneta transportando las maletas por 2 o 3 días, y la entrega de una maleta con mucho dinero a personas de muy reciente conocimiento.

A lo anterior añade la sentencia que el testimonio del acusado no es creíble, porque no explica el origen de aportar tanto dinero, porque no resulta lógico no indagar sobre el tipo de negocio donde iba a invertirlo, no se aporta garantía ni documento de respaldo a la aportación de tanto dinero en efectivo, no es creíble que en tan sólo tres días se obtuviera como fruto de una inversión, el triple de lo aportado, salvo que como dice el tribunal de instancia, supiese que lo hacía sobre algo ilícito tan canjeable por dinero como la droga, objeto que se desplaza en furgoneta y guarda en maletas como las que tuvo que adquirir; argumentos todos ellos que compartimos.

También se valora el testimonio de Genaro -condenado en Colombia por operaciones de aprehensión de cocaína en ese país-, como elemento corroborador de la prueba practicada, que cita al acusado como uno de los albaneses que va a recibir la droga en España, como acabó ocurriendo, poniendo de relieve que Jose Luis es el contacto de la organización colombiana que se desplaza a España para culminar la operación y que su nombre es " Carlos María ", y la testifical de Luis Miguel -funcionario policial colombiano-, que niega que Jose Luis fuera agente de la DEA o de cualquier otro cuerpo policial ni tampoco colaborador.

Por otro lado, se valoran los testimonios de los agentes encubiertos policiales que declararon en el juicio, que responsabilizan al recurrente de ser el jefe de la organización en España, que iba a cambiar la droga por el dinero que él aportaba, financiando la operación, dirigiendo las reuniones. Y, en especial, la testifical de cinco de los policías nacionales intervinientes y del agente encubierto, Limpiabotas, que describió con detalle la ocupación del dinero al recurrente el día 8 de marzo de 2018, en el Hotel mencionado en el relato fáctico, y su participación en la reunión previa en el "Amazónico".

En consecuencia, la prueba practicada y valorada por la Sala es suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, ajustándose a los parámetros de la lógica en la forma de deducir y razonar por parte del Tribunal de instancia.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 1. En el motivo quinto se alega, en virtud del art. 849.1º, infracción de Ley, ante la falta de garantías y la ruptura de la cadena de custodia de la droga desde su origen en Colombia, hasta el momento de su incautación en España, y concretamente las irregularidades existentes en las actas que se supone debían sustentar dicha cadena de custodia, todo lo cual debería, según entiende el recurrente, conllevar la nulidad de la misma, y su repercusión en la fiabilidad y autenticidad en este caso de la prueba principal que es la sustancia estupefaciente, conllevando en consecuencia la absolucióndel mismo.

Se afirma que no existe cadena de custodia de los 790 paquetes entregados a la policía española por la DEA en Colombia, desde el 28 de febrero que esta supuestamente los recibe de la policía colombiana, hasta que la entrega a la policía española el 6 de marzo, tramo en que queda rota la misma por inexistencia en la causa de documentación al respecto.



2. El problema que plantea la cadena de custodia ha sido resuelto con reiteración por esta Sala, SSTS 776/2011, de 6 de julio; 347/2012, de 25 de abril; 773/2013, de 22 de octubre; 1/2014, de 21 de enero; 714/2016, de 26 de septiembre; 682/2017, de 18 de octubre; 120/2018, de 16 de marzo; 283/2018, de 13 de junio, en el sentido de que la irregularidad de la cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar, que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso denominamos genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

En similar sentido las SSTS. 453/2021, de 27 de mayo, y 545/2012 de 22 de junio, resuelven que bien es cierto que la vulneración de la cadena de custodia puede tener un significado casacional, pero no como mera constatación de la supuesta infracción de normas administrativas, sino por su hipotética incidencia en el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

En igual sentido la reciente STS 277/2016, de 6-4, resuelve que la cadena de custodia no es una especie de liturgia formalizada en la que cualquier fallo abocaría a la pérdida de toda eficacia. Lo explica bien la STS 795/2104, de 20 de noviembre: "La cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental, lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis, pero no a su validez. (SSTS 129/2011 de 10 de marzo; 1190/2009 de 3 de diciembre ó 607/2012 de 9 de Julio; STS núm. 1/2014, de 21 de enero).

Constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias. De ese modo la cadena de custodia sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba pericial. No es prueba en sí misma. La infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal. Por ello la cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de dicha prueba pericial. A este respecto resulta evidente la relación entre la cadena de custodia y la prueba pericial, por cuanto la validez de los resultados de la pericia depende de la garantía sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de análisis. (STS núm. 587/2014, de 18 de julio).

3. Sobre la cuestión planteada la sentencia *a quo* rebate la alegación formulada en la apelación -sobre error en el pesaje de la droga- tomando como base la declaración en el plenario de los peritos de Farmacia Jefe y Técnico del Servicio de Inspección Farmacológica y control de drogas que ratificaron el informe número NUM007 , obrante al folio 539, así como el funcionario policial con carnet profesional número NUM008 , quien señaló que Sanidad les pidió primero 29 paquetes, que se devolvieron por Sanidad en dos cajas, una de 15 y otra de 14 paquetes, y después los otros seis paquetes que se llevaron en otra caja, de tal forma que cuando Sanidad les devolvió la sustancia había tres cajas, una de 15, otra de 14 y otra de 6 paquetes.

