

# TRIBUNAL SUPREMO

## Sala de lo Penal

### Sentencia núm. 806/2024

Fecha de sentencia: 26/09/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2359/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/09/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda.

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: MBP

Nota:

#### Resumen

Condena por delito contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño a la salud, previsto y sancionado en el art. 368, en relación con el art. 369,1,1ª (condición de funcionario público del acusado) y con el art. 370,3 del CP (extrema gravedad), y delito de cohecho del art. 419 CP al comandante Jefe de la Policía Judicial y de Información en la Comandancia de la Guardia Civil de Granada, con funciones de dirección y coordinación, entre otros, del Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga (EDOA) y de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial (UOPJ), con mando en todas las operaciones antidroga realizadas en el ámbito de la citada comandancia.

Se dictó en una primera sentencia por la Audiencia Provincial que fue absolutoria pese a que el relato de hechos probados permitía la subsunción de los mismos en los delitos de tráfico de drogas y cohecho, pese a lo cual el tribunal realizó una argumentación ilógica y arbitraria para absolver, de ahí que ante el recurso de las acusaciones esta Sala dicta STS 858/2021 de 11 Nov. 2021, acordando la nulidad de esta sentencia absolutoria advirtiendo que se



anula la sentencia objeto de la casación, retrotrayendo las actuaciones al momento de la deliberación y redacción de la sentencia al objeto de que se exponga una sentencia con fundamentos lógicos y racionales en conexión derivada de la redacción de los hechos probados.

Ello motiva que se dicte en segunda sentencia condena por delito contra la salud pública en los términos antes expuestos y por delito de cohecho.

1.- Por vulneración de tutela judicial efectiva por afectación al juez imparcial afectante a la condena por delito contra la salud pública.

Sostiene que se vulnera el derecho al juez imparcial porque lo que ha hecho la AP es revalorar la prueba por las indicaciones de esta Sala, lo que no es cierto. En la STS 858/2021 de 11 Nov. 2021 lo que se indica es que la argumentación es arbitraria e irracional y se acuerda anular la sentencia y deliberar de nuevo sobre la prueba practicada y el resultado de los hechos probados. Y es lo que se lleva a cabo de forma correcta fijando ahora la condena, porque:

Había un pacto del recurrente con dos personas para ayudar y favorecer actos de desembarco de droga en los que colabora el recurrente, con hechos de suma gravedad, con relevante y notoria cantidad de droga descargada adquiriendo los hechos la circunstancia de extrema gravedad

2.- Por vulneración de tutela judicial efectiva por afectación al juez imparcial afectante a la condena por delito de cohecho.

Esta Sala en la sentencia 858/2021 recordó al anular la primera sentencia que respecto del cohecho tampoco es lógica la argumentación del tribunal por la que no se declara la concurrencia de una contraprestación a una prestación tan relevante, recibida por el acusado de los traficantes, además de no dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por la acusación.

En cuanto afecta al delito de cohecho la sentencia de esta Sala 858/2021, de 11 de Noviembre recoge que:

“Con relación al delito de cohecho, el tribunal de instancia no da respuesta a la concreta acusación de los 120.000 euros que se afirma en el escrito de acusación fueron recibidos por el acusado como pago de la prestación por el segundo de los alijos realizados, que efectivamente se realizó, como afirma el acusado que ocurrió. La sentencia motiva sobre el desembolso de 120.000 de la primera operación, expresando la escasa

credibilidad que le merece quien afirmó habérselo entregado, al igual que respecto de un vehículo entregado, pero nada dice de la segunda operación de desembarco que fue objeto de acusación, sin que el tribunal dé respuesta a la pretensión de condena articulada desde la acusación. Tampoco es lógica la conclusión del tribunal sobre la realización de una conducta, inequívoca de colaboración en el tráfico realizada por un funcionario, con una prestación concreta consistente en anular el mecanismo represivo, sin una contraprestación para ese funcionario. Al menos requiere un esfuerzo argumentativo superior al de la falta de credibilidad de quien asume realiza la entrega.”

Se ha expuesto en el razonamiento precedente los argumentos de esta Sala respecto a la nulidad acordada y su afectación a la tutela judicial efectiva. Y se añade para motivar la nulidad acordada respecto a la absolución del delito de cohecho que:

“Respecto del cohecho tampoco es lógica la argumentación por la que no se declara la concurrencia de una contraprestación a una prestación tan relevante, además de no dar respuesta a uno de los supuestos de la acusación.”

Y lo que al respecto se acordó es:

“Procede estimar el recurso opuesto y anular la sentencia objeto de la casación, retrotrayendo las actuaciones al momento de la deliberación y redacción de la sentencia.”

El tribunal de instancia lo que lleva a cabo es valorar la prueba practicada y dar respuesta a la pretensión del Fiscal en el juicio acerca de si se entendió probada la contraprestación de los 120.000 euros para colaborar en las fases de entrada de droga declaradas probadas.

Se declara como hecho probado sexto por ello que Como contraprestación por su colaboración en la realización de los mencionados alijos descritos en los apartados tercero y quinto de esta relación de hechos, el acusado Francisco García Santaella recibió de David García Moreno una cantidad de dinero no determinada, pero en torno a 120.000 euros.

3.- Presunción de inocencia respecto del delito contra la salud pública.

Centra su motivo en que la sentencia se basa en la declaración inculpatória de un coimputado rebelde cuya declaración fue leída en el plenario.

Doctrina de la Sala sobre el valor de las declaraciones del coimputado y la posibilidad de lectura de declaraciones sumariales y su validez en la sentencia.

Esta declaración del coimputado tiene corroboración periférica expuesta con detalle en la sentencia, y, así, el tribunal señala 8 puntos al respecto:

“En primer lugar, no hallamos sentido alguno alternativo (a ese de dar cobertura al acuerdo de justificar la presencia de fardos en una guardería) a llevar la droga del desembarco de 2 de mayo de 2.006 con una furgoneta hasta la guardería y dejarla allí abandonada. Dicho en otros términos, si no se quería entregar esa droga con el fin de dicho (aparentar ante el resto de agentes que en la guardería había droga de alijos previos) no tiene sentido alguno que se llevase a la cochera y se dejase abandonada del modo en que se hizo si, como sostiene el acusado Sr. Santaella, ya había perdido de vista a la furgoneta, mucho más rápida que su vehículo Nissan.

En segundo lugar, el propósito expresado por el coacusado David de perder el alijo y abandonar la sustancia con ese fin justificativo es compatible con el bajo índice de THC, inferior al 3 %, aunque no se trataba de ramas ni de paja.

Extraemos de ello que es razonable considerar que la droga introducida previamente tenía una calidad (y por tanto un valor) sensiblemente superior.

En tercer lugar, el comandante acusado era el jefe del operativo de 2 de mayo de 2.006 (y de todos en que intervenía) y han sido numerosos los testigos que han referido que la orden de intervención (ya de día, con el alijo prácticamente finalizado) se demoró más allá de lo razonable y que el comandante Sr. García Santaella desoyó las interpelaciones de sus subordinados para actuar, lo que constituye un poderoso indicio de su connivencia con los coacusados para la realización del alijo.

En cuarto lugar, son también numerosos los testigos que han referido que el vehículo conducido por el Sr. García Santaella no perseguía, sino que precedía, a la furgoneta, y que su Nissan Terrano no llevaba ningún rotativo prioritario accionado.

En quinto lugar, un testigo que lo conocía bien (era su manipulador) afirma rotundamente que la furgoneta era conducida por David. Aunque podamos albergar algún recelo respecto de este último testigo (que llegó a estar imputado durante la instrucción y que trató de influir, según la declaración de David García Moreno, en la declaración de éste –a Santaella le tiras a muerte

pero de mi no digas nada-), sus manifestaciones son, en lo esencial, convergentes con la del resto de agentes sobre el desarrollo de ese operativo del 2 de mayo. El propio David reconoce ser el conductor de la furgoneta. En sexto lugar, el comandante Sr. García Santaella no judicializó (no solicitó la aplicación del art. 263 bis de la LECr) la operación presentada a los oficiales, suboficiales y guardias a los que expuso la existencia de dos entradas controladas y una tercera en que sería reventada la operación.

En séptimo lugar, en la fecha del primer alijo descrito (febrero/marzo de 2.006) no había ninguna guardería cerca de la costa para ocultar la droga. El Sr. García Santaella dijo a los agentes (cuando les presentó la operación) que el hachis que entrase sería llevado a una guardería (cuyo lugar no concretó) que sería controlada por él con una cámara. La cochera en que se abandona la droga del alijo de 2 de mayo fue alquilada en abril.

En octavo lugar, de haber actuado el acusado por los plausibles móviles ahora aducidos (investigar las ya aludidas supuestas filtraciones de información sugeridas por los datos de que disponían Jean Manuel Jiménez Montes y David García Moreno), lo lógico hubiera sido participar a la Jefatura sus sospechas y su plan de actuación para descubrir esas posibles fugas de información (no consta que informase a la Jefatura) e incluso dar cuenta de sus recelos al Servicio de Asuntos Internos, en especial, cuando podía razonablemente entender que las filtraciones de información pudieran proceder de los agentes más relacionados con los confidentes (sus captores, sus manipuladores). Nada de eso hizo. No detuvo a David en el alijo de 2 de mayo de 2.006, a pesar de que esa dice que era su verdadera intención.”

4.- Presunción de inocencia respecto a la agravación de extrema gravedad de la conducta del tráfico de drogas.

Concurre la extrema gravedad:

1.- El pacto o acuerdo del recurrente con David García y Jean Manuel se situó en tres desembarcos de droga, los dos primeros de 2.000 k. de hachís, habiéndose declarado probado uno de ellos, más el tercero en el que se intervienen casi 4.000 kg., de hachís.

2.- Que la tercera fase estaba relacionada con las anteriores en donde se concreta el pacto del recurrente para el favorecimiento de la distribución de la droga. No puede concebirse la tercera fase como desconectada de este

objetivo de buscar el favorecimiento en la conexión con la fase anterior declarada probada.

3.- Sobre la extrema gravedad ya se pronunció esta Sala en la STS 858/2021, de 11 de Noviembre señalando que: “el tipo agravado de la especial gravedad, no sólo resulta del peso extremo del objeto del tráfico, también cabe en los supuestos de utilización de embarcaciones, y el relato fáctico refiere el, empleo de una embarcación de la que desembarcan y dos "gomas", según relatan los testigos y, además, el acusado era autoridad en la lucha contra el tráfico de drogas y la cantidad era notoriamente importante, sin que sobre esas cualificaciones agravatorias se diga absolutamente nada. Por otra parte, causa cierto sonrojo declarar probado que la tercera entrega de droga, la de los 4.000 kilogramos, era un "regalo" al Estado, del que nunca podría obtener ningún beneficio, tratándose, como antes se dijo, de una conducta enmarcada en una operación de tráfico, por lo tanto favorecedora de este.”

Se añade in fine que la conducta delictiva está: “agravada por la extrema gravedad derivada de la específica estructura en los hechos, disponiendo para su ejecución de una embarcación, y en su organización, con el principal encargado de su reprensión, y con un montante de la operación, lógicamente resultante de las tres operaciones que se declaran probadas, y de especial gravedad”

Consta probada la aprehensión de 4.000 kgs. de hachis, más el pacto de que en la primera fase se desembarcaban 2.000 kgs de hachís. Como reconoce el tribunal de instancia el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del TS de fecha de 25 de noviembre de 2.008, estableció que la aplicación de la agravación del art. 370.3 del C.P. referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia, por lo que es también conveniente recordar, a los efectos de aplicación del mencionado acuerdo no jurisdiccional, que es criterio jurisprudencial asentado que la notoria importancia ordinaria en el caso del hachís se sitúa en torno a la cantidad de dos kilogramos, por lo que la circunstancia de especial agravación conforme al art. 370,3 del CP se sitúa en

torno a los dos mil kilogramos, que se admite que como mínimo concurre en el presente caso, siendo este un dato objetivo.

5.- Presunción de inocencia respecto de la condena por cohecho.

Discrepa el recurrente de la valoración probatoria. Cita el tribunal la abundante prueba de cargo que le lleva a fijar el hecho probado sexto que señala que como contraprestación por su colaboración en la realización de los mencionados alijos descritos en los apartados tercero y quinto de esta relación de hechos, el acusado Francisco García Santaella recibió de David García Moreno una cantidad de dinero no determinada, pero en torno a 120.000 euros.

Lo ha reconocido David García expresamente en declaración leída en el juicio oral de carácter incriminatorio y corroborado de forma periférica por la prueba que se cita.

6.- Infracción de ley art. 849.1 CP de la condena por art. 368, 369 y 370.3 CP

No se respetan los hechos probados. Se pretende que se admita que la tercera fase donde se entregan 4.000 kgs de hachis estaba desconectada de la primera y que no tenía como objetivo esa aprehensión el destino al tráfico de drogas, cuando se ha declarado probado que así es y que la tercera fase estaba incluida en un pacto o acuerdo del recurrente con David García y Jean Manuel para que les facilitara aquél por su posición de poder policial la descarga del hachís. No hay desconexión de la tercera fase, sino que esa droga está incluida en el pacto llevado a cabo para que el recurrente permitiera la descarga de la droga para su posterior distribución.

7.- Infracción de ley art.849.1 LECRIM respecto a la aplicación de la agravación del art. 370.3 CP de la extrema gravedad.

Resulta indudable que atendidos los hechos probados, y el pacto llegado por el recurrente con los dos implicados en el operativo, el primer desembarco de alijo de hachís sobre el que se pactaron 2.000 kgs y las declaraciones de los agentes que estaban presentes del número de fardos que había de entre 100/120, y la tercera fase con casi 4.000 kgs de hachís aprehendidos que, en teoría, iba a ser la inferior de las tres fases, conforman la aplicación evidente de la agravación de extrema gravedad del art. 370.3 CP por perfecta subsunción de los hechos probados y la relación con el favorecimiento del tráfico de la agravación de la extrema gravedad ex art. 370.3 CP.