Lo anterior resultó corroborado por la actuación policial previa de los funcionarios CNP que recibieron en Barajas la sustancia estupefaciente controlada, en concreto declaró el PN con carnet profesional NUM005 , que señaló que llamaron a Sanidad para que les dijera los paquetes que debían llevar, diciéndoles que debían ser 29, siendo el testigo el que los llevó personalmente, existiendo la correspondiente acta obrante en el folio 1.877 de las actuaciones, paquetes que luego le fueron devueltos -folio 1.878- y que como indica la Sala, se complementaron con la segunda reclamación de Sanidad respecto de los otros seis paquetes " cuyo posterior análisis también se llevó a efecto, tras lo que se procedió a su destrucción en la empresa de residuos RECASA como obra en actas al folio 1.415 y siguientes, incinerando los 790 kilos de cocaína en sus 790 paquetes llevados en 41 cajas de cartón -actas de folios 1.879 y 188 de las actuaciones".

De todo ello sólo cabe concluir que en ningún momento se ha roto la cadena de custodia y que la droga analizada es la intervenida por los funcionarios de la Unidad de Análisis, además no existe dato alguno en las diligencias que permita cuestionar la cadena de custodia que pone en entredicho la defensa, sobre los paquetes entregados a la DEA en Colombia y que fueron los entregados a la policía española. En definitiva, esta Sala debe ratificar el pronunciamiento del Tribunal de instancia por cuanto no existe ningún indicio de que se haya quebrantado la cadena de custodia, no bastando la mera duda que plantea el recurrente, ya que existe una



correlación entre las sustancias entregadas por la Policía Nacional y las que fueron analizadas por el Instituto Nacional de Toxicología, lo que se desprende de la pericial y del testimonio de los agentes intervinientes, en especial del que recibió en Barajas la entrega controlada.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 1. En el sexto motivo, sin hacer referencia alguna al cauce casacional elegido de la ley procesal, se alega que en el presente caso existe un delito provocado, pues de ninguna manera el presunto delito se hubiera cometido de no mediar la provocación del tal Jose Luis, personaje cuya posición en los hechos dista mucho de ser la de un investigado, agente, colaborador o fuente de información de la DEA que actuaba extraoficialmente en España pero con conocimiento del Grupo 42 investigador de esta causa, y la posterior actuación de los agentes encubiertos dirigidos por este propio Jose Luis.

2. Como tiene ocasión de establecer la sentencia de esta Sala número 313/2017, de 3 de mayo, "el delito provocado...constituye principalmente la vulneración del derecho al juicio justo o equitativo, pues no lo es acusar y juzgar por hechos que han sido obtenidos mediante engaño aflorando una voluntad delictiva que no es fruto de una decisión libre y voluntaria. También debemos señalar que para la decisión que se nos pide no es posible prescindir de los hechos tenidos por probados por el Tribunal de instancia, aunque en rigor no se trate de un motivo por infracción de Ley, teniendo en cuenta que la provocación se apoya en un sustrato fáctico, es decir, una realidad procesal de la que debemos partir, lo que sucede con la vulneración de muchos otros derechos fundamentales."

En el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en el caso Ramanauskas contra Lituania, de 5 de febrero de 2008, decía "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".

3. En el presente supuesto falta la nota distintiva de que la actuación policial sea motor incitador de la conducta delictiva investigada.

En efecto, como indica la sentencia de instancia, en relación a Jose Luis nada lleva a pensar que sea un "agente encubierto o alguien con una función similar puesto por la DEA para actuar en España y provocar el delito", sino que, además de haber estado presente en el hotel donde se detuvo a Pedro Miguel y a Aureliano, según el testimonio de Genaro, que le conocía de antes, era un tal "Carlos María", que su organización envió a España a controlar la transacción de su droga por el dinero de los recurrentes y, según el policía colombiano, Luis Miguel, no era ni agente de la DEA, ni fuente de su información policial.

Con respecto a la utilización de los agentes encubiertos intervinientes, ello solo implica la integración y actuación de un miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado dentro de organizaciones criminales, para su mejor persecución e investigación. Nace esta idea como recurso frente a la alta especialización y sofisticación en el desarrollo, normalmente, de determinadas conductas criminales, que dificultan enormemente su persecución.

Además, la Sala afirma con rotundidad que no existe provocación delictiva, ni por parte de los agentes de la DEA, ni de los policías españoles, ya que el origen de la causa proviene de una actuación de la Fiscalía colombiana que interviene una notable cantidad de droga en tres operaciones, mediante una entrega vigilada con control allí del Fiscal -órgano encargado de la instrucción-, por tanto se afirma que "la DEA no "colocó" "su" droga a los acusados, sino, como declaró en juicio el policía que dirigió la actividad colombiana con la Fiscalía de aquel país, que la intervino mediante una entrega vigilada con control del Fiscal; que como su destino apuntaba a España (declaración detallada de Genaro), cooperaron con su homónimo español -Fiscalía Antidroga de la Audiencia Nacional- para ayudar a descubrir los implicados a este lado del Atlántico; que hubo un contacto (Jose Luis) entre los implicados en Colombia y los destinatarios en España; que la DEA informó a las Autoridades colombianas de la operación que se fragua en Colombia y que tiene España como destino; que tampoco hubo provocación delictiva en nuestro país por parte de la policía española, pues la voluntad criminal ya existía previamente a hacerse cargo de su investigación, en la que mediante 4 agentes encubiertos, vigilancias y seguimientos de la Policía se afloraron las identidades y roles de los implicados; alguno de los cuales -ajeno a la policía- continuó la actividad en nuestro país adelantando a un agente encubierto 130.105 euros para sufragar los costes del transporte de la droga cuya entrega vigilada se remitió a España por vía aérea, exteriorizando la disposición de la trama a hacerse con ella, esto es, la inexistencia de inducción o actuación externa alguna; distinguiendo la entrega controlada del delito provocado, que no son la misma cosa."



De todo lo anterior se desprende que la decisión del sujeto activo, el aquí recurrente, aparece de forma libre y anterior a la intervención puntual de los agentes encubiertos, y estos actuaron siempre por iniciativa de los autores de la infracción criminal, además no hay indicio alguno que apunte a la provocación delictiva alegada.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 1. También, sin referencia alguna al cauce casacional que se pretende utilizar, en el séptimo motivo se denuncia que nos encontramos ante un delito en grado de tentativa, lo que, en definitiva, solo es incardinable en un motivo por infracción de ley.

Se alega que resulta evidente que la droga en este caso estuvo en todo momento bajo el control de la policía y que no era posible que los acusados hubieran podido tener disposición alguna sobre la misma. El transporte de dicha supuesta sustancia, fue realizado por la Policía Española bajo la supervisión de la DEA, y al margen de las irregularidades existentes y planteadas en cuanto a la cadena de custodia, lo cierto es que aparentemente en todo momento estuvo en poder de la policía, y fue entregada por la misma y custodiada por esta, por lo que era totalmente imposible que se produjera disposición sobre la droga por ninguno de los acusados.

2. Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas, pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia, siguiendo la STS 313/2017, de 3 de mayo, en los siguientes apartados:

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

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

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

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

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

3. A los citados efectos tiene en cuenta la Sala la pieza separada de comisión rogatoria -testimonio de Genaro y de Luis Miguel -, de la que queda exteriorizada la decisión criminal que supone el *pactum scaeleris* generado por quienes al principio eran un tal Pedro Miguel y unos albaneses en España y que, al final, con la culminación de las actuaciones policiales y del Fiscal Antidroga que las dirigió aquí -que optaron por aplicar la técnica especial de investigación regulada en el Art. 263 bis LECrim- resultaron ser los recurrentes condenados, ello evidencia que, ya desde antes de llegar la droga a través de la entrega controlada, los acusados, y en especial el recurrente, promovieron, facilitaron y favorecieron el tránsito transnacional de tanta cocaína, ejecutando actos de tráfico, poniendo en riesgo potencialmente la salud de sus posibles destinatarios finales, en acciones de posesión mediata por destino de la droga.

Aplicando la anterior jurisprudencia al presente caso, compartimos con el tribunal de instancia que estamos ante un delito consumado, la aprehensión en el Centro Comercial de San Fernando de Henares a Alejandro,



de los 790 kilos de cocaína, a la vez que Pedro Miguel y Aureliano los pagaban en el Hotel Meliá Castilla de Madrid a uno de los integrantes de la organización en Colombia, sirve no solo de prueba de la autoría, sino que también implica el paso final del plan llevado a cabo por los acusados. El tráfico de los 790 kilos de cocaína ya se había producido desde que se hizo el encargo de su envío y se sufragaron por adelantado los gastos de mismo a nuestro país, y por tanto el delito.

Sostiene de forma reiterada la doctrina de esta Sala, que la cuestión consumativa, queda circunscrita al significado que se atribuye al término "posesión" en la que se acoge la tesis, de que tanto remitente, como destinatario, son jurídicamente poseedores en cuanto tienen poder de disposición sobre la droga, ya que la puesta a disposición de la mercancía - según términos mercantilistas- equivale a la entrega.

Bastaría con esa posesión mediata, aunque no se alcance la posesión material de la droga por la intervención policial en una entrega controlada, siempre que exista un acuerdo con el remitente (Sentencias nº 317 de 25-2-2002; nº 1673 de 2-12- 2003; 674 de 21-6-2006; nº 266 de 3-4-2007; nº 426 de 16-5-2007; nº 441 de 23-5-2007; nº 696 de 9-7-2007; nº 693 de 13-7-2007 y nº 861 de 24-10-2007).

Como hemos dicho recientemente en la sentencia 199/2022, de 3 de marzo, tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, puesto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detención física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

En el caso, la entrega no sirvió para la consumación del delito que ya lo estaba desde su encargo, sino sólo para identificar a los que formaba parte del grupo aquí en España, quienes ya habían manifestado su acuerdo con la remisión de la cocaína.

El motivo decae.

SÉPTIMO.- En el octavo motivo se denuncia, por un lado, infracción de Ley, por indebida aplicación del artículo 66 del Código Penal, y por otro, violación por no aplicación del artículo 24 de la Constitución, en lo relativo con el derecho fundamental constitucional a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 120. 3º del mismo texto legal, ya que se ha incumplido la obligación de motivar la sentencia; imponiendo al recurrente una pena de 13 años, sin motivación alguna, interesando la imposición de la mínima legalmente prevista.

Como indica la sentencia de instancia, el apelante planteó en este punto que no se ha respetado la aplicación del mínimo punitivo, al no haberse explicado por qué se aleja de él, elevando la sanción en un año sobre el mismo, no constituyéndolo las circunstancias como la gran cantidad de droga, que ya ha servido para la aplicación de la agravante de notoria cantidad, ni el hecho de pertenecer a una organización criminal, en grado de jefe, cuando nos hallamos ante un supuesto aislado de mera codelinencia.

En el caso, la imposición de la pena es correcta, puesto que como se indica, la pena se impone conforme al art. 369 bis del Código Penal, que establece que cuando los hechos descritos en el art. 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva se impondrán, entre otras, las penas de prisión de 9 a 12 años, debiéndose imponer a los jefes, encargados o administradores de la organización la pena superior en grado, es decir, prisión de 12 años y 1 día a 18 años. El acusado, según se desprende del relato fáctico, es el jefe de la facción española, por lo que la pena mínima es la de 12 años y 1 día, siendo la impuesta de 13 años de prisión una pena proporcionada, dentro del grado inferior de la misma, y excediendo del mínimo legal, por tener en cuenta la Sala la gran cantidad de droga aprehendida, extremo que no se tiene en cuenta para determinar la pena a imponer en el art. 369 bis.

El motivo decae.

Recurso de Alejandro

OCTAVO.- 1. En el primer motivo se denuncia infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, y del 852 LECrim, por vulneración de los artículos 24 CE y 6.3 b) y d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, derecho de defensa, así como a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y principio de contradicción.