RECURSO CASACION núm.: 2359/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

### Sentencia núm. 806/2024

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 26 de septiembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. FRANCISCO GARCÍA SANTAELLA**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, de fecha 11 de enero de 2022, que le condenó por delitos contra la salud pública y de cohecho, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Esther Ana Gómez de Enterría Bazán y bajo la dirección Letrada de D. José Antonio Choclán Montalvo, y la recurrida Acusación Popular Asociación Unificada de Guardias Civiles (AUGC), representada por la Procuradora Dña. Sonia López Merino y bajo la dirección Letrada de D. José Guerrero Guerrero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de Granada instruyó sumario con el nº 181/2016 contra FRANCISCO GARCÍA SANTAELLA y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, que con fecha 11 de enero de 2022 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- De las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, valoradas en conciencia, resulta probado y así se declara que entre los años 2.005 y 2.006, en este último hasta su cese en el mes de junio por su ascenso, el acusado Francisco García Santaella, mayor de edad, sin antecedentes penales, era Comandante Jefe de la Policía Judicial y de Información en la Comandancia de la Guardia Civil de Granada, con funciones de dirección y coordinación, entre otros, del Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga (EDO) y de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial (UOPJ), con mando en todas las operaciones antidroga realizadas en el ámbito de la citada comandancia.

SEGUNDO.- En fechas no exactamente determinadas, pero comprendidas entre los meses de octubre a diciembre de 2005, tras la detención en relación con un supuesto delito de estafa del acusado David García Moreno, mayor de edad, sin antecedentes penales en la fecha de los hechos y que se encuentra en situación procesal de rebeldía, y de Jean Manuel Jiménez Montes, contra quien no se sigue la causa al encontrarse en paradero desconocido, los citados David y Jean Manuel se ofrecieron a los agentes de la Unidad de Policía Judicial (en adelante UPJ) de la Guardia Civil de Maracena que les habían detenido, para prestar servicios como colaboradores en operaciones de interceptación de sustancias estupefacientes, hachís, cuando tratasen de introducirlas por el litoral de Granada. Los citados agentes de la UPJ de Maracena, tras entrevistar a los citados David y Jean Manuel para valorar su idoneidad como colaboradores, e incluso bajar a la costa de Granada para que ambos indicasen el lugar en que iban a realizar un supuesto alijo, pusieron esta oferta en conocimiento de sus superiores jerárquicos. Una vez que concretaron la fecha y lugar (la zona de Calahonda-Carchuna) en que pretendían realizar un alijo, los agentes de la UPJ de Maracena lo hicieron así saber a sus superiores en la Comandancia de Granada, si bien éstos no otorgaron crédito a la información de tales colaboradores porque las circunstancias de la mar en la fecha indicada no hacían previsible como posible la realización de un alijo, por lo que se desechó el establecimiento de cualquier dispositivo de vigilancia. Sin embargo, posteriormente se constató la existencia de indicios de que tal alijo se produjo el 20 de diciembre de 2005 en la zona en que ambos *colaboradores*, David y Jean Manuel, habían indicado, lo que confirió credibilidad a su información.

El acusado Sr. García Santaella, al regreso de sus vacaciones navideñas del año 2005, conoció la aprehensión de una cantidad superior a mil kilogramos de hachis en el interior de una furgoneta descubierta en las proximidades de la localidad de Cogollos Vega. En la comandancia se sospechó que este hallazgo pudiera estar relacionado con el referido alijo del 20 de diciembre de 2.005. Por este motivo, el acusado Francisco García Santaella mostró su interés en conocer a los referidos David García Moreno y Jean Manuel Jiménez Montes.

Así, en fecha no precisada pero en torno al final del mes de enero de 2.006, el acusado comandante Sr. García Santaella solicitó a los agentes de la UPJ de Maracena, los guardias con TIP P-00994-P y B-76449-K y Sargento con TIP V-70630-P, que concertasen una entrevista con tales *colaboradores*, David y Jean Manuel. La entrevista con éstos se produjo en las proximidades del Pantano del Cubillas. A dicha cita se presentaron el acusado Sr. García Santaella, los guardias civiles mencionados y los referidos David y Jean Manuel. En el curso de la entrevista, el acusado Sr. García Santaella se retiró de los guardias civiles y de David García Moreno, y habló reservadamente con Jean Manuel Jiménez Montes. En la conversación mantenida con dicho Jean Manuel acordó con éste la realización de una serie de operaciones de entrada de hachís procedente de Marruecos en territorio nacional por playas de la zona de Motril. Dicho acuerdo se estructuró en tres fases: dos primeros alijos de una cantidad aproximada de 2.000 kilogramos de hachís cada uno, en los que el acusado se encargaría de impedir la actuación de interceptación de la droga por los agentes de la Guardia Civil, con aseguramiento de la efectiva entrada de droga para ser destinada a su posterior distribución y venta, así como una tercera entrada de droga, de inferior calidad a la de los primeros alijos, pues en la previsión de dicho acusado su destino era su aprehensión por la Guardia Civil, en cantidad que permitiese aparentar que toda la sustancia introducida (la de los tres previstos alijos) era interceptada por los agentes de la Guardia Civil.

El acusado Francisco García Santaella, a fin de simular ante sus subordinados su verdadera intención de colaborar en la introducción de droga en el mercado ilícito, explicó primero en una reunión en la comandancia de Granada y posteriormente en el despacho del Capitán del Cuartel de la Guardia Civil de Motril, la existencia de ese acuerdo con David y Jean Manuel. De este modo, en esas reuniones con agentes de la Guardia Civil, el acusado les comunicó que la operación se dividiría en tres fases en las que, en las dos primeras, se permitiría el acceso de la droga en las playas cercanas a la localidad de Motril como entregas controladas de droga que debería almacenarse en una "guardería", que estaría vigilada de forma exclusiva por él, en tanto que en la última y tercera fase de la operación se procedería a la interceptación tanto de la droga intervenida en la playa como de la cantidad total de droga previamente almacenada en la guardería, con detención de todos los intervinientes en las tres operaciones de entrada de droga, según manifestó a sus colaboradores.

TERCERO.- En ejecución de dicho plan, en fecha no exactamente determinada de los meses de Febrero/Marzo de 2006, el Sr. García Santaella ordenó la formación de un dispositivo de vigilancia en la zona de la Playa denominada Venta de Baños por parte de diversos agentes de la Guardia Civil. En hora no determinada de la madrugada, de una fecha igualmente no concretada del periodo citado, llegó una embarcación procedente de Marruecos a la playa antes

citada y se produjo el desembarco de una cantidad indeterminada de fardos, de peso no precisado, que fueron cargados por portadores no identificados en un camión pequeño. A continuación, este vehículo salió de la playa sin que se produjera intervención de los agentes de la Guardia Civil presentes en ese dispositivo de vigilancia, al serles ordenado por el acusado Sr. García Santaella, y conforme al descrito plan, que no actuasen. No se controló el lugar en que la sustancia alijada pudiera haber sido depositada. Los fardos nunca fueron recuperados.

CUARTO.- Tras ese primer alijo al que se alude en el apartado anterior, y transcurrido un tiempo no precisado, el acusado Francisco García Santaella, organizó varios operativos de vigilancia, al menos en tres ocasiones, en localidades cercanas a la playa de Carchuna y Calahonda que respondían a un mismo patrón. Tras ordenar a los distintos agentes de la Guardia Civil reunirse en el cuartel de Calahonda desde primeras horas de la noche, abandonaba el lugar el acusado y regresaba horas después comunicando que no se iba a producir la entrada de droga. No obstante, en fecha no precisada, manifestó a sus subordinados y al responsable de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera (en adelante, DAVA) que la segunda fase de la operación también se había realizado con éxito, aunque no consta acreditada dicha entrada de droga.

QUINTO.- Transcurrido un tiempo en que los agentes a sus órdenes preguntaban al Comandante Sr. García Santaella cuándo se realizaría la tercera fase y se *reventaría* la operación, y le mostraban su inquietud por tal demora y por el peligro que representaba tener almacenada una importante cantidad de droga en una guardería, el Comandante Sr. García Santaella, junto a los acusados David García Moreno, quien ejercía funciones de dirección de las operaciones de tierra, y Rachid Zahiri, mayor de edad, sin antecedentes penales en la fecha de los hechos y que se encuentra en situación procesal de rebeldía, quien presuntamente ejercía funciones de intermediario con traficantes marroquíes, acordaron la realización de una entrada de sustancias estupefacientes a realizar el 2 de mayo de 2006. Al efecto, se organizó un dispositivo de vigilancia e interceptación de la droga en las proximidades de la denominada Playa de los Yesos. En torno a las 7 de la mañana, ya amanecido y con suficiente luz solar para apreciar la maniobra, arribaron a la playa dos lanchas y se produjo la descarga de un total de 158 fardos de unos 25 kilogramos cada uno. De ese número total de fardos, 55 fueron introducidos en una furgoneta matrícula xxxx que, conducida por el acusado David García Moreno, salió de la playa precedida del vehículo Nissan Terrano habitualmente utilizado por entonces por el Comandante Sr. García Santaella. El resto de los fardos fueron abandonados, unos en la arena de la playa y en el agua, y otros introducidos en una segunda furgoneta, matrícula xxx, que quedó abandonada en la playa, pues los portadores huyeron del lugar tras subir a las lanchas. No se detuvo a ningún porteador ante la tardanza del Comandante Sr. García Santaella en dar la orden de intervención, tanto a las embarcaciones de Servicio Marítimo que debían interceptar las lanchas porteadoras desde el mar, como a los agentes de la Guardia Civil que se encontraban en tierra. Aunque se produjo una persecución de las lanchas que realizaron el alijo por las patrulleras del Servicio Marítimo, éstas no lograron alcanzarlas.

Las referidas furgonetas habían sido alquiladas a la empresa de alquiler Alhambra Car con fecha 26 de abril de 2006, por un día, por David García Moreno.

La furgoneta que había sacado de la playa los 55 fardos referidos, conducida por David García Moreno y precedida por el vehículo oficial del Comandante Sr. García Santaella, se trasladó hasta un chalet adosado sito en la urbanización La Perla de Andalucía, calle xxxx, de las localidades de Carchuna-Calahonda, término judicial de Motril, donde fue abandonada. La vivienda destinada a *guardería* había sido alquilada por David García Moreno, aunque a nombre de Hakim Mahob, con fecha 10 de abril de 2006. Allí se intervinieron los 55 fardos de hachis, de los cuales David García Moreno arrojó 27 al interior de la cochera particular de la vivienda y al interior de la misma, y 28 fueron dejados por David dentro de la citada furgoneta abandonada en la puerta del parking común de la urbanización. Tras llegar el acusado Sr. García Santaella a la citada vivienda, sucesivamente comparecieron en dicho lugar varios de los agentes de la Guardia Civil y el jefe del DAVA, integrados en el dispositivo de interceptación. A todos ellos les sorprendió que todos los fardos estuvieran mojados y chorreando agua, por lo que no podían corresponderse con drogas de anteriores alijos, así como que el hachis que contenían fuera de escasa calidad.

El total de la droga intervenida en esta operación fue de 158 fardos, con un peso neto de 3.985.580 gramos de hachis con un índice de THC del 2´79 %, sustancia incluida en las Listas I y IV del Convenio Único de Ginebra de 1.961. Su valor en el mercado es, aproximadamente, de 5.324.450 euros.

No se produjo la detención de los acusados David García Moreno y Rachid Zahiri, ni se hicieron constar sus nombres en el atestado policial levantado como consecuencia de dicha aprehensión. SEXTO.- Como contraprestación por su colaboración en la realización de los mencionados alijos descritos en los apartados tercero y quinto de esta relación de hechos, el acusado Francisco García Santaella recibió de David García Moreno una cantidad de dinero no determinada, pero en torno a 120.000 euros".

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

**FALLAMOS:**

"Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Francisco García Santaella, como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño a la salud, previsto y sancionado en el art. 368, en relación con el art. 369,1,1ª (condición de funcionario público del acusado) y con el art. 370,3 del CP (extrema gravedad), sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de cinco años prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo, y multa de seis millones de euros (6.000.000 €).

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Francisco García Santaella, como autor responsable de un delito de cohecho previsto y sancionado en el art. 419 del CP, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de dos años y tres meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo por tiempo el mismo tiempo, multa de ciento veinte mil euros (120.000 €), con treinta días de

responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, e inhabilitación especial para para empleo o cargo público por tiempo de siete años.

Se condena al acusado al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación popular.

Firme que sea esta resolución, comuníquese a la Dirección General de la Guardia Civil, Sección de Personal, a los efectos de su conocimiento y constancia.

Déjense sin efecto las medidas cautelares, en su caso, acordadas.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe preparar recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el término de cinco días, como previenen los artículos 855 a 857 de la LECr., lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Francisco García Santaella**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. FRANCISCO GARCÍA SANTAELLA**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción constitucional.- Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por no haber sido enjuiciado por un juez imparcial, toda vez que el Tribunal adquirió prejuicios derivados de las advertencias que se contenían en la sentencia de casación que anuló el inicial fallo absolutorio, declarando probados los hechos relativos al delito de tráfico de drogas no como fruto de su libre valoración sino en función de la orientación dada por el Tribunal Supremo.

Segundo.- Por infracción constitucional.- Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por no haber sido enjuiciado por un juez imparcial, toda vez que el Tribunal adquirió prejuicios derivados de las advertencias que se contenían en la sentencia de casación que anuló el inicial fallo absolutorio, declarando probados los hechos relativos al delito de cohecho no como fruto de su libre valoración sino en función de la orientación dada por el Tribunal Supremo.

Tercero.- Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española, al lesionar la Sentencia recurrida el derecho de mi mandante a la presunción de inocencia, por valoración ilógica, incoherente e irracional de las pruebas de las que dispuso la Ilma. Audiencia y haber presumido, contra reo, los presupuestos fácticos del delito de tráfico de drogas.

Cuarto.- Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Quinto.- Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sexto.- Infracción de ley del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, y concretamente, por indebida aplicación de los arts. 368, 369.1.1ª y 370.3º del Código Penal, al resultar atípico el hecho relativo a la tercera fase, y a su indebida integración en un hecho global que es objeto de una valoración jurídicamente unitaria.

Séptimo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, por indebida aplicación del art. 370.3º del Código Penal, por no resultar del hecho probado las circunstancias fácticas para apreciar extrema gravedad en relación a las conductas de los arts. 368 y 369.1.1ª del mismo Código.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular Asociación Unificada de Guardias Civiles (AUGC), que impugnó el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 25 de septiembre de 2024, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de FRANCISCO GARCÍA SANTAELLA, contra la sentencia 7/2022 de la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Granada, dictada el 11 de enero de 2022.