En este motivo se pone de relieve que, en primer lugar, se solicitó la pieza del agente encubierto que fue denegada inicialmente, permitiendo el acceso al despacho de la LAJ a fin de instrucción, en horario de audiencia y en el breve plazo de una mañana, sin hacer fotografías o fotocopias, planteándose nueva petición,



y como cuestión previa se interesó la nulidad por la falta de acceso a la citada pieza, finalmente durante el curso del acto del juicio oral se entregó fotocopia de ello, pero el acceso fue insuficiente por haber precluido el trámite de prueba contradictoria, y poder interrogar al instructor de la causa.

Añade que sobre las actuaciones del Juzgado de Instrucción nº 49, se planteó en conclusiones provisionales la necesidad de incluir el antecedente del citado juzgado, y la sentencia de apelación incurre en error de bulto, pues afirma que la defensa tuvo acceso a ellas ante la LAJ del Juzgado, cuando el único acceso fue a la pieza del agente encubierto. En definitiva, dos denegaciones de acceso a la causa que entiende el recurrente que le han causado indefensión.

Por último, apunta que le fue denegada la incorporación del total de lo instruido en Colombia, de la policía colombiana y de la DEA, incorporándose parcialmente a través de una Comisión Rogatoria, y en la misma habría información relevante que permiten sostener la irregularidad de la ocultación.

2. Lo planteado por el recurrente, tiene un doble contenido, y contiene una doble exigencia: primero, que valoremos si el rechazo de un medio de prueba propuesto por la defensa en un momento procesal, *prima facie*, no improcedente, lesiona el derecho fundamental de las partes a la práctica de prueba y, segundo, si, con ello, se ha afectado al nivel exigible de equidad del proceso, reduciendo de manera constitucionalmente incompatible las expectativas de defensa, procediendo, por tanto, la nulidad del juicio.

La respuesta a ambas cuestiones debe ser negativa. Con respecto al conocimiento de la pieza separada de agentes encubiertos, se afirma por el tribunal que se conoció con completa libertad en el plenario todo lo respectivo a la pieza, y se interrogó a los agentes encubiertos; además, se permitió acceder a ella y tomar notas en presencia de la LAJ para garantizar el derecho de defensa con el de mantener la seguridad e identidad de los concernidos, facultad ejercida efectivamente por las Defensas.

En cuanto a las DP 390/2018 del JI 49 de Madrid, respecto del acusado absuelto, se afirma por el tribunal que no hubo tal elección arbitraria del cuerpo policial investigador y devino una cuestión sin recorrido práctico, dado que "con no aparecer acreditado, versaba sobre actuaciones diferentes que siguieron su particular curso diferenciado, descartando investigaciones dobles o paralelas". Extremos que no quedan desvirtuados por las manifestaciones del recurrente, sin que el tribunal afirme que las partes tuvieron acceso a las diligencias ante la LAJ, por lo que no hay error de bulto alguno, pues se refiere la Sala, exclusivamente, a la pieza de los agentes encubiertos.

Como consecuencia de lo anterior, no resulta lesionado el derecho de defensa, ya que no ha quedado afectado el nivel de equidad del proceso, por el hecho de que el verdadero acceso a la pieza del agente encubierto fuera en el acto del juicio oral, o que fuera denegada la incorporación DP 390/2018 del JI 49 de Madrid, al tratarse de otros hechos, sin influencia por tanto en el asunto enjuiciado.

En cuanto a denegación de la incorporación del total de lo instruido en Colombia, de la policía colombiana y de la DEA, solo se indica por el recurrente que la incorporación es parcial, a través de una Comisión Rogatoria, y que en la misma habría información relevante que permiten sostener la irregularidad de la ocultación, afirmación que carece apoyo, lo que implica una mera invocación genérica sobre que el modo de proceder del tribunal que le habría producido indefensión, pero no refiere cuestión alguna en concreto que haga dudar de la regularidad del procedimiento, más allá de la duda genérica que pretende hacer ver el recurrente.

El motivo se desestima.

NOVENO.- En los motivos segundo y tercero se alega infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, y del 852 LECrim, por vulneración de los artículos 9.3, 10 y 24 CE, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principio de legalidad y derecho a un juicio con todas las garantías, y presunción de inocencia, por prueba ilícita, por encontrarnos ante un delito provocado.

La cuestión planteada ya ha sido resuelta en el Fundamento de Derecho Quinto, que damos por reproducido para evitar reiteraciones innecesarias.

DÉCIMO.- En el cuarto motivo se denuncia por infracción de Ley, al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de los artículos 368, 369 bis y 370.3 CP en relación con los arts. 16 y 62 CP, por entender que, en el caso, la interpretación de tales normas debe conducir a apreciar una tentativa inidónea de delito contra la salud pública.

Cuestión resuelta en el Fundamento de Derecho Sexto al que nos remitimos.

DÉCIMO PRIMERO.- 1. En los motivos quinto y sexto se denuncia infracción de Ley, al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 369 bis y 370.3 del CP, además,



que la sentencia de apelación vulneraría el art. 24 de la CE en su vertiente de tutela judicial efectiva y el principio acusatorio al introducir hechos nuevos no propuestos por parte alguna.

Se alega que en el relato fáctico no se describe la pertenencia del recurrente a una organización criminal en los términos exigidos por el tipo penal, ni puede extraerse la gravedad extrema de los hechos, por tratarse de red internacional, haciendo surgir la sentencia de apelación, al contestar a la cuestión planteada, una nueva organización *ex novo*, que infringe el principio acusatorio.

2. Para enmarcar la cuestión sobre la que se suscita el debate citaremos por su claridad las SSTS 132/2019, de 12 de marzo, y 93/2016, de 17 de febrero, (que a su vez cita la STS 223/2012, de 20 de marzo), en la que se sintetiza la doctrina de esta Sala sobre el subtipo agravado del artículo 369 bis del vigente Código Penal.

El subtipo de pertenencia a una organización, previsto en el art. 369.1.2ª CP (antes de la reforma de 2010), es aplicado por la jurisprudencia en aquellos supuestos en que "los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidades de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificultan de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, pues ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo; lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal". En las SSTS 899/2004, de 8 de julio, 1167/2004, de 22 de octubre, 323/2006, de 22 de marzo, 16/2009, de 27 de enero, y 883/2010, de 4 de octubre, se sintetizan los elementos que integran la nota de organización en los siguientes términos: a) existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; e) existencia de una coordinación; f) debe tener, finalmente, la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido.

La reforma introducida por la LO. 5/2010, si bien ha suprimido la circunstancia 2ª del art 369.1, no ha eliminado la agravación específica, en cuanto ha incorporado un nuevo art 369 bis, castigando con penas de nueve a doce años y multa a "quienes realizaren los hechos descritos en el art. 368, respecto de sustancias o productos que causen grave daño a la salud y pertenecieren a una organización delictiva..", aunque ya no se habla del carácter transitorio o del modo ocasional de la actividad de distribución.

La reforma obliga a tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) La agravación se produce exclusivamente cuando quienes ejecutan las conductas descritas en el art 368 pertenecen a una organización criminal.
- b) Ha de operarse con la definición legal de organización que ahora se plasma en el nuevo art. 570 bis: "A los efectos de este Código, se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como...".
- c) La organización ha de estar integrada, en consecuencia, por un mínimo de tres personas, no siendo suficiente con dos (art. 570 bis del C. Penal).
- d) Se ha suprimido de la agravación para la ejecución del delito el consorcio meramente transitorio u ocasional, ajustándose así el subtipo a la exigencia de estabilidad que impone el nuevo art. 570 bis del C. Penal al definir la organización.
- e) La agravación no comprende a quienes simplemente formen parte de un grupo criminal, tal como aparece definido en el art 570 ter.
- f) Se amplían las conductas que se especificaban en el antiguo 369.1.2º, pues allí se exigía la pertenencia del culpable a una organización que tuviera como finalidad difundir tales sustancias y productos, mientras que la actual redacción de la agravación del art. 369 bis cubre la totalidad de las conductas previstas en el art 368 (actos de cultivo, elaboración o tráfico, así como promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal), que van más allá de la simple distribución material. Se recogen, pues, sustancialmente en la definición legal los caracteres que asumía la jurisprudencia supra citada, en cuanto que se requiere una pluralidad de personas (tres o más), estabilidad en el tiempo, y una actuación concertada y coordinada con distribución de tareas y reparto de roles o funciones entre sus distintos componentes.
- g) Ha de sopesarse también que el nuevo art. 570 bis 1 del C. Penal equipara punitivamente a quienes participan activamente en la organización con los que forman parte de ella o cooperaran económicamente o de cualquier



otro modo. h) El nuevo subtipo agravado de organización previsto en el art. 369 bis del C. Penal suscita complejos problemas concursales con la nueva regulación de las organizaciones criminales en el art. 570 bis, dada la posibilidad de que se dé un concurso de normas entre el nuevo subtipo agravado de organización (art. 369 bis), de una parte, y de otra el concurso real del delito contra la salud pública (arts. 368 y 369 del C. Penal) con el nuevo tipo de organización criminal, con sus relevantes agravaciones específicas de penas (art. 570 bis, apartados 1 y 2). Tal concurso de normas habrá de dirimirse, con arreglo al art. 570 quáter. 2, aplicando el supuesto que tenga asignada una mayor pena (art. 8.4 del C. Penal).

2.1. La sentencia recurrida afirma que, en el supuesto, lo que se ha considerado facción española, no sólo está conformada por al menos tres personas - Alejandro , Aureliano y Pedro Miguel -, sino que lo está, según describieron las vigilancias policiales y los controles llevados a cabo por los agentes encubiertos, durante un prolongado espacio temporal que permite traer nada menos que 790 kilos de cocaína por vía aérea transnacional desde Colombia a España, con coordinadas reuniones y actuaciones persistentes en la ejecución del tráfico pretendido de la misma.

Por otro lado, se afirma que ha quedado exteriorizado, en el lado subjetivo de la citada organización criminal, que agrava la condena de otros tránsitos que no la observan -y que exigen excepcionales medios y técnicas de investigación policial para desestructurarlas, la intervención de numerosos efectivos policiales, cierta persistencia temporal en su control y seguimiento, cooperación transnacional, etc.....-, en definitiva, el uso de técnicas procesales extraordinarias prevenidas en los instrumentos internacionales que las recomiendan para combatir el crimen organizado y, en el objetivo, se cita una infraestructura inhabitual en ciudadanos medios capaz de conseguir 1.200.000 euros en efectivo de una vez, y ponerla al servicio de la actividad criminal enjuiciada.

2.2. El cauce casacional de la infracción de ley se ha de partir inexcusablemente del relato fáctico, dado que el mismo debe limitarse al planteamiento de discrepancias jurídicas, y es lo cierto que el juicio histórico de la sentencia describe la existencia de una organización criminal. Se identifica a sus integrantes, especificando la función que cada uno de ellos desempeñaba dentro del grupo y se describen cronológicamente las distintas acciones realizadas, identificando la captación de sus integrantes, así como las relaciones entre ellos para vincular unas operaciones con otras dentro de un plan general. El relato fáctico define una organización y describe su operativa con la suficiente precisión.

Ya hemos indicado que a partir del relato fáctico y en una extensa fundamentación jurídica se han descrito con todo detalle las reuniones habidas entre los miembros de la organización para preparar la operación, las comprobaciones realizadas y las pruebas acumuladas frente a cada miembro, por lo que la subsunción de estos hechos en el subtipo agravado de organización criminal del artículo 369 bis del Código Penal es correcta, lo que conduce a la desestimación del motivo.