**SEGUNDO.-** 1.- Por infracción constitucional. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por no haber sido enjuiciado por un juez imparcial, toda vez que el Tribunal adquirió prejuicios derivados de las advertencias que se contenían en la sentencia de casación que anuló el inicial fallo absolutorio, declarando probados los hechos relativos al delito de tráfico de drogas no como fruto de su libre valoración sino en función de la orientación dada por el Tribunal Supremo.

Se entiende por el recurrente que la sentencia recurrida -SAP Granada, Sección Segunda 7/2022- está condicionada, y viene determinada por los términos de la sentencia de casación, STS 858/2021, de 11 de noviembre. Este primer motivo se articula respecto a la condena de uno de los dos delitos, el de tráfico de drogas, y se apunta que:

“La estimación del motivo debe conducir a eliminar la condena por el delito de tráfico de drogas y subsidiariamente a la repetición del juicio formando la Sala personas distintas que integraron el Tribunal que dictó la sentencia recurrida”.

Y se sostiene que “una vez deliberado el resultado de la prueba por el Tribunal y firmada la sentencia absolutoria, el mismo Tribunal, sin repetición del juicio, y con el mismo acervo probatorio, no puede alcanzar una distinta convicción sobre el resultado valorativo de la prueba, y que es inducida por las advertencias expresas de la sentencia de casación, porque este proceder

vulnera el derecho a un Juez imparcial, al valorar la prueba de nuevo con claros prejuicios derivados de los razonamientos del Tribunal Supremo”, así como que:

“La sentencia recurrida atribuyó un alcance a la sentencia del Tribunal Supremo, probablemente no querida por el Alto Tribunal, que en otro caso hubiera ordenado la repetición del juicio con otro Tribunal.”

Los criterios para la nulidad de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 858/2021 de 11 Nov. 2021, Rec. 4649/2019 fueron los siguientes:

a.- Revocación de sentencia que absuelve por prescripción al declarar inaplicable los subtipos de notoria importancia y extrema gravedad, pese a declarar que se trataba de una operación de transporte por vía marítima de más de 4.000 kilos de hachís.

b.- La motivación expresada en la sentencia sobre la absolución no es razonable al obviar criterios de lógica sobre el peso y los presupuestos de agravación en el tipo agravado de tráfico de drogas, asentadas en la disposición de medios y en la organización de la que se dispone.

Hay que recordar que esta Sala abordó la impugnación de la absolución acordada por la Audiencia Provincial de Granada absolutoria por delitos de tráfico de drogas y cohecho desde el control que nos compete desde la racionalidad y lógica de la convicción expresada en la sentencia. Por ello, se abordó la impugnación desde la tutela judicial efectiva como consta en la sentencia de esta Sala 858/2021, de 11 de Noviembre.

En cuanto afecta al delito de tráfico de drogas la sentencia de esta Sala recoge que:

“Recordamos, sintéticamente, el hecho probado. Este declara que el acusado era Comandante Jefe de la Policía Judicial de la provincia de Granada "con funciones de dirección y coordinador del equipo delincuencia organizada y antidroga". En diciembre de 2005, a raíz de unas investigaciones por un delito de estafa, dos miembros de la Guardia Civil conocen de la disposición de dos personas a colaborar en "operaciones de interceptación de sustancias estupefacientes, hachís". Como quiera que tales "colaboradores", contra los que no se dirige esta causa al estar en paradero desconocido, merecieron credibilidad al acusado convino con ambos "la realización de una serie de operaciones de entrada de hachís procedente de Marruecos en territorio



nacional por las playas de Motril", operación que se estructura en tres fases. En primer lugar, dos alijos de 2.000 kilogramos, "en las que el acusado se encargaría de impedir la actuación de interceptación de la droga por agentes de la Guardia Civil, con aseguramiento de la efectiva entrada de droga para ser destinada a su posterior distribución y venta, así como una tercera entrega de droga, de escasa calidad, destinada a ser aprehendida por la guardia civil, a fin de justificar las dos anteriores fases en las que se dejaría entrar la sustancia estupefaciente". Se refiere que el acusado comunica a sus subordinados que se dejaría pasar la droga que sería alojada en lo que denominó una "guardería" que estaría controlada de forma exclusiva por él, de manera que al término de la tercera entrega se intervendría toda la sustancia y a los autores de los alijos. "En ejecución" del plan diseñado en el mes de febrero/marzo de 2006 llega una embarcación y desembarcan una cantidad no determinada de fardos que son llevados a un lugar no identificado y la Guardia Civil, presente en el desembarco no actúa por órdenes del acusado, "los fardos nunca fueron recuperados". En fecha posterior se realiza una segunda operación de desembarco, que no es detectada por la Guardia Civil, aunque el acusado manifestó a sus subordinados y al responsable de Vigilancia Aduanera "que la segunda fase de la operación también se había realizado", si bien no consta acreditada la entrega de la droga.

Transcurrido un tiempo, en el que los agentes de la Guardia Civil preguntaban al acusado por la tercera operación, éste y las otras dos personas rebeldes en esta causa, "acordaron la realización de una entrega de sustancias estupefacientes que debería considerarse la tercera fase de la operación, a realizar el 2 de mayo de 2006, destinada a ser interceptada por la Guardia Civil". En dos lanchas transportan 153 fardos de 25 kilogramos cada una que se introducen en una furgoneta que sale de la playa en una caravana precedida por el coche del acusado y en otra que es abandonada en la misma playa, huyendo las personas que la habían alijado en las mismas embarcaciones en las que habían llegado. La furgoneta, precedida por el acusado, se dirige a una edificación cercana a la playa donde es abandonada y su conductor, que era la misma persona que había alquilado la furgoneta y la vivienda, huye y está en paradero desconocido. Se intervienen un total de 3.986 kilogramos de hachís, todos producto de este último desembarco, sin que se produjeran detenciones, ni figurara en el atestado, los nombres de los participantes en el desembarco."

Pese a los hechos, con una subsunción en el delito de tráfico de drogas y en el de cohecho, la absolución se motiva desde las siguientes consideraciones: no se ha acreditado el peso de la droga objeto del tráfico de los dos primeros desembarcos. Consecuentemente, no es posible aplicar el tipo de la especial gravedad y el delito estaría prescrito. La tercera operación de desembarco, no es típica del delito contra la salud pública porque su destino no era el tráfico, sino el de ser interceptada por la Guardia Civil, según el pacto existente. Consecuentemente, no había intencionalidad de favorecer el consumo ilegal de sustancias estupefacientes, típico del tráfico de drogas. Respecto del delito de cohecho, la convicción absolutoria radica en la falta de credibilidad de las personas que declararon haber realizado las entregas del dinero, 120.000 euros y un coche.

Los hechos declarados probados, no obstante la absolución, son de una extraordinaria gravedad. El que el máximo responsable policial de la demarcación, encargado de la represión penal de conductas delictivas relativas al tráfico de sustancias estupefacientes, sea acusado, y se declara probado, que colabora con los autores de la llegada a España, vía marítima, de las sustancias que debe reprimir, resulta escandaloso, si bien es absuelto, porque se desconoce el peso de la sustancia tóxica, y esa falta de determinación incide en la calificación de los hechos en el art. 370 del Código Penal, y, consecuentemente, los hechos estarían prescritos. Sin embargo, como denuncian los recurrentes, esa argumentación no resulta lógica.

En primer lugar, porque una construcción lógica de la argumentación nos llevaría a la conclusión de un peso extraordinariamente importante si, como se afirma en la sentencia, la tercera operación, la que es realizada para ser "regalada al Estado", es de 4.000 kilogramos, lo que hace racionalmente suponer que las otras dos, con las que el acusado se concierta dejándoles actuar realizando el transporte, deberían ser de una cantidad sensiblemente superior. Además, esa intervención, enmarcada en un tráfico integrado en tres fases, bien podría ser considerada como acto de favorecimiento de la sustancia no intervenida. Por otra parte, el tipo agravado de la especial gravedad, no sólo resulta del peso extremo del objeto del tráfico, también cabe en los supuestos de utilización de embarcaciones, y el relato fáctico refiere el, empleo de una embarcación de la que desembarcan y dos "gomas", según relatan los testigos

y, además, el acusado era autoridad en la lucha contra el tráfico de drogas y la cantidad era notoriamente importante, sin que sobre esas cualificaciones agravatorias se diga absolutamente nada. Por otra parte, causa cierto sonrojo declarar probado que la tercera entrega de droga, la de los 4.000 kilogramos, era un "regalo" al Estado, del que nunca podría obtener ningún beneficio, tratándose, como antes se dijo, de una conducta enmarcada en una operación de tráfico, por lo tanto favorecedora de este."

Respecto a cuál fue el objeto del pronunciamiento de esta Sala en cuanto a la revocación de la absolución acordada se recoge en la sentencia antes citada que:

"Esta Sala ha afirmado la posibilidad de revocar pronunciamientos absolutorios en casación, si bien lo reduce a un doble supuesto. Por un lado, a través del motivo de infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo. La revisión se concreta en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Lo impide la exigencia derivada de la necesaria presencia del órgano de enjuiciamiento en el desarrollo de la práctica de la prueba, pues como dice el art 741 de la ley procesal penal, la valoración de la prueba corresponde a "los jueces valorando en conciencia las pruebas practicadas en el juicio oral", al tiempo que se rellenan las exigencias del derecho de defensa del acusado con su presencia en el momento de su práctica, para poder contradecirlas. Consecuentemente, la infracción de ley que permite declaración del error debe prescindir de toda valoración probatoria.

La otra posibilidad de revisión de pronunciamientos absolutorios en casación surge cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no ha obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma ha vulnerado lo recogido en los artículos 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos CE, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (SSTS 178/2011, de 23 de febrero o 631/2014, de 29 de septiembre). En este caso, la consecuencia de la

mencionada vulneración no puede ser otra que la nulidad de las actuaciones y devolución a la instancia para nuevo examen.

Pero solamente, dijimos en la STS 407/2017, de 6 de junio, cuando una sentencia absolutoria sea arbitraria, incurra en un error patente, carezca de motivación, introduzca una motivación extravagante o irracional, o realice una aplicación de la presunción de inocencia absolutamente al margen de sus contornos racionales, podrá anularse por la fuerza del derecho a la tutela judicial efectiva. La invocación de la presunción de inocencia no blindada frente a cualquier impugnación, siempre a través del derecho a la tutela judicial efectiva, y con esas limitaciones destacadas.

En el mismo sentido la STS 271/2020, de 2 de junio, al afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta el de obtener una resolución debidamente motivada, de manera que tal derecho resulta vulnerado cuando la resolución judicial carece en absoluto de motivación, pero también cuando la que contiene lo es solo en apariencia o es tan irracional, arbitraria o caprichosa que no puede valorarse como tal motivación.”

Y se añade para motivar la nulidad acordada respecto a la absolución del delito de tráfico de drogas.

“En la presente causa la argumentación expuesta carece de las precisas notas de lógica y racionalidad. Se refieren unos hechos muy graves que bien pudieran subsumirse en el delito contra la salud pública agravada por la extrema gravedad derivada de la específica estructura en los hechos, disponiendo para su ejecución de una embarcación, y en su organización, con el principal encargado de su represión, y con un montante de la operación, lógicamente resultante de las tres operaciones que se declaran probadas, y de especial gravedad. La motivación expresada en la sentencia sobre la absolución no es razonable al obviar criterios de lógica sobre el peso y los presupuestos de agravación en el tipo agravado, asentadas en la disposición de medios y en la organización de la que se dispone.”

Y lo que al respecto se acordó es:

“Procede estimar el recurso opuesto y anular la sentencia objeto de la casación, retrotrayendo las actuaciones al momento de la deliberación y redacción de la sentencia.”

Es decir, no se acordó que se volviera a celebrar juicio por un tribunal distinto, porque el déficit de la sentencia lo era de motivación y de racionalidad afectante a la tutela judicial efectiva por la respuesta dada por el tribunal a las pretensiones de las partes que en estos casos de afectación a la tutela judicial efectiva pueden serlo tanto la acusación como la defensa.

Lo que se acordó es que se volviera a deliberar bajo los parámetros fijados en la sentencia de la Sala afectantes a que se recoge respecto del *delito contra la salud pública agravada por la extrema gravedad derivada de la específica estructura en los hechos, disponiendo para su ejecución de una embarcación, y en su organización, con el principal encargado de su represión, y con un montante de la operación, lógicamente resultante de las tres operaciones que se declaran probadas, y de especial gravedad. La motivación expresada en la sentencia sobre la absolución no es razonable al obviar criterios de lógica sobre el peso y los presupuestos de agravación en el tipo agravado, asentadas en la disposición de medios y en la organización de la que se dispone.*”

Pues bien, pese a los límites que expone el recurrente de forma extensa en su motivo respecto al alcance de lo que debe hacer y las prohibiciones en el alcance de la función del tribunal que debe motivar su sentencia no son válidas las restricciones que expone el recurrente, ya que no se trata de que se hayan alterado los hechos probados, -pese a leves matices que no tienen la relevancia que el recurrente le atribuye- ya que con esos hechos probados (los anteriores y los presentes que se reproducen con algún matiz) existe perfecta subsunción en los dos tipos penales objeto de condena. Además, en base a estos y lo que son y constituyen no se razona de forma ajustada, motivada y racional sobre las pretensiones acusatorias en base a los hechos probados ante una conclusión irracional y arbitraria que no resulta, precisamente de los hechos probados, ya que esta Sala se refiere a ellos como que:

*Los hechos declarados probados, no obstante la absolución, son de una extraordinaria gravedad.*

*El que el máximo responsable policial de la demarcación, encargado de la represión penal de conductas delictivas relativas al tráfico de sustancias estupefacientes, sea acusado, y se declara probado, que colabora con los autores de la llegada a España, vía marítima, de las sustancias que debe*

*reprimir, resulta escandaloso, si bien es absuelto, porque se desconoce el peso de la sustancia tóxica, y esa falta de determinación incide en la calificación de los hechos en el art. 370 del Código Penal, y, consecuentemente, los hechos estarían prescritos.*

*Sin embargo, como denuncian los recurrentes, esa argumentación no resulta lógica. En primer lugar, porque una construcción lógica de la argumentación nos llevaría a la conclusión de un peso extraordinariamente importante si, como se afirma en la sentencia, la tercera operación, la que es realizada para ser "regalada al Estado", es de 4.000 kilogramos, lo que hace racionalmente suponer que las otras dos, con las que el acusado se concierta dejándoles actuar realizando el transporte, deberían ser de una cantidad sensiblemente superior. Además, esa intervención, enmarcada en un tráfico integrado en tres fases, bien podría ser considerada como acto de favorecimiento de la sustancia no intervenida. Por otra parte, el tipo agravado de la especial gravedad, no sólo resulta del peso extremo del objeto del tráfico, también cabe en los supuestos de utilización de embarcaciones, y el relato fáctico refiere el, empleo de una embarcación de la que desembarcan y dos "gomas", según relatan los testigos y, además, el acusado era autoridad en la lucha contra el tráfico de drogas y la cantidad era notoriamente importante, sin que sobre esas cualificaciones agravatorias se diga absolutamente nada.*

*Por otra parte, causa cierto sonrojo declarar probado que la tercera entrega de droga, la de los 4.000 kilogramos, era un "regalo" al Estado, del que nunca podría obtener ningún beneficio, tratándose, como antes se dijo, de una conducta enmarcada en una operación de tráfico, por lo tanto favorecedora de este."*

Con ello, son los mismos hechos probados los que determinaban la base fáctica para un traslado y motivación condenatoria, y, sin embargo, no se hace así y se absuelve de forma ilógica y arbitraria, constituyendo esto un déficit que esta Sala refiere al tribunal de instancia que debe corregir, y que es lo que éste lleva a cabo, por lo que no existe intervención en modo alguno de un juez parcial, sino que el tribunal que dicta la sentencia es el competente, ya que no es que se haya anulado la sentencia para que se celebre nuevo juicio, sino para que se corrijan los déficits de motivación de la sentencia en base a los hechos que se consideran probados.