3. Con respecto a la agravación de "red internacional", la sentencia de instancia indica que aparecen e intervienen sendas organizaciones - las que denomina facción colombiana y facción española, aunque la segunda está conformada mayoritariamente por albaneses- que cooperan entre sí y que enlazan relaciones comerciales delictivas transnacionales planeando una operación de tráfico de grandes cantidades de cocaína, en la que interviene más de una organización diferente asentada en diversos países, como son en este caso Colombia y España, que se asocian entre sí, para llevar a cabo la operación y que mantenían lazos y controles entre ellas, la hispano albanesa tenía su enlace en Colombia, que era Cirilo y la colombiana otro en España, que era Jose Luis .

Compartimos con el tribunal *a quo* la interpretación, basada en la Circular 3/2011, de 11 de octubre, de la FGE, sobre que es diferente y compatible la agravación de red internacional dedicada al tráfico de drogas con la mera organización criminal del Art. 369 bis CP, ya que la arriba analizada se refiere a organizaciones que actúan en más de un Estado, para que estemos ante una red internacional más allá de una organización criminal debe estar " *enraizada en ámbitos geográficos supranacionales y ser apta para planificar y desarrollar las distintas fases del proyecto criminal en el territorio de más de un Estado*".

Ello supone que se puede producir concurso de normas entre el Art. 370 (red internacional) y los Arts. 570 bis (organización criminal) y 570 ter (grupo criminal), y aquí, el Art. 369 bis CP, arriba apreciado. Siendo de aplicación para la imposición de la pena en concreto el Art. 8.4 CP en favor del subtipo más penado, careciendo en este caso de efecto práctico alguno.

Es cierto que la sentencia *a quo* hace referencia a dos organizaciones, o facciones, que no son totalmente identificables en el relato fáctico, pero también lo es que, al margen de ello, del hecho probado se desprende la existencia de una amplia organización que se encuentra arraigada tanto en Colombia como en España que planifica sus actividades, llevando a cabo las distintas fases de su proyecto criminal en los dos Estados, describiendo las actuaciones de los miembros de la organización que intervenían en Colombia - Genaro y



Gervasio - y los que intervenían allí y también directamente en España - Jose Luis -, junto con los acusados que actuaron en nuestro País, ello por sí mismo ya integra la "red internacional", a la que hace referencia la agravación del art. 370.3 del Código Penal, por lo que no existe infracción alguna del principio acusatorio como se denuncia.

Agravación de extrema gravedad prevista en el art. 370.3.º que aquí se cuestiona, que como hemos dicho en la reciente sentencia 115/2022, de 10 de febrero, no se hace depender de que el autor tenga una capacidad de dirección sobre todos los intervinientes en la actuación delictiva. La agravación es susceptible de apreciación respecto de todos los partícipes, lo que no impide que nuestra jurisprudencia, haya fijado como condición imprescindible para que concurra la especial reprochabilidad del artículo 370.3 del Código Penal, que confluyan siempre unas circunstancias subjetivas consistentes en que tengan conocimiento de la operación en su integridad y acepten favorecerla, extremos que en este caso sí se desprenden del relato fáctico.

Los motivos no pueden prosperar.

DÉCIMO SEGUNDO.- En el motivo séptimo se alega quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la denegación de varias diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma, se consideran pertinentes.

Por el recurrente se discute toda la prueba propuesta que le fue denegada por la Sala de apelación en el auto de Sala de 28 de octubre de 2021: Testifical: agente de la DEA Borja, Genaro y Gervasio; Pericial caligráfica sobre la totalidad de las actas de recepción y traslado que constan en la causa, en los folios 159, 160, 161, 162, 163, 164, 1417, 1871, 1872, 1874, 1876, 1879 y 1880; y numerosas pruebas que bajo el epígrafe "Documental", interesa la remisión de oficios a operadoras telefónicas, oficios a CITCO y Comisiones Rogatorias.

En el escrito de defensa la representación procesal de Alejandro, propuso las pruebas que ahora refiere, siendo denegadas en el Auto de 29/10/2020, reiteradas en el recurso de apelación a practicar ante la Sala, que no admitió su práctica por auto de fecha 28/10/2021.

Las razones esgrimidas por el tribunal *a quo* son, por un lado, en cuanto a la pericial caligráfica y las llamadas documentales, por ser diligencias practicables en fase de instrucción, entre las que se solicita la emisión de dos comisiones rogatorias, dada su naturaleza indagatoria, sólo son practicables en esa fase, en consonancia, como acertadamente razona la Sala, con lo indicado en los Arts. 728 y 729 LECrim, y con el hecho de que para su omisión está previsto el Art. 627.3 LECrim, al momento de verificar si está o no bien concluido el Sumario. También como indica el tribunal hay que tener en cuenta el art. 324 LECrim que somete al proceso a un plazo para la práctica de diligencias instructoras.

Además, en relación a las testificales de agentes policiales extranjeros, igualmente, entiende el tribunal que la desestimación es procedente, por considerarlas innecesarias, al existir otras testificales policiales españolas directas en la causa, con una mayor relación y peso de su actuación efectiva en la investigación, haciendo referencia que el propio recurrente reconoce que las citadas declaraciones versarían sobre el modo de comportarse los referidos agentes de la DEA en coordinación con los de la UDYCO, sin que se determine que incidencia podría tener en los hechos.

Compartimos los argumentos de la Sala sobre la denegación de la prueba propuesta, sin que por el recurrente se indique en qué medida podría variar el fallo de la sentencia si las citadas pruebas se hubieran practicado, haciendo referencia a meras noticias de prensa sobre determinadas personas -al margen de que la mayoría de las mismas son diligencias de instrucción-, a los efectos de poder valorar su necesidad. Esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, hemos establecido en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, entre otras, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo.

Además, nos remitimos en su integridad a lo razonado en el FD 1º de la presente resolución, donde se analizan los motivos primero y tercero del recurrente Pedro Miguel sobre los citados extremos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 1. El octavo motivo se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no haber resuelto la Sentencia de apelación sobre todos los motivos planteados en el recurso de apelación, es por ello que alega indefensión por vulneración del artículo 24.1 CE, derecho a un juicio justo y con todas las garantías, negándose la tutela judicial efectiva al acusado en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Denuncia el recurrente que dos son los motivos de recurso no resueltos: 1. En el recurso de apelación en el primer motivo, apartado 1.2 se planteó el motivo por denegación de prueba, entre otras, la testifical de Genaro



y Gervasio, la pericial caligráfica y documental, la cual está especificada en el motivo anterior. 2. Por otro lado, se planteó motivo por infracción de precepto constitucional por vulneración del artículo 24 CE por presunción de inocencia. Solicitada aclaración de sentencia, la misma fue denegada por providencia de fecha 19 de enero de 2022.

2. El vicio procesal denunciado exige que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso, como hemos dicho al analizar anteriores motivos, esta Sala viene afirmando de forma constante que la incongruencia omisiva es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio.

3. En el supuesto existe una obvia denegación de las pruebas interesadas que se citan en este motivo. En el auto de fecha 28/10/2021, tras relacionar íntegramente el escrito de la parte recurriendo en apelación e interesando la práctica de determinadas pruebas en la segunda instancia, ante la denegación en la primera, en la parte dispositiva se acuerda inadmitir las mismas.

El recurrente afirma que en la sentencia solo se da respuesta a la denegación de la prueba relativa a los agentes de la DEA, pero no al resto de pruebas interesadas, lo cual no es cierto, puesto que, previamente, en el citado auto de 28/10/2021 no solo se deniega la práctica de las testificales, periciales y documentales en la segunda instancia, sino que se confirma el criterio del tribunal sentenciador inadmitiendo las mismas, por lo que no resulta necesario que nuevamente se de expresa respuesta en la sentencia recurrida, puesto que implícitamente son denegadas y justificada su no admisión por las razones expuestas en la citada resolución.

Por otro lado, en cuanto a la otra omisión que se relata en el motivo analizado, relativa a la presunción de inocencia, lo cierto es que por vía de aclaración de sentencia lo que se interesó fue lo que en realidad se planteó en el motivo de apelación, y en tales términos se afirma que "como motivo tercero del recurso de apelación se planteó por infracción del derecho fundamental del artículo 24 CE, por presunción de inocencia *por estar ante un delito provocado*, pretensión oportunamente planteada". En tales términos la cuestión expuesta ha obtenido respuesta en la sentencia de instancia en el FD 1º, 1B) con expresa referencia al recurso formulado por la representación de Alejandro, analizada conjuntamente con las suscitadas por los otros dos recurrentes al respecto (F.15-17), para evitar reiteraciones en su tratamiento.

En consecuencia, tal y como afirma el tribunal, los dos extremos a que se refiere el escrito solicitando la aclaración de sentencia, se encuentran respondidos y razonados en la sentencia recurrida y en el auto que denegó prueba en la segunda instancia.

El motivo se desestima.

Recurso de Aureliano

DÉCIMO CUARTO.- El primer motivo se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1º LECr al no haberse admitido los testigos -agentes de la DEA- propuestos por la representación en el auto de 29 de octubre de 2020, protestando frente al mismo, reiterando la petición en fase de cuestiones previas.

La denuncia debe ser desestimada en los mismos términos que los analizados con respecto al acusado Pedro Miguel, en el FD 1º, que damos por reproducido.

DÉCIMO QUINTO.- 1. En el segundo motivo se denuncia, al amparo de los artículos 852 LECr y 5.4 LOPJ, vulneración del principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE ante la incorporación irregular como prueba de cargo de la declaración de Genaro.

Se afirma que Genaro es uno de los actores principales del procedimiento, la declaración que prestó ante las autoridades colombianas que fue remitida mediante comisión rogatoria, ha servido a la acusación para construir gran parte del relato que finalmente fue acogido y mantenido por el tribunal de instancia y también por el posterior del recurso de apelación. Declaración que nunca fue sometida a contradicción en nuestro país, dando el tribunal credibilidad a sus manifestaciones pese a que ni el juzgado instructor, ni la Fiscalía le citaran a declarar como testigo, desconociendo el recurrente como se prestó la declaración si estaba presente o no su abogado u otras partes interesadas, no repitiéndose en presencia del resto de defensas.

2. Desde la temprana sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981 de 28 de julio, se consolidó el criterio jurisprudencial de que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, de forma oral, se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos



enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes (por todas, SSTC 195/2002 , de 28 de octubre, FJ 2, y 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2).

Pero también se ha venido diciendo que esa regla o criterio de principio no es absoluto de modo que tampoco puede negarse con carácter general que carezcan de eficacia las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC 187/2003 , de 27 de octubre, FJ 3, y 345/2006 , de 11 de diciembre, FJ 3 y 134/2010, de 2 de diciembre, entre otras muchas).

Esta posición de principio ha sido tomada en consideración para determinar la validez de determinadas pruebas testificales practicadas durante la instrucción. En la citada STC 134/2010, de 2 de diciembre, se afirmó que la validez de las pruebas de cargo preconstituidas durante la fase de instrucción quedaba condicionada a los siguientes requisitos: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador [SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 5; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)].

Para que operen esas excepciones se precisa una justificación razonable que impida la declaración en el juicio oral y también un esfuerzo razonable del tribunal para conseguir que el testigo declare en el juicio. El Tribunal Constitucional ha considerado como causas justificativas el fallecimiento del testigo (SSTC 10/1992, 10 de enero; 41/1991, 25 de febrero; 209/2001, 22 de octubre; 1/2006, 16 de enero), una grave lesión cerebral debidamente acreditada (134/2010, de 2 de diciembre) o encontrarse el testigo en ignorado paradero habiéndose realizado las gestiones oportunas para intentar su localización (STC 134/2010, 2 de diciembre).