No se trata, pues, de “mantenimiento de la valoración probatoria” que reclama el recurrente, sino que existe déficit de la respuesta valorativa dada por el tribunal ante la propia convicción de cuáles fueron los hechos probados. Así, esta Sala del TS no efectuó una nueva valoración de la prueba, que le está vetado, ni le dijo al tribunal de instancia cómo debía valorar, sino que marcó y fijó un déficit de motivación y la irracionalidad conclusiva.

Sobre la motivación de las sentencias absolutorias se ha venido jurisprudencialmente estableciendo en el orden expuesto como:

«En relación con la constatación de la inexistencia de arbitrariedad o error patente, las sentencias absolutorias precisan de una motivación distinta de la que exige un pronunciamiento condenatorio, pues en estas últimas es imprescindible que el razonamiento sobre la prueba conduzca como conclusión a la superación de la presunción de inocencia. Como se decía en la STS núm. 1547/2005, de 7 de diciembre, la necesidad de motivar las sentencias se refiere también a las absolutorias, de un lado porque la obligación constitucional de motivar las sentencias contenidas en los arts. 24.2 y 120.3 de la Constitución, así como en las Leyes que los desarrollan, no excluyen las sentencias absolutorias. De otro, porque la tutela judicial efectiva también corresponde a las acusaciones en cuanto al derecho a una resolución fundada. Y de otro, porque la interdicción de la arbitrariedad afecta a todas las decisiones del poder judicial tanto a las condenatorias como a las absolutorias, y la inexistencia de tal arbitrariedad puede ponerse de manifiesto a través de una suficiente fundamentación de la decisión». (...)

Así, una de las razones por las que se puede cuestionar el déficit de tutela judicial efectiva en un recurso de apelación o casación es por la ausencia o déficit de la debida motivación que tiene que reunir la sentencia con respecto a la prueba que se ha practicado, y que el Tribunal considera apta para enervar, en su caso, la presunción de inocencia. Pero ello debe conllevar la correcta redacción en la sentencia del reflejo de la motivación del juez, o Tribunal, acerca que cuáles son las razones por las que llega a la conclusión expuesta en la resolución judicial con basamento en las pruebas que se han practicado. Y es el déficit de motivación, o su insuficiencia, lo que determina que sea posible la viabilidad de un motivo amparado en este déficit para, bien pedir la nulidad de

la sentencia, o la absolución por el defecto de motivación en relación con la prueba que se ha practicado.

El juez o Tribunal tiene que hacer un esfuerzo en la motivación de la sentencia que es la respuesta dada por el órgano unipersonal, o colegiado, al planteamiento de las pretensiones respectivas de las partes en el proceso penal, por lo que la falta de respuesta o la debilidad de la misma en la sentencia supone el incumplimiento de la obligación constitucional de la tutela judicial efectiva que exige un deber de respuesta motivada al planteamiento de las distintas pretensiones de las partes. Lo contrario supone la negativa a responder debidamente el objeto planteado por cada parte y obliga, bien a absolver, o bien a anular la sentencia, exigiendo una nueva motivación. La absolución podrá venir para el caso de que no se haya apreciado que la motivación reflejada en la sentencia es suficiente en cuanto a la referencia de la prueba, o bien la nulidad sí se aprecia que pudiera existir, pero está defectuosamente razonada la sentencia, y se exige una nueva fundamentación que determine, en su caso, el alcance al que ha llegado, pero debidamente motivado, o en su defecto la absolución.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 184/2019 de 2 Abr. 2019, Rec. 2286/2018 que:

“1. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

2. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera.

3. Las exigencias de razonamiento relativo a la prueba de los hechos son menores cuando el relato fáctico revele la prueba palpable de los mismos como ocurre en los supuestos de delitos flagrantes.

4. También es necesario el razonamiento relativo a la aplicación de un precepto o al anudamiento de una consecuencia jurídica establecida en una norma, cuando es clara la subsunción del precepto o la norma a los hechos declarados probados.

5. La existencia de la inmediación como privilegio del juez o tribunal ante el que se practica la prueba no debe eludir la exigencia de la adecuada motivación, ya que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 May. 2007, es preciso situar el valor de la inmediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir que:

a) La inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La inmediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar. En tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que «...la convicción que a través de la inmediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación....» (TS 2.<sup>a</sup> S 12 Feb 1993).

Además, en las SS 1182/97, 1366/97 y 744/2002 de 23 Abr, se expone que la motivación debe abarcar tres aspectos que se corresponde con las exigencias del alcance de la extensión de la motivación:

a) La fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene.

b) La fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas y

c) La fundamentación de las consecuencias penales como civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas judiciales y de las consecuencias accesorias, arts. 127 a 129 del CP. (TS SS 14 May. 1998, 18 Sep. 2001, 480/2002 de 15 Mar).

Además, podemos añadir dos puntos en relación a la extensión de la motivación:

1. La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, pero, en cualquier caso, una sentencia penal correcta debe contener una motivación completa, es decir, que abarque los tres aspectos anteriormente indicados, con la extensión y

profundidad proporcionadas a la mayor o menor complejidad de las cuestiones que se han de resolver (TS 2.<sup>a</sup> S 19 Feb 2002).

No existe, desde luego, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, pero sí a que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación en cada caso concreto que permita conocer los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión (en este sentido TC SS 8/2001, de 15 de enero y 13/2001, de 29 de enero). (TS 2.<sup>a</sup> S 29 Ene. 20029).

2. Esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no supone que hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Basta a los efectos de su control constitucional con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajeno a toda arbitrariedad y permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legales establecidos.

Es decir, es necesario, pero también suficiente, que se refleje la razón del discurso lógico que toda resolución comporta de manera que se haga comprensible para el destinatario de la decisión que ésta es la consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (TS 2.<sup>a</sup> S 8 Nov. 2006)".

También señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 471/2019 de 14 Oct. 2019, Rec. 10294/2019 que:

"1. La Constitución, artículo 120.3, exige que las sentencias sean motivadas, lo cual resulta igualmente del artículo 24.1 en cuanto reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, que incorpora el de obtener una resolución suficientemente fundamentada. Las sentencias del Tribunal del jurado no están exentas de esta obligación constitucional.

Esta Sala ha establecido en numerosas resoluciones que la motivación de las sentencias debe referirse concretamente al aspecto fáctico. Y si bien es cierto que no es preciso en todo caso razonar sobre lo que resulta de toda obviedad, ni reseñar detalladamente todas las pruebas que se han tenido en cuenta, ni expresar en su integridad las fases del proceso de valoración, no lo es menos que de la motivación deben desprenderse con claridad las razones

que ha tenido el Tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos. Por eso, la necesidad de motivar las sentencias respecto de la prueba de los hechos se refuerza cuando se trata de sentencias condenatorias y el acusado los ha negado o no ha reconocido aquellos aspectos de los mismos que resultan relevantes para la calificación.

La exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a la sociedad en general, y muy especialmente al justiciable, conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales; sirve a quien dicta la resolución para verificar la consistencia de la fundamentación; y, además de facilitar la impugnación, permite el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por parte del Tribunal que revise la resolución en vía de recurso.

Esta obligación no impone una extensión determinada ni una forma concreta de motivar. Puede decirse que la motivación tendrá que tener la extensión y la profundidad suficientes para cubrir la finalidad esencial de la misma, es decir, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera, no siendo necesario explicitar lo que resulta obvio. Pues solo así es posible ejercer alguna clase de control sobre el particular.”

El deber de motivar existe tanto ante una sentencia absolutoria como en una condenatoria. Resulta evidente que el juez o Tribunal tienen que razonar y argumentar las razones por las que absuelven o condenan, pero los parámetros de aplicación es lógico que sean distintos en uno u otro caso, y tiene que exigirse un mayor grado de motivación en las sentencias condenatorias para fundar las razones de la concurrencia de prueba bastante y de cargo para enervar la presunción de inocencia, mientras que la existencia de esa insuficiencia determinará la absolución. Por ello, el deber de motivar también existe en las absolutorias, pero con un menor rango de exigencia que con respecto a las condenatorias.

La sentencia no es arbitraria o irrazonable por la circunstancia de no admitir las pretensiones de las partes que lo reclaman cuando recurren la sentencia pretendiendo el amparo al recurso de la “arbitrariedad” para conseguir, bajo la “percha” de la tutela judicial efectiva la nulidad de una



sentencia y del juicio. Pero sí lo es afectante a la tutela judicial efectiva por la insuficiencia o falta de adecuación de la motivación al relato de los hechos probados y a su resultado en el proceso motivados y su irracionalidad, o arbitrariedad, que eso es lo que comunica esta Sala al tribunal de instancia que corrija, no que valore la prueba en un sentido concreto. Y, además, esta obligación lo es al mismo tribunal y no a otro, por lo que carece de sentido la queja de que se ha vulnerado del derecho a un juez imparcial, porque lo es quien debe cumplir el mandato contenido en la sentencia de esta Sala al estimar el recurso de la acusación.

Y, como apunta la mejor doctrina, los tribunales de instancia no habrán conculcado precepto alguno que conlleve una disminución de las garantías legales en tal sentido, cuando expongan de una manera reflexiva el hilo argumental que les haya conducido a desestimar las pretensiones acusatorias aceptando las tesis de la defensa. En definitiva, aquellos supuestos en los que el recurrente haya obtenido en la instancia una respuesta razonada al debate planteado, cuyos argumentos —por discutibles que puedan ser como cualquier otra decisión del hombre— estén lejos de poder ser tildados de extravagantes por incoherentes, absurdos, arbitrarios o estafalarios. Pero sí, por el contrario, lo habrán vulnerado cuando el grado de motivación de la sentencia sea arbitrario, insuficiente o desconectado de los hechos probados.

El recurrente refiere que se han modificado los hechos probados, pero no es así, ya que en esencia son los mismos en cuanto a las conductas que de los fijados en la primera sentencia sobre los que ya esta Sala advirtió una absoluta irracionalidad en una absolución con semejantes hechos probados; es decir, no es que se haya advertido al tribunal de instancia que los modifique como si se tratara de una “encubierta” valoración probatoria del TS determinante de un cambio en los hechos probados, sino que lo que lleva a cabo esta Sala en la sentencia antes citada es advertir de la irracionalidad conclusiva ante semejantes hechos probados.

No puede aceptarse lo que el recurrente pretende de que se hubiera mantenido en la segunda sentencia de la AP ante la sentencia de esta Sala la valoración probatoria en los mismos términos, dados los términos que constaban en los hechos probados que esta Sala, incluso, califica los hechos probados de la siguiente manera:

1.- Los hechos declarados probados, no obstante la absolución, son de una extraordinaria gravedad.

2.- El que el máximo responsable policial de la demarcación, encargado de la represión penal de conductas delictivas relativas al tráfico de sustancias estupefacientes, sea acusado, y se declara probado, que colabora con los autores de la llegada a España, vía marítima, de las sustancias que debe reprimir, resulta escandaloso, si bien es absuelto, porque se desconoce el peso de la sustancia tóxica, y esa falta de determinación incide en la calificación de los hechos en el art. 370 del Código Penal, y, consecuentemente, los hechos estarían prescritos.

3.- Esa argumentación no resulta lógica. En primer lugar, porque una construcción lógica de la argumentación nos llevaría a la conclusión de un peso extraordinariamente importante si, como se afirma en la sentencia, la tercera operación, la que es realizada para ser "regalada al Estado", es de 4.000 kilogramos, lo que hace racionalmente suponer que las otras dos, con las que el acusado se concierta dejándoles actuar realizando el transporte, deberían ser de una cantidad sensiblemente superior.

4.- Además, esa intervención, enmarcada en un tráfico integrado en tres fases, bien podría ser considerada como acto de favorecimiento de la sustancia no intervenida.

5.- Por otra parte, el tipo agravado de la especial gravedad, no sólo resulta del peso extremo del objeto del tráfico, también cabe en los supuestos de utilización de embarcaciones, y el relato fáctico refiere el, empleo de una embarcación de la que desembarcan y dos "gomas", según relatan los testigos y, además, el acusado era autoridad en la lucha contra el tráfico de drogas y la cantidad era notoriamente importante, sin que sobre esas cualificaciones agravatorias se diga absolutamente nada.

6.- Por otra parte, causa cierto sonrojo declarar probado que la tercera entrega de droga, la de los 4.000 kilogramos, era un "regalo" al Estado, del que nunca podría obtener ningún beneficio, tratándose, como antes se dijo, de una conducta enmarcada en una operación de tráfico, por lo tanto favorecedora de este.

La circunstancia de que el recurrente pretendiera justificar su operación en el modo descrito en los hechos probados o simulara ante sus subordinados

su verdadera intención no tiene una relevancia como la que pretende el recurrente, porque ya se advirtió por esta Sala que el relato de los hechos probados no casaba con una argumentación jurídica absolutoria del delito de tráfico de drogas, por lo que se apreció irracionalidad argumental respecto a las razones de la absolución y lo que constaba en los hechos probados respecto del operativo desplegado por el recurrente al organizar tres fases (en los hechos probados antes y después de la sentencia de esta Sala).

Consta en la sentencia ahora recurrida en los hechos probados que:

*El recurrente se retiró de los guardias civiles y de David García Moreno, y habló reservadamente con Jean Manuel Jiménez Montes. En la conversación mantenida con dicho Jean Manuel acordó con éste la realización de una serie de operaciones de entrada de hachís procedente de Marruecos en territorio nacional por playas de la zona de Motril. Dicho acuerdo se estructuró en tres fases: dos primeros alijos de una cantidad aproximada de 2.000 kilogramos de hachís cada uno, en los que el acusado se encargaría de impedir la actuación de interceptación de la droga por los agentes de la Guardia Civil, con aseguramiento de la efectiva entrada de droga para ser destinada a su posterior distribución y venta, así como una tercera entrada de droga, de inferior calidad a la de los primeros alijos, pues en la previsión de dicho acusado su destino era su aprehensión por la Guardia Civil, en cantidad que permitiese aparentar que toda la sustancia introducida (la de los tres previstos alijos) era interceptada por los agentes de la Guardia Civil.*

Y consta en los hechos probados de la primera sentencia que:

*Se retiró de los guardias civiles, controladores de los confidentes, y de David que se hallaba en el lugar, y habló reservadamente con Jean Manuel. En la conversación mantenida con este acordó con éste la realización de una serie de operaciones de entrada de hachís procedente de Marruecos en territorio nacional por playas de la zona de Motril. Dicha operación se estructuró en tres fases: dos primeros alijos de una cantidad aproximada de 2.000 kilogramos de hachís cada uno, en los que el acusado se encargaría de impedir la actuación de interceptación de la droga por los agentes de la Guardia Civil, con aseguramiento de la efectiva entrada de droga para ser destinada a su posterior distribución y venta, así como una tercera entrada de droga, de escasa calidad,*

*destinada a ser aprehendida por la Guardia Civil, a fin de justificar las dos anteriores fases en las que se dejaría entrar la sustancia estupefaciente.*

Nótese que no hay cambios sustanciales en el operativo y que todo se diseña en un pacto o concierto en “tres fases”, no en dos excluyendo la tercera, y es contundente este relato en ambos redactados, ya que consta claramente que la tercera fase era una apariencia para justificar las anteriores, por lo que sí que existe esta conexión respecto de la cantidad aprehendida en la tercera fase y su conexión con las anteriores que, obviamente, debió ser igual o mayor que la de la tercera, ya que el pacto declarado probado era que la *tercera entrada de droga, de escasa calidad, destinada a ser aprehendida por la Guardia Civil, a fin de justificar las dos anteriores fases en las que se dejaría entrar la sustancia estupefaciente.* Y en esta fase se interceptan nada menos que de casi 4.000 k de hachís.

Pese a la queja del recurrente de que la droga no estaba destinada al tráfico consta ya en los primeros hechos probados que del pacto concertado por el recurrente estaba destinado al *aseguramiento de la efectiva entrada de droga para ser destinada a su posterior distribución y venta.*

Y, además, señala el Tribunal en su sentencia recurrida que respecto a la tercera fase del 2 de Mayo de 2006 *consideramos la citada sustancia como destinada al tráfico ilícito en tanto que se enmarca en una operación de entrada de droga estructurada en tres fases, de forma que no podemos realizar una valoración aislada de dicho alijo, o fuera de todo contexto, sino integrada en el conjunto de la operativa descrita y, en cualquier caso, como un acto de favorecimiento del tráfico de la sustancia previamente introducida que no aprehendida.*

Es decir, que la cantidad de droga aprehendida de casi 4.000 kgs de hachís estaba integrado en un acto favorecedor del tráfico de drogas, por cuanto el pacto en el que intervino el recurrente lo era en tres fases operativas y su destino lo era al tráfico de drogas. Y así consta en los hechos probados como hemos expuesto.

En ese pacto estaba clara la ideación y objetivo del recurrente de actuar en tres fases integrándose la tercera en ese fin de favorecimiento del tráfico de drogas y la integración de la tercera fase en la anterior llevada a cabo, probada y con la entrada de la droga no intervenida por los agentes en base a ese pacto

“extraño” del recurrente que consta probado con ese “animo” de destino al tráfico de drogas.

No hay vulneración, por ello, del derecho al juez imparcial. No hay actuación del tribunal de la AP en una irregularidad de exceso y/o modificación del “factum” antes y después de la sentencia de esta Sala, ya que lo que se ha llevado a cabo es ajustar las observaciones de este tribunal en orden a la arbitrariedad y desconexión advertida entre lo que declaró probado antes de esta sentencia ahora recurrida y lo que se valoró en sentencia absolutoria que fue anulada para corregir esas deficiencias conclusivas que no se cohonestaban con los hechos que ese mismo tribunal había declarado probado.

Debemos recordar para dar más fundamento a que la condena que se dicta en la segunda sentencia no vulnera el derecho al juez imparcial, es que en la primera sentencia se admitió de forma categórica que, y es ratificado en la condena y su argumentación:

1.- Existió ese acuerdo y pacto del recurrente con los antes indicados para llevar a cabo estas fases de entrada de droga.

2.- Como fruto de tal pacto estimamos acreditado que se produjeron dos desembarcos de droga: un primer alijo, acordado y consentido por el acusado, de una indeterminada cantidad de fardos, en fecha no precisada del mes de febrero o marzo de 2.006 a que aluden las acusaciones (y que en esta resolución se describe en el hecho tercero en nuestro relato fáctico), y un segundo alijo o desembarco en la madrugada, ya de día, del 2 de mayo de 2.006 (descrito en el hecho quinto de nuestro relato). En este desembarco la conducta del acusado resulta, si cabe, más reveladora de la existencia de dicho pacto. (Esto constaba ya en la primera sentencia, lo que es clarividente del “reproche” motivador que esta Sala llevó a cabo en cuanto al déficit e incoherencia de una motivación absolutoria).

Con ello, si en esta tercera entrega ya se fijó que quedaba evidente la existencia del pacto entre recurrente y los citados y constaba como hecho probado que el pacto lo era para el favorecimiento del tráfico de drogas, la absolución era irracional e ilógica.

3.- El comandante acusado era el jefe del operativo de 2 de mayo de 2.006 (y de todos en que intervenía) y han sido numerosos los testigos que han

referido que la orden de intervención (ya de día, con el alijo prácticamente finalizado) fue manifiestamente tardía.

4.- Son también numerosos los testigos que han referido que el vehículo conducido por el Sr. García Santaella no perseguía, sino que precedía, a la furgoneta, y que su Nissan Terrano no llevaba ningún rotativo prioritario accionado.

5.- Un testigo que lo conocía bien (era su manipulador) afirma rotundamente que la furgoneta era conducida por David. Aunque podamos albergar algún recelo respecto de este último testigo (que llegó a estar imputado durante la instrucción y que trató de influir, según la declaración de David García Moreno, en la declaración de éste –a Santaella le tiras a muerte pero de mi no digas nada-), sus manifestaciones son, en lo esencial, convergentes con la del resto de agentes sobre el desarrollo de ese operativo del 2 de mayo. El propio David reconoce ser el conductor de la furgoneta.

6.- El comandante Sr. García Santaella no judicializó (no solicitó la aplicación del art. 263 bis de la LECr) la operación presentada a los oficiales, suboficiales y guardias a los que expuso la existencia de dos entradas controladas y una tercera en que sería reventada la operación.

7.- En la fecha del primer alijo descrito (febrero/marzo de 2.006) no había ninguna guardería cerca de la costa para ocultar la droga. El Sr. Santaella dijo a los agentes (cuando les presentó la operación) que el hachís que entrase sería llevado a una guardería (cuyo lugar no concretó) que sería controlada por él. La cochera en que se abandona la droga del alijo de 2 de mayo fue alquilada en abril.

8.- De haber actuado el acusado por los plausibles móviles ahora aducidos (investigar las ya aludidas supuestas filtraciones de información sugeridas por los datos de que disponían Jean Manuel Jiménez Montes y David García Moreno), lo lógico hubiera sido participar a la Jefatura sus sospechas y su plan de actuación para descubrir esas posibles fugas de información (no consta que informase a la Jefatura) e incluso dar cuenta de sus recelos al Servicio de Asuntos Internos, en especial, cuando podía razonablemente entender que las filtraciones de información pudieran proceder de los agentes más relacionados con los confidentes (sus captores, sus manipuladores). Nada de eso hizo.

Esta misma referencia consta en la sentencia ahora recurrida en el FD nº 3 para reseñar la existencia de prueba respecto del delito contra la salud pública.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** 2.- Por infracción constitucional. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por no haber sido enjuiciado por un juez imparcial, toda vez que el Tribunal adquirió prejuicios derivados de las advertencias que se contenían en la sentencia de casación que anuló el inicial fallo absolutorio, declarando probados los hechos relativos al delito de cohecho no como fruto de su libre valoración sino en función de la orientación dada por el Tribunal Supremo.

Los criterios para la nulidad de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 858/2021 de 11 Nov. 2021, Rec. 4649/2019 fueron los siguientes:

a.- Revocación de sentencia absolutoria. Gravedad de los hechos, cometidos por el máximo responsable policial contra la lucha de drogas.

b.- Respecto del cohecho tampoco es lógica la argumentación por la que no se declara la concurrencia de una contraprestación a una prestación tan relevante, recibida por el acusado de los traficantes, además de no dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por la acusación.

En cuanto afecta al delito de cohecho la sentencia de esta Sala 858/2021, de 11 de Noviembre recoge que:

“Con relación al delito de cohecho, el tribunal de instancia no da respuesta a la concreta acusación de los 120.000 euros que se afirma en el escrito de acusación fueron recibidos por el acusado como pago de la prestación por el segundo de los alijos realizados, que efectivamente se realizó, como afirma el acusado que ocurrió. La sentencia motiva sobre el desembolso de 120.000 de la primera operación, expresando la escasa credibilidad que le merece quien afirmó habérselo entregado, al igual que respecto de un vehículo entregado, pero nada dice de la segunda operación de desembarco que fue objeto de acusación, sin que el tribunal dé respuesta a la pretensión de condena articulada desde la acusación. Tampoco es lógica la conclusión del tribunal sobre la realización de una conducta, inequívoca de colaboración en el tráfico

realizada por un funcionario, con una prestación concreta consistente en anular el mecanismo represivo, sin una contraprestación para ese funcionario. Al menos requiere un esfuerzo argumentativo superior al de la falta de credibilidad de quien asume realiza la entrega.”

Se ha expuesto en el razonamiento precedente los argumentos de esta Sala respecto a la nulidad acordada y su afectación a la tutela judicial efectiva. Y se añade para motivar la nulidad acordada respecto a la absolución del delito de cohecho que:

“Respecto del cohecho tampoco es lógica la argumentación por la que no se declara la concurrencia de una contraprestación a una prestación tan relevante, además de no dar respuesta a uno de los supuestos de la acusación.”

Y lo que al respecto se acordó es:

“Procede estimar el recurso opuesto y anular la sentencia objeto de la casación, retrotrayendo las actuaciones al momento de la deliberación y redacción de la sentencia.”

Hay que recordar que el art. 419 del CP vigente en 2006 establecía que: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa.”

Constaba ya en los hechos probados de la primera sentencia que *en torno al final del mes de enero de 2.006, solicitó de los agentes de la UPJ de Maracena (guardias con TIP P00994-P y B-76449-K y Sargento con TIP V-70630-P) concertar una entrevista con tales colaboradores, David y Jean Manuel. Dicha entrevista tuvo lugar en las proximidades del Pantano de Cubillas en fecha no determinada, pero a finales de enero del año 2006. Durante la misma, el entonces Comandante Sr. García Santaella se retiró de los guardias civiles, controladores de los confidentes, y de David García Moreno que también se hallaba en el lugar, y habló reservadamente con Jean Manuel Jiménez Montes. En la conversación mantenida con dicho Jean Manuel acordó con éste la realización de una serie de operaciones de entrada de hachís procedente de*

*Marruecos en territorio nacional por playas de la zona de Motril. Ratificado en los hechos probados de la segunda sentencia.*

Con ello, consta como hecho probado que el funcionario público guardia civil recibió y aceptó el ofrecimiento para realizar en el ejercicio de su cargo acciones y omisiones constitutivas del delito contra la salud pública.

Hay que señalar que el Ministerio Fiscal sostuvo en el primer juicio que el acuerdo fijaba prestación y contraprestación, es decir, se facilitaba la entrada de droga a cambio de una cantidad. La sentencia primera dictada daba por probado el acuerdo, la prestación del acusado, pero no entra a analizar la contraprestación. Por ello, no es que concluya que no hay prueba, es que no entra a valorar que ha ocurrido con esas dos primeras entregas de 120.000 que, según la acusación, había de percibir. Y es el silencio al respecto por ausencia de motivación sobre este extremo que lleva a que tal silencio es de suma importancia, pues el silencio supone no entrar a valorar uno de los elementos esenciales del delito de cohecho y ello sí conllevaba vulnerar la tutela judicial efectiva de la acusación y dio lugar a que esta Sala anulara también la sentencia de instancia en la primera y ordenara también motivar sobre la acusación por cohecho y las pruebas practicadas, en lugar de silenciarlas. Es por ello, por lo que en la sentencia dictada ahora recurrida y valorando las pruebas practicadas es cuando recoge en el hecho probado sexto que: *Como contraprestación por su colaboración en la realización de los mencionados alijos descritos en los apartados tercero y quinto de esta relación de hechos, el acusado Francisco García Santaella recibió de David García Moreno una cantidad de dinero no determinada, pero en torno a 120.000 euros.*

Pero es que, además, en el hecho 5º de los hechos probados de la primera sentencia también se hace mención a ese pacto, ofrecimiento, solicitud o recepción al constar que *el Comandante Sr. García Santaella, junto a los acusados David García Moreno, quien ejercía funciones de dirección de las operaciones de tierra, y Rachid Zahiri, mayor de edad, sin antecedentes penales en la fecha de los hechos y que se encuentra en situación procesal de rebeldía, quien presuntamente ejercía funciones de intermediario con los traficantes marroquíes, acordaron la realización de una entrada de sustancias estupefacientes que debía considerarse la tercera fase de la operación, a realizar el 2 de mayo de 2006 y destinada a ser interceptada por la Guardia Civil.*

Para relatar los operativos preparados en la tercera fase de la operación relacionada con la declarada probada en cuanto al favorecimiento del tráfico de drogas, pero que integraba una operación de cohecho por su carácter de funcionario público en un operativo en el que en el hecho sexto de la sentencia recurrida se da carta de naturaleza a la pretensión que formuló el Fiscal en el juicio oral y que no obtuvo argumentada respuesta en sentido positivo o negativo, con argumentación coherente y lógica atendida la prueba practicada. Y es lo que lleva a cabo el tribunal en la segunda sentencia al señalar esta Sala en la sentencia 858/2021, de 11 de Noviembre de que tampoco es lógica la argumentación por la que no se declara la concurrencia de una contraprestación a una prestación tan relevante, recibida por el acusado de los traficantes, además de no dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por la acusación.

Por ello, tampoco respecto al delito de cohecho ha habido vulneración al juez imparcial, habiéndose ajustado el tribunal de instancia a lo señalado por esta Sala respecto de la carencia de respuesta a una pretensión concreta, clara y concluyente respecto de un extremo fáctico que el Fiscal que recurrió consideró básico respecto a las pruebas que aportó de que *Como contraprestación por su colaboración en la realización de los mencionados alijos descritos en los apartados tercero y quinto de esta relación de hechos, el acusado Francisco García Santaella recibió de David García Moreno una cantidad de dinero no determinada, pero en torno a 120.000 euros.*

Con ello, lo que se declaró probado es el alijo de droga probado en los hechos probados nº 3 y 5 y la actuación delictiva de cohecho del recurrente *al recibir de David García Moreno una cantidad de dinero no determinada, pero en torno a 120.000 euros.*

Hay que recordar que consta probado que “En la conversación mantenida con dicho Jean Manuel acordó con éste la realización de una serie de operaciones de entrada de hachís procedente de Marruecos en territorio nacional por playas de la zona de Motril.” Y se citan las fases que se declararon probadas respecto a la entrada de droga, -hachís- en el objetivo de favorecer su distribución.

Ya advirtió esta Sala en la sentencia 858/2021 de 11 de Noviembre que existía un grave déficit de motivación, por cuanto pese a la declaración de hechos probados del pacto que existió del recurrente para la entrada de alijos

de droga en la zona pactada existía prueba de cargo, además, suficiente que se valoró de forma escueta y parca, señalando esta Sala que *Respecto del delito de cohecho, la convicción absolutoria radica en la falta de credibilidad de las personas que declararon haber realizado las entregas del dinero, 120.000 euros y un coche.* Y ello era determinante de arbitrariedad y falta de la debida motivación suficiente para atender la pretensión de la acusación con un relato de hechos probados que evidenciaba que el recurrente se había movido en un pacto con petición ofrecimiento o promesa de coadyuvar y cooperar en una actividad delictiva con la contraprestación que la acusación entendió probada, y que es a raíz de la declaración de nulidad de la sentencia por esta falta de motivación cuando se completa la misma. No es que se haya realizado una valoración de la prueba por la Sala, sino que se le apunta al tribunal que lleve a cabo el esfuerzo motivador acerca de la pretensión acusatoria de que motive la prueba de cargo, que es lo que en la sentencia ahora recurrida lleva a cabo.

Pues bien, la sentencia ha argumentado de forma extensa y completa en esta ocasión la existencia de respuesta a la pretensión fiscal, frente a la parquedad de la sentencia que fue anulada por esta Sala por su falta de desarrollo argumental, y, así, en los folios 70 a 74 señala que:

*“Esta Sala entiende acreditado que, en el caso de David, existió una compensación económica por parte de éste al acusado García Santaella, de cuantía no determinada, pero en torno a 120.000 euros.*

*Los elementos de convicción de cargo apreciados por la Sala en relación con el delito de cohecho asociado al citado David no proceden tan solo de sus manifestaciones, en las que reconoce haber entregado importantes sumas de dinero al acusado García Santaella (120.000 euros en metálico y la mitad de la venta de varios fardos de hachis -3 o 4-). David García admite, por tanto, su participación en el delito de cohecho como agente corruptor de un funcionario público. Ha declarado que tales entregas de dinero están relacionadas con el pacto alcanzado con García Santaella y eran su retribución por asegurar el buen fin de los desembarcos (asegurar la playa, dice David), omitiendo la actuación que le era debida de impedir (o intentarlo al menos) la comisión del delito y de perseguir y detener a sus autores. Hemos declarado probada la participación en el delito contra la salud pública y la vinculación entre dicha conducta y el propósito lucrativo del funcionario público resulta lógica y razonable.*

*Junto a las manifestaciones de David García, no podemos dejar de ponderar, como elemento de cargo en la corroboración de que el acusado habría recibido ingresos no justificados, los resultados de los informes elaborados por la Unidad Central Operativa (en adelante UCO) sobre la investigación patrimonial realizada al acusado. Existe un primer informe (folios 3177 a 3294, Atestado 1/2016, Tomo VI) que fue objeto de ampliación (folios 3413 a 3495, Atestado 93/2016, Tomo VI) en relación con un delito de blanqueo de capitales, que también fue inicialmente imputado al acusado y por el que tan solo acusaba provisionalmente la acusación popular, acusación retirada al inicio de las sesiones de juicio oral. Según las conclusiones de dicho informe (folio 3493, Tomo VI) en total los pagos que el matrimonio Santaella-Domínguez habría realizado con dinero en efectivo cuyo origen no se ha podido determinar, asciende a la cantidad total de entre 138.582,68 € y 159.582,68 €. Tras la realización de alegaciones y aportación de documentos por la defensa del acusado (folios 4702 a 4704, Tomo VI), y examinados por la UCO, se emite el informe (folios 4748 a 4803, Tomo VIII) en el que se afirma que se mantienen las conclusiones de los anteriores, si bien al folio 4803 se concluye que el total de los pagos que el matrimonio Santaella-Domínguez habría realizado con dinero en efectivo cuyo origen no se ha podido determinar asciende a la cantidad total de entre 108.761'08 € y 129.761'08 €.*

*Cierto es que estas conclusiones de los informes de la UCO contrastan con el resultado de las investigaciones realizadas por el SAI en los años 2.006 y 2.008, que concluyeron que no existían indicios de enriquecimiento por parte del acusado como consecuencia de estas operaciones de tráfico de drogas, así como han sido rebatidas por el informe pericial económico del Sr. Joyanes aportado por la defensa (que estima justificados todos los pagos realizados por el acusado y su esposa para la compra de diversos bienes). Pero la Sala extrae de esos informes de la UCO apoyo suficiente para considerar que el acusado percibió cantidades en metálico como retribución de su participación en el tráfico de estupefacientes. Aunque, insistimos, no podamos determinar el importe de las mismas.*

*Y en tercer lugar, como poderoso indicio para reforzar esas manifestaciones de David García Moreno no podemos obviar que, admitida como probada por este Tribunal la colaboración del acusado Sr. García*

*Santaella en el delito contra la salud pública, en los términos que hemos expuesto, el ánimo lucrativo o económico se erige en la más lógica motivación del acusado para participar en el tráfico de drogas. Dicho en otros términos, convenimos que resulta difícilmente concebible, y aun inimaginable, asumir el riesgo de la comisión de un delito contra la salud pública de la envergadura que hemos descrito sin reclamar y obtener una contraprestación económica importante por su contribución al éxito de la actividad delictiva. Así lo destaca también la STS 858/2021. No concebimos otras motivaciones del acusado Sr. García Santaella, como pudieran ser el mérito o reconocimiento profesional por su labor de represión del tráfico de drogas, por dos razones: en primer lugar, el acusado ya gozaba de dicho prestigio porque, según sus propias declaraciones, en su época al mando de la Comandancia se lograron registros nunca vistos de incautación de hachis; en segundo lugar, porque si lo que pretendía era detener a David y al máximo de intervinientes en la operación diseñada, no encontramos explicación alguna (que no sea la de su participación delictiva) a que el citado David no fuese detenido en el alijo de 2 de mayo de 2.006 cuando a su alcance lo tuvo el acusado, que no solo no lo detuvo, sino que propició su salida de la playa a bordo de una furgoneta.*

*Ahora bien, que hayamos admitido que existió una compensación económica no resulta incompatible, en nuestro criterio, con la falta de determinación de la cantidad o cantidades que David entregó al acusado Francisco García Santaella.*

*En primer lugar, por lo que concierne a la entrega de 120.000 euros, en metálico, por parte del coacusado David García Moreno, cierto es que ofrece detalles relativos al lugar y circunstancias en que dicho pago se produjo. Ha declarado que una vez reunió dicha cantidad, llamó a Santaella y éste le dijo “vente al cuartel”, para lo que él le dijo (a fin de facilitar su entrada a la comandancia de Almanjáyar) que llevaba un Golf, cuya matrícula le dio. A su llegada, un guardia civil le acompañó al despacho de Santaella. Ya a solas, le entregó el dinero y Santaella le dijo “pero estás loco” (reprochándole que se lo hubiera llevado y entregado allí). Ambos se fueron en su coche hacia el barrio de La Chana, en el que Santaella se bajó en una zona de bloques antiguos y a los 15 o 20 minutos regresó sin la bolsa del dinero. Relata David García Moreno este episodio de nuevo con algún adorno fantasioso, como cuando responde a*

*preguntas de la representante del Ministerio Fiscal (para aparentar su influencia y licencias que podía tomarse), que incluso antes de entrar en la comandancia cogió de la bolsa 200 € y compró dos pistolas de perdigones con las que entró en la comandancia.*

*Sobre que la suma entregada fuesen 120.000 euros no existe más prueba que la declaración del coimputado David García Moreno. Pero en la investigación realizada por el SAI se le atribuye (por parte de agentes de la Guardia Civil que las habrían escuchado) la mención a otras cantidades entregadas por este coacusado a García Santaella. Así, al folio 584 obra nota de investigación del SAI según la cual el Alférez Jefe del EDOA informó que a un agente de la Guardia Civil le habría dicho David que pagó a Santaella 80.000.000 de las antiguas pesetas. En otra ocasión (folio 588) David habría dicho al citado agente Nicolás que pagó al comandante Santaella 390.000 euros por apoyar sus actividades de narcotráfico.*

*Respecto del segundo de los hechos relacionados con este delito, David García Moreno declara que el acusado le entregó unos de fardos en comisión de venta y posteriormente, una vez realizada dicha venta, entregó 50.000 euros al acusado Sr. García Santaella. Sus declaraciones al respecto resultan contradictorias en cuanto a la cantidad pagada al comandante. En su declaración judicial, leída en el plenario, dice que fueron 60.000 euros y que no recuerda si el dinero se lo dio en Peligros o en el mirador de Alfacar. Pero en su declaración policial de fecha 18/11/2014 (folios 9 y ss) manifestó sobre este hecho que entre febrero y agosto de 2.006 Santaella le entregó unos fardos (no precisó en ese momento cuantos) para que los vendiera, con reparto de lo obtenido por mitad, que los vendió, sacó 60.000 euros y entregó la mitad -serían en tal caso 30.000 euros, frente a los 50.000 € a que aluden las acusaciones- a Santaella en el mirador de Alfacar. No hallamos en relación con esta suma, ni con el hecho de la previa entrega de los fardos, ningún elemento externo o de confirmación de tal manifestación, al margen de las dificultades para que el acusado García Santaella se apoderase, con discreción y sin levantar sospechas entre el resto de guardias del operativo, de tres o cuatro fardos de hachís -supuestamente procedentes del alijo de 8 de mayo de 2.006-, los cargase en su coche y se los llevase y entregase al coacusado David.*

*En suma, estimamos acreditada la existencia de una retribución económica, pero no su cuantía.*

Pero es que el propio recurrente en la exposición de su siguiente motivo reseña que respecto al interrogatorio a Richard Zahiri que:

*Sobre el supuesto pago de 120.000 € al Sr. García Santaella. En la declaración policial y en la primera judicial Rachid Zahiri dijo que se pagó a Santaella 120.000 € en una bolsa de plástico, y que estaba seguro que David García le había entregado dicha bolsa a Santaella.*

*Posteriormente, en la declaración judicial reproducida en el acto del Juicio Oral, manifiesta que los 120.000 € se los pidió David García para supuestamente entregarlos a Santaella, pero que no le consta que los entregase (CD nº 28, corte 20'38'' al 29'02''): ACUSACIÓN AUGC.- Usted dice que le da 120.000€ a David para que se lo de al Sr. Santaella ¿Usted sabe si se los da, si llegan a sus manos? RACHID.- No sé. ACUSACIÓN AUGC.- Ese dinero ¿Se lo pidió directamente el mando de la Guardia Civil? RACHID.- No, el David. ACUSACIÓN AUGC.- ¿O sea, usted no sabe si ese dinero llega al Sr. Santaella? RACHID.- No.”*

Es un elemento más a tener en cuenta, porque se valora también esta declaración leída y que abunda más en la idea de que el dinero se pide expresamente bajo la idea de que fuera la “contraprestación” para llevar a cabo las fases de descarga de los alijos de droga que se habían pactado tal y como consta en los hechos probados, y, al menos, los que constan en los hechos probados nº 3 y 5. Concurren, así, los elementos del tipo penal del art. 419 CP de la conducta del funcionario público que “solicitar o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito”.

No queda duda alguna de que en este caso sí que se da respuesta a la pretensión de la parte acusadora frente a la sentencia anulada. Y no se trata de que tuviera que ser condenatoria esta argumentación frente a lo expuesto en la sentencia de esta Sala, sino que lo que se expone en la STS 858/2021 es que no cabía argumentar de forma escueta que la inexistencia del cohecho procedía lisa y llanamente de una falta de credibilidad en lo que se había expuesto, cuando se ha visto en la presente argumentación del tribunal que sí existía

prueba de cargo suficiente para la resolución de esta pretensión y que en este caso está argumentada la respuesta.

Podría haber sido, sin embargo, esta argumentación de corte absolutorio, porque esta Sala en ningún momento expone que fuera de corte condenatorio, sino que argumentara la respuesta, pero la Sala concluye con esta completa argumentación que se corresponde con la prueba que se practicó.

Así, en este motivo no puede incidirse en valoración de prueba, sino estrictamente en lo que es objeto del motivo atinente al alegato de vulneración del derecho al juez imparcial, que no se ha producido en tanto en cuanto que el tribunal de instancia ha valorado debidamente la prueba practicada y suplido sus omisiones valorativas en la sentencia, dando respuesta debida a la petición del Fiscal, siendo coherente la sentencia con la prueba practicada. No hay exceso en la función desplegada por el Tribunal a raíz la resolución de esta Sala ante las omisiones valorativas del tribunal resueltas en la sentencia ahora recurrida.

El motivo se desestima.

**CUARTO.- 3.-** Por infracción de precepto constitucional del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lo que se cuestiona en el presente caso es la “suficiencia” de la prueba de cargo para la condena. Así, el recurrente lleva a cabo un impecable y admirable esfuerzo del análisis de la prueba concurrente en el juicio y las circunstancias que concurren en la valorada y tenida en cuenta por el tribunal para la condena, planteando el recurrente un esmerado estudio acerca de cuáles fueron las pruebas practicadas, y, desde su punto de vista, la insuficiencia para entender que con ella se puede entender enervada la presunción de inocencia.

Debemos recordar que la doctrina en este punto recuerda la referencia al derecho anglosajón en este terreno haciendo mención a la denominada carga de producción probatoria (*Production burdens on prosecution case*) en cabeza del acusador, el criterio de persuasión probatorio exigido al acusador (*beyond reasonable doubt*) y la posible intervención del acusado con asesoramiento lo

que se conoce en los documentos históricos con la famosa frase se lo dejo a mi defensa (*I leave to my counsel*).

En este terreno, la doctrina señala que en cuanto a la carga de la prueba debe existir una doble comprensión:

1.- Por una parte, la carga de la persuasión (*persuasive burden o legal burden*), entendida como la obligación impuesta a una parte por una disposición legal de probar un hecho controvertido;

2.- Por otra parte, la carga de la evidencia (*evidential burden*), entendida como la obligación de una parte de aportar prueba suficiente de un hecho controvertido ante del tribunal de los hechos.

Porque en este terreno de la presunción de inocencia sobre el que el recurrente formula ahora su motivo debe tenerse en cuenta que es el acusador el que debe construir su tesis acusatoria basada en la prueba de cargo que debe analizar el tribunal efectuando el juicio comparativo con la de descargo de la defensa, aunque sin las exigencias de ésta última, obviamente, de probar su inocencia, sino de ofrecer, también, las pruebas que contradicen y tienen como objetivo ofrecer la duda al tribunal acerca de la tesis de la acusación, o destruyendo las pruebas.

Siguiendo con el alegato del recurrente en torno a la presunción de inocencia que se alega es preciso atender con la doctrina anglosajona en este terreno a lo que denominan en el terreno de la exigencia de cuánta prueba y de qué calidad, que no cantidad se debe exigir para tener por enervada la presunción de inocencia. Así, se apunta que La dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria, y tiene su equivalente en la expresión anglosajona *standard of proof* que, en palabras del Tribunal Supremo americano, tiene por finalidad «instruir al jurado sobre el grado de confianza que la sociedad piensa que debería tener en la certeza de las conclusiones de los hechos en una particular declaración» (*In re Wip*). Se cita también la expresión *proof leaving no doubt*, que podría ser traducida por prueba fuera de toda duda.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha declarado que para vencer la presunción de inocencia, recogida en el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la acusación debe practicar una prueba que esté más allá de toda duda

razonable (STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegue y Jabardo vs. España).

Es evidente, así, y se ha expuesto, que la dosis de prueba es una medida subjetiva judicial, y que se plasma con la debida motivación de la sentencia en donde se lleva a cabo un desarrollo de la prueba que se ha tenido en cuenta por el tribunal para dictar sentencia, y que en el caso de condena en razón a que se entiende que se alcanza el grado de suficiencia y calidad de la prueba de cargo que no ha sido destruida por la de descargo expuesta por la defensa.

En cuanto a la razón de la convicción judicial expresada en la sentencia sobre la prueba de cargo es preciso recordar que la mejor doctrina expresa que no es fácil medir la intensidad de la convicción de una persona, ni ello puede desprenderse de un estándar legal, con lo que al final lo relevante es que existan mecanismos que nos permitan objetivar el proceso —subjetivo— de la formación de la convicción judicial, que es lo que se refleja en la sentencia con la motivación de la valoración probatoria en la medida en que en esta es donde debe el juez o tribunal reflejar cuál ha sido la prueba de cargo tenida en cuenta para la condena, y mediante un esfuerzo de concretar la prueba de cargo, explicar la concatenación entre la misma, reflejar la prueba de descargo de la defensa y el proceso objetivable de convicción, que aunque esta sea subjetiva es preciso que en su plasmación en la sentencia se objective.

Se apunta de esta manera que se ha definido el estándar de prueba como la «medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos» y también como «el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada». El término estándar de prueba debe relacionarse con el de la carga de la prueba que se exige para poder tener por enervada la presunción de inocencia, que es lo que discute el recurrente que no ha llegado al grado de “suficiencia”, “entidad”, y “calidad de la prueba” para poder entenderse que se ha alcanzado en el juicio oral la necesaria para destruir la inocencia del acusado.

De todos modos, la doctrina también destaca que no hay estándares absolutos en ningún proceso y dentro de cada estándar de prueba —*beyond any reasonable doubt* (penal) y *preponderance of evidence* (civil)— pueden existir grados (o intensidades) distintas de prueba, en función de la materia objeto de decisión.

Pues bien, planteado por el recurrente que se vulneró la presunción de inocencia y que no ha habido prueba de cargo hay que recordar los siguientes elementos de prueba que refiere el tribunal de instancia en su sentencia:

1.- Existencia de la dación de cuenta de lo que había hablado el recurrente con David García y Jean Manuel con sus agentes subordinados.

“De esas reuniones tanto en la Comandancia (sesión de coordinación) como en la Sala de Juntas de la capitanía de Motril, dan cuenta numerosos testigos, miembros de la Guardia Civil (los integrantes de la UOPJ de Maracena, el entonces teniente -actualmente capitán- N-01985-Z, entre otros, el entonces capitán –actualmente comandante retirado- C-01420-X, así como el Jefe del Servicio de Vigilancia Aduanera (Dava) en Motril. Todos ellos refieren que ese fue el contenido de dichas reuniones: la exposición por el acusado de que iba a realizarse una operación en tres fases. Las dos primeras fases o desembarcos de droga serían permitidos, con almacenamiento de la droga alijada en una guardería que sería controlada por él, y una tercera fase en la que se actuaría, se detendría a los autores, y se intervendría la sustancia desembarcada en esa tercera fase, además de la que hubiera depositada en esa guardería procedente de las fases anteriores toleradas.”

2.- Hecho tercero de los probados. (Pags 43 y ss) Desembarco de droga de Febrero/Marzo 2006.

Se recoge como prueba tenida en cuenta por el tribunal para admitir el conocimiento y participación del recurrente en los hechos que:

*“Sobre esa participación del acusado en esa misión internacional, el instructor de las diligencias policiales no halló rastro alguno en el expediente personal del acusado, en el que no figura ninguna comisión de servicio en esas fechas. Pero lo más relevante para este Tribunal es que no son pocos los miembros de la Guardia Civil, además del coimputado David García Moreno, que confirman la presencia del acusado en el dispositivo de vigilancia por él comandado en aquella ocasión. Son testigos directamente presenciales de ese alijo, observado por ambos a través de una cámara térmica, tanto el guardia del EDOA con TIP F-83555-K como el Cabo del Servicio Marítimo con TIP G-00330-P.*

*El primero de ellos que, cierto es, sitúa el hecho a primeros de febrero, a propósito de esa primera fase a la que correspondería dicho desembarco, ha*

*manifestado que el operativo fue dirigido por el Comandante Sr. García Santaella, como todos los dispositivos efectuados en la costa en los que bajaba dicho comandante; textualmente refiere este guardia que se reunieron en el Cuartel de Calahonda y les dijeron por dónde iba a ser. Iba como operador de la cámara térmica. Con él estaba el cabo G-00330-P, que pertenece al servicio marítimo pero en ese alijo no había intervención desde el agua en esa primera fase, para ver la gente que entraba y así tener experiencia para la tercera fase. Se colocó en un lugar desde el que veía el acercamiento a tierra y el desembarco. Conoce la zona. Primero les ubicaron en una zona desde la que no tenía visión sobre la tierra, por eso se cambió de sitio y se colocó en un lugar desde el que vio todo. La barca tocó tierra, se acercaron 8 o 10 personas. Llegó la furgoneta, cargaron, la goma dio marcha atrás y se fue. Pudo ser un camioncillo. Contaron de 100 a 120 fardos. A razón de 30 kilos, unos 4.000 kilos, o cerca. A la vuelta, en una reunión, Santaella dijo que todo había ido bien y que habían entrado unos 60 fardos, a lo que él respondió que habían entrado 120 y entonces Santaella dijo “ya nos han engañado”. No se habló de seguimiento de la furgoneta. La operación era del equipo de PJ Maracena y ellos -los miembros del EDOA- daban apoyo. Supone que eso se llevó a una guardería.*

*El segundo testigo citado, el Cabo G-00330-P, patrón de una de las patrulleras pertenecientes al Servicio Marítimo (SM), sobre este episodio refiere que en el primer dispositivo estaba en tierra, con el propósito de tomar experiencia para alijos sucesivos. Observó con la cámara térmica, en la zona de los Yesos, lo recuerda vagamente, pero vio una embarcación que alijó y se cargó en un camión que salió del lugar. No se interceptó ni se detuvo a nadie. Se remite a lo que declaró a los compañeros (se refiere al atestado de estas diligencias). Recuerda que comentó que se habían cargado más fardos de los que se decía que debían ser cargados según el Comandante, aunque no lo recuerda bien, dada la gran cantidad de operaciones en que interviene.*

*Además de estos dos testigos presenciales, que observan por sí las operaciones de arribada a playa, descarga de fardos y carga en un vehículo, otros miembros de la Guardia Civil, aun no presenciando, desde las respectivas posiciones que ocupaban en el dispositivo, esa operación de alijo, dan cuenta de su presencia e integración en el operativo en tal ocasión.*

*El teniente (hoy capitán) N-01985-Z, Jefe del Resguardo Fiscal de Motril, sobre ese hecho refiere que tras esa reunión en la que el Comandante Santaella expuso la operación en tres fases en el Salón de la Capitanía de la Comandancia de Motril, poco tiempo después, en una reunión en el cuartel de Calahonda en la que apareció el Comandante Santaella, le dijo que se iba a producir un alijo, la zona aproximada y lo que quería que hiciesen los agentes. Una noche le dijo que fuese al límite de la provincia con las patrullas uniformadas, esperase instrucciones y que sitúe la cámara térmica en la zona de Melicena. Sus agentes (él no) vieron ese primer alijo con una cámara (se refiere a los de la Patrulla Fiscal). Vieron el alijo en la zona de los Yesos. El no lo vio, estaba muy retirado, en el límite de Almería (unos 15 kms.). Después les llamó Santaella y les reunió para decirles que todo había ido bien, que el alijo se había realizado conforme a lo previsto. Los operadores de cámara comentaron que contaron unos 100/120 fardos alijados. Comprobaron la existencia de indicios de alijo en la merma del agua (rodadas de una pequeña carretilla, huellas de porteadores). En su experiencia, ninguna goma venía con menos de 100 fardos. No recuerda si sus compañeros hablaron de un camioncillo, solo habla por referencia porque él no vio el alijo. Esos fardos debían aparecer al final de la tercera fase, en la guardería (el Comandante les dijo que iba a estar constantemente vigilada). Santaella les dijo, en una zona de Melicena (fue con el guardia Emilio), que por allí podían ubicar la guardería. Incluso él les dijo a las patrullas esto de que la guardería podría instalarse allí y que no interfiriesen ni se hiciesen muy visibles.*

*También dan cuenta de tal hecho los agentes del Equipo Territorial de la UOPJ de Maracena P-00994-P y B-76449-K. El primero de ellos señala que hubo una primera operación entre primeros y mitad de febrero. En una playa que no conocía (Yesos o Castillo de Baños, no recuerda). A él le pusieron en una montaña al lado de una furgoneta con una cámara de visión nocturna. No vio la entrada de la droga. No manejaba la cámara. No recuerda ver un camioncillo. Sí recuerda que el que estaba en la cámara dijo que habían entrado más de dos mil kilos. Ya en la playa, el cabo G-00330-P dijo "Mi comandante, han entrado más de dos mil", y Santaella respondió "éste me ha engañado ya". Vieron pisadas en la playa. El segundo guardia de la UOPJ de Maracena, B-76449-K, sostiene que en la primera fase estuvo cerca de la carretera. Cree que*

*fue en febrero, no recuerda el día. Había gente de la Pafite, de marítimos (cabo Pilar), no sabe si alguna patrulla rural, dos miembros del EDOA y los de Maracena. Se veía muy mal, era de noche. No vio llegar la goma a la playa. Los de la térmica contaron los fardos que se alijaban. El Cabo Pilar dijo in situ, en ese momento, “han alijado más de lo que Vd ha dicho, mi Comandante” y Santaella dijo “ya me han engañao”.*

*A esa operación en tres fases, de la que ésta sería el primer alijo, alude también el Jefe del DAVA en Motril, con identificador Numa 33320, aunque presencialmente solo consta que interviniese en el alijo de 2 de mayo de 2.006. Explica este testigo que le llamó el Comandante Santaella y le dijo que se iba a producir una entrega controlada en tres fases, 2.000 kilos cada uno. Eso sería a principios de invierno. Las primeras se dejaban entrar a una guardería y en la tercera se reventaba la operación. Recuerda una reunión previa en Motril en la que Santaella explicó estas fases y posteriormente le fue llamando cada vez que se iban a producir los alijos, a fin de que no interfirieran en la operación, es decir, que retirase sus medios aeronavales de vigilancia para evitar alertar a los delincuentes. Le llamaba y le decía que se ha producido el alijo y que controlaba la guardería con las cámaras del Sive. Se produjo el segundo alijo (le volvió a llamar para decirle que todo había ido bien). Le dijo que la guardería estaba en Melicena. Tras el segundo alijo pasaron unos meses, lo que le sorprendió por el riesgo de tener 4.000 kilos en una guardería.*

*Por ultimo, el coacusado David García Moreno, en sus declaraciones, alude también a esta operación, en la que refiere que entraron unos 3.500 kilos, que se llevaron a una guardería en Cogollos Vega, lugar bien distante de la costa, próximo a Granada.*

*La Sala, valoradas todas estas manifestaciones, estima probado que el desembarco se produjo, sin poder precisar su fecha, y que se correspondía con esa operación ofrecida por los confidentes captados por la UOPJ de Maracena, es decir, con esa primera fase a que se alude por las acusaciones.*

*No juzgamos creíble esa suerte de confabulación en su contra insinuada por el acusado, por parte de todos los citados agentes de la Guardia Civil que se refieren a esta operación, así como por parte del responsable del DAVA. Los referidos agentes declaran, sin duda alguna aun cuando no precisen fecha, que tal operación de alijo se produjo con la aquiescencia del Comandante Sr. García*

*Santaella, que dirigía el dispositivo e impartió la orden de no actuar, dejar entrar la droga y no detener a nadie, con la excusa de que dicha sustancia sería depositada en una guardería que él controlaría mediante la colocación de una cámara y que sería intervenida en la fase final de la operación; intervención que, en cambio, nunca se produjo, sino que tal sustancia, en cuantía que hemos considerado importante, accedió al mercado ilícito.”*

Con ello, resulta indudable la existencia de prueba bastante para entender enervada la presunción de inocencia.

### 3.- Hecho 5º.

Consta una extensa argumentación del tribunal que consolida la suficiencia de la prueba de cargo concurrente para la condena y la intervención del recurrente en este tercer hecho/fase y su participación en el pacto/acuerdo tendente a permitir los desembarcos de droga para favorecer su distribución:

*Alijo del 2 de Mayo de 2006. 3ª Fase.*

*El recurrente permitió en virtud del pacto la entrada de la droga en una operación en fases.*

*“Abordamos aquí el alijo de 2 de mayo de 2.006, hecho principal en la presente causa cuyo desarrollo inclina a esta Sala a considerar que la conducta del acusado Sr. García Santaella es por completo reveladora de su verdadera intención de permitir, en virtud del acuerdo alcanzado con el acusado David García Moreno, la entrada de droga procedente de Marruecos, con arreglo a la referida operación en fases. El acusado Sr. García Santaella manifiesta que su propósito era perseguir el tráfico ilícito de droga, las posibles filtraciones de información y detener al acusado David García. Tras valorar su conducta en este alijo, así como la mantenida en el anteriormente citado, esta Sala no cree que esa fuera su intención.*

*Esta operación, fuese la segunda o la tercera de las tres acordadas, constituía el alijo destinado a ser confiscado por la Guardia Civil. Con este alijo el acusado (y también David García Moreno), intentaban aparentar ante el resto de agentes de la Guardia Civil que la operación en fases se había completado y que se incautaba la droga procedente de todas las fases de la misma, entre lo intervenido en la playa y lo que se ocupase en la guardería (lo que hubiera del anterior -o anteriores- alijo). Esto explica, a nuestro juicio, que el alijo fuese de dos lanchas, pues se trataba de llevar hasta la guardería la mayor cantidad de*

sustancia y generar la apariencia de que en dicha guardería se descubría hachis procedente de alijos anteriores.

A propósito de este alijo de 2 de mayo de 2.006, de nuevo las explicaciones del acusado Sr. García Santaella han sido profusas. Como antecedente de tal alijo, refiere que tras la reunión con Jean Manuel, la del día 20/1/2006, ya en marzo, estaba una noche en el COS, con agentes de distintas compañías (se encontraba también presente el alférez Y-98908-R) en una época en que había muchos atracos de máquinas tragaperras en bares. En esa reunión, se recibe una llamada en el COS, coge el teléfono el citado alférez y le dice “algo ha pasado porque Nicolás -el agente B-76449-K-, está muy nervioso porque algo ha pasado con David”. Fue con el alférez a Maracena, llegaron al cuartel y le dijo Nicolás que “David está allí, llorando, y dice que le quieren matar”. El acusado agrega que recuerda que llovía y se entrevistó con David, quien le dice que Jean Manuel “se ha largado con 300.000 euros y que a él le están buscando los moros y que Jean Manuel les ha engañado a los dos”, a lo que le contestó “que a él no le ha engañado porque expectativas de servicio que no se cumplen hay muchas”. En ese momento se entera de que Jean Manuel se ha ido. En ese momento David le dice que si le mantiene el trato hecho con Jean Manuel (no sabe lo que le contaría Jean Manuel a David sobre ese supuesto trato) está dispuesto a seguir con dicho trato porque en realidad él (David) es el jefe de la organización, es el dueño de la goma, tiene la guardería y tiene la gente de tierra. Le dijo a David que no le respetaba ningún trato ni le interesaba su oferta y que con Jean Manuel no había hecho trato alguno. David le dijo “podemos hablar a solas” y él le pidió a Nicolás que se alejase un poco. Entonces David le insistió en que si le respetaba el trato, le decía “quién le daba el agua al moro sobre la patrullera y sobre la cámara”, lo que tiene mucho que ver con la información que Jean Manuel había mostrado conocer en la reunión del Pantano de Cubillas. Eso es lo que él buscaba, las filtraciones internas, los alijos le daban igual. Eso fue en marzo, porque empezaron a bajar muchas veces a partir de esa reunión.

Ya en relación con su intervención en ese alijo de fecha 2 de mayo, refiere el acusado Sr. García Santaella que supo de esa operación porque tras la conversación con David en marzo (y por eso empezaron a bajar muchas veces), David le dijo a Nicolás que su goma ha salido a Marruecos a cargar, que

posiblemente alijará por Castillo de Baños sobre las 4.00 de la madrugada. Por la mañana, David habla con su manipulador (Nicolás) y le dice que todo está en marcha, que están cargando y todo sigue para adelante. Van a la comandancia y organizan el dispositivo (COS-Sive), les dicen que viene de Nador. Bajan a la costa, se reúnen con el teniente N-01985-Z, los del Dava,... y más gente. Exponen la información que tienen procedente de David. Al filo de las 12.00 de la noche, el manipulador intenta hablar con David pero no contesta, no le coge el teléfono. Nicolás sale con un compañero a buscar a David. Sobre la una y pico no lo localizan y él dispone que se monte el dispositivo del EDOA en los Yesos (porque hasta entonces les habían dicho siempre que el alijo sería en la playa de Los Yesos). Llamó al COS sobre las 2.00 y dijo “esto no pinta bien, no localizamos la fuente, estaos atentos por si intenta colarnos algo por otro lado”. A las 4.00 más o menos le llama el operador del Sive, y le dice que han detectado un track, le habla de dos gomas, en navegación anómala. Llama al alférez xxx y le pide que saque la patrullera (de casco rígido) y una goma “porque no le gusta como viene la operación”. A las 5.00 más o menos el Sive les dice que tiene a las gomas a vista de cámara (no solo de radar). Organiza un despliegue completo (4 o 5 patrullas en La Mamola). Al sur el teniente N-01985-Z y él al norte. Sobre las 6.00 horas las patrulleras avisan de que tienen las gomas en radar. El Sgto xxxx, del EDOA, (V-22715-E) estaba en la cámara y decía “jefe, nos lo van a meter en Castillo de Baños”. Le dijo a xxx “quédate dónde estás”. Se fue desde San Patricio a un punto desde el que veía la playa (una fila de casas) y le dice al Sargento xxxo, “estáte tranquilo que tengo visión directa sobre la playa, vamos a aguantar”. Sobre las 6.30 o 6.40 las gomas ya están en posición de entrar a alijar. Se va haciendo de día. Estaban locos porque entrara el transporte. La situación es la siguiente: dos gomas a unos 150 metros de la playa y detrás dos patrulleras de la GC (a unos 400 mts). A menos cuarto (6.45) entra una furgoneta y se pone de culo, conducida por un árabe, pelo corto, muy alto, ropa deportiva oscura, delgado. Entra la segunda furgoneta. Alija en ese momento la primera goma, que llevaba consigo los porteadores, visibles como puntos de calor en la cámara térmica (es extraño que los porteadores vinieran en la lancha). Cuando va a comenzar a alijar la segunda goma es cuando da la orden a la patrullera de embestir. Cuando el de la patrullera de la GC va a embestir, la goma hace una maniobra (previamente se han subido a la

*misma los porteadores) y se van. Fueron perseguidos durante 36 millas por las patrulleras de la GC, sin alcanzarlos.*

*Fue una operación excepcional porque no es normal que entren dos gomias (“nadie pone todos los huevos en la misma cesta”, dijo textualmente el acusado).*

*Se entera de dónde está la guardería no por David. David desapareció tras haber bajado muchas veces.*

*Refiere que una de las furgonetas (la primera), conducida por ese individuo de aspecto magrebí que ha descrito, sale huyendo de la playa. La otra quedó allí abandonada. Tras observar la salida de la playa de la primera furgoneta, inmediatamente sube a su vehículo Nissan Terrano e inicia la persecución de dicha furgoneta, con su luminoso prioritario activado. Durante su persecución, en la que la furgoneta circula a mayor velocidad que su Nissan Terrano (una cascarría que ni siquiera tiene radio comercial), la va viendo a trazos. La última vez que ve la furgoneta fue tomando el curvón de Calahonda. Siguió en dirección a lo que él creía la guardería y la ve cerrada. Siguió buscando, fue al cementerio y oyó al cabo xxx decir por las comunicaciones “tenemos la guardería” y tras facilitar su localización el cabo, entonces él se dirigió a la guardería. Niega ser el primero de los agentes en llegar a la guardería. Niega haber ordenado a nadie (ni en esta ocasión ni nunca) alterar u ocultar datos del atestado.*

*Frente a la opinión de varios de los miembros de la Guardia Civil presentes en el citado operativo de que fue tardía la orden de actuar, cuando ya era de día, podía ser descubierta la presencia policial y se había alijado ya la mercancía, el acusado se defiende sosteniendo que esa opinión la mantienen unos pocos agentes de entre la totalidad de los 40 o 45 agentes componentes de un dispositivo de esa naturaleza; además, dice el Sr. García Santaella, es muy fácil valorar a posteriori cuál hubiera sido el momento oportuno de actuar; la situación fue por completo anómala con la presencia y la entrada de dos gomias; y en cualquier operativo de vigilancia e interceptación de drogas mediante alijo en playa las prioridades son claras: así, en primer lugar, se intenta la interceptación de la sustancia para evitar su entrada en el territorio y su acceso al mercado ilícito; en segundo lugar, la intervención de las lanchas, generalmente provistas de potentes motores y de considerable coste económico*

*y, a ser posible, la detención de sus patrones; en tercer lugar, la interceptación de vehículos de transporte y localización de almacén en tierra y, por último, la detención de los portadores (personas que generalmente por no mucho dinero y asunción de un alto riesgo, realizan la dura tarea del acarreo de los fardos). En este caso, el acusado Sr. García Santaella sostiene que la situación ideal para actuar, en el caso de haber entrado una sola goma, hubiera sido a mitad del alijo cuando, de un lado, aún queda mercancía en la lancha y ésta puede ser abordada por detrás por una patrullera (que la empuja hacia tierra e impide su huida por mar) y cuando los portadores están en pleno acarreo de fardos pero ya cansados por los portes hechos. Pero la inusual entrada de dos gomas alteró ese plan, adicionalmente complicado por otra circunstancia anómala, consistente en que los portadores viajaban en las lanchas. Ante tan novedosas y sorprendentes circunstancias, el acusado sostiene que, frente a la ansiedad de algunos miembros del dispositivo, que le apremiaban para que adoptara de inmediato la decisión de intervención, esperó a dar la orden de entrada en playa a que la primera furgoneta hubiera sido cargada y mientras alijaba la segunda barca, pero de forma inopinada los portadores, dejando buena parte de los fardos flotando, subieron a la goma, que hizo un giro brusco y salió huyendo. Pese a su larga persecución por una de las patrulleras (así lo atestigua el patrón de la misma), la goma no fue alcanzada.*

*El acusado justifica que en un dispositivo de esta naturaleza no se cerrase la carretera, lo que habría causado una considerable perturbación a numerosos ciudadanos en horario de desplazamiento a sus trabajos. Existían efectivos de vigilancia en uno y otro sentido de la carretera, así como un coche de cierre. Refiere que en su huida, la furgoneta cargada con parte de la droga alijada, al salir a la carretera, se cruzó con un vehículo de alta potencia, en el que iban el cabo R-47528-T y el guardia Juan de Dios (F-83555-K), con el operativo del teniente N-01985-Z, y con el agente de cierre. Pensaban que podían seguir a la furgoneta sin necesidad de cerrar la carretera con rastrillos, etc....*

*Justifica también que las patrullas no se muevan, obviamente para no ser detectados por los malos. Para ver cómo entran las lanchas ya están las cámaras (sive, térmicas, Mercedes Vito). Cada uno tiene su nivel de*

*competencia. No todos tienen que ver o dejar de ver el alijo. Cada uno tiene su cometido.*

*Se afana también el acusado en sostener que David García Moreno no estuvo en ese alijo, porque se perdió. Niega que David fuese el conductor de la furgoneta evadida, pues lo era ese sujeto delgado de rasgos norteafricanos a que ha aludido.*

*Una vez más el acusado, en relación con este concreto alijo, hace gala de sus abundantes recursos dialécticos, de su gran agilidad en la obtención de respuestas a todas las cuestiones planteadas y de su perfecto conocimiento de las actuaciones de este procedimiento. Pero a pesar de la aparente convicción y coherencia discursiva del acusado en su relato sobre este alijo, tan solo quebrada cuando, en un revelador lapsus que no pasó inadvertido a la Sala, se le escapó decir que yo iba persiguiendo a David (pese a haber manifestado reiteradamente que David desapareció) este Tribunal no cree la narración del acusado. Veamos:*

*El propio David García Moreno se sitúa a sí mismo en el lugar de los hechos y se otorga un total protagonismo en el desembarco, que dice haber preparado con el propósito ya dicho (ser la última fase del operativo tantas veces repetido