Como hemos dicho en la sentencia 554/2019, de 13 de noviembre, el Tribunal Constitucional viene insistiendo en que " *lo que nuestra doctrina garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3 ; y 142/2006, de 8 de mayo , FJ 3), resultando que dicho principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril , FJ 6 ; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4 ; y 142/2006, de 8 de mayo , FJ 3)*".

3. La sentencia de instancia con respecto al aquí recurrente Aureliano afirma que es ciudadano albanés y "mano derecha" del coacusado Pedro Miguel a quien conoce desde la infancia, no dando la Sala credibilidad a sus explicaciones " *viene a España a vivir en un hotel y participar en un "negocio" de su amigo Pedro Miguel en el que le iban a "triplicar la garantía" y que es detenido por la policía cuando transportaba una maleta con ruedas al interior de otro hotel diferente al de su alojamiento habitual que bajó de un maletero de un vehículo pero que desconocía lo que contenía* ".

3.1. Se analiza la prueba llevada a cabo en el juicio oral, afirmando que de la misma se desprende la participación en los hechos del recurrente en los términos reflejados en el relato fáctico, ya que se tiene en cuenta el hecho de que acude -así lo testifican los agentes encubiertos que depusieron en el plenario- con Pedro Miguel a todas las reuniones preparatorias, estando al tanto de lo que se acordaba en ellas, indica la Sala que " *remarcando especialmente la referente a la llamada "prueba de vida" en Valdemoro tras decidirlo en la reunión llevada a cabo en el restaurante "Amazónico" donde participó*"; como consecuencia de su presencia en las citadas reuniones ello le hacía consciente de la naturaleza del "negocio" al que vino a España y su participación en él, así lo entiende el tribunal, negocio que no era otro sino el de adquirir la elevada cantidad de cocaína que pensaba pagar con un millón doscientos mil euros que llevaba en la maleta que se le ocupó en el Hotel Meliá Castilla, según la testifical de los indicados agentes, donde le detuvieron ejecutando el papel de custodiar el dinero, de lo que deduce una máxima confianza en operaciones como la enjuiciada, cuando debía adquirir la droga a cambio del mismo.

3.2. En cuanto a la declaración del testigo Genaro , la misma forma parte de la Comisión Rogatoria recibida de Colombia, acordada por el instructor, lo que fue notificado a las partes, sin que las mismas solicitaran nueva declaración del citado testigo durante la instrucción, ni la incorporación de preguntas que estimaran convenientes para su interrogatorio, por lo que sí tuvieron la oportunidad de someter el resultado de la citada declaración a la debida contradicción.

El testimonio del testigo, pese a que la parte manifiesta que desconoce si fue prestado o no ante su letrada, lo cierto es que como consta en la Comisión Rogatoria remitida, la declaración se lleva a cabo en presencia de su



letrada Blanca Julia Trujillo Sarabia, ante la Policía Judicial por orden de la Fiscalía - Diego , Fiscal Seccional 41 Dirección Especializada contra el Narcotráfico-, lo que es ratificado ante la citada Fiscalía, en la comparecencia llevada a efecto para formalizar el Acta de Preacuerdo (F.230 a 238 y 269 y ss).

Además, el único dato que con respecto a este acusado tiene en cuenta la Sala, es que el mismo manifestó que la droga iba dirigida en España a unos albaneses, así lo dice expresamente, y ello se desprende del contenido de la Comisión Rogatoria, prueba que no fue impugnada por las partes.

A la vista de todo lo anterior, la falta de contradicción no es una deficiencia atribuible a una actuación judicial censurable y, valorando en su conjunto el desarrollo del proceso, esa falta de contradicción no vulnera el derecho de defensa o el derecho a un juicio justo. El análisis global del proceso permite afirmar la fiabilidad de la declaración prestada por Genaro , en la medida en que confirma y corrobora las declaraciones prestadas por otros testigos que comparecieron en el acto del juicio, entre ellos los agentes encubiertos y Luis Miguel , funcionario de la Policía de Colombia que prestó declaración en el plenario por videoconferencia, siendo tomada su declaración como mero indicio corroborador.

Incluso, no se ha formulado queja alguna sobre la existencia de algún tipo de irregularidad o deficiencia en la declaración que pueda justificar una duda razonable sobre el contenido de lo declarado por el testigo. Por último, resulta necesario insistir en que la declaración sobre la que pesa la censura del recurso no es determinante de la culpabilidad o la inocencia, sino como elemento de corroboración del resto de los testimonios directos recabados en el juicio.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEXTO.- Por último, en los motivos tercero, cuarto y quinto plantea el recurrente tres cuestiones que ya han sido resueltas en la presente resolución: que estamos ante un delito provocado, y que en todo caso, con cauce casacional de infracción de ley, que la sentencia de instancia vulnera los art. 16 -tentativa del delito-, y 369 bis -porque, no estamos ante una organización criminal-.

Las citadas cuestiones han obtenido respuesta en los anteriores razonamientos al resolver los recursos interpuestos por Pedro Miguel y por Alejandro , en concreto en los FD 5º, 6º y 11º, que damos por reproducidos. En consecuencia, nos remitimos a lo razonado en los anteriores fundamentos en los que los motivos ya han obtenido oportuna contestación.

Los motivos decaen.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Procede imponer a los recurrentes las costas devengadas en esta instancia

FALLO

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

1º NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por las representaciones procesales de Pedro Miguel , de Alejandro , y de Aureliano , contra Sentencia nº 1/2022, de fecha 4 de enero de 2022 dictada por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, en el Rollo de Sala RAR 10/2021.

2º Imponer a los recurrentes las costas devengadas en esta instancia.

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

Así se acuerda y firma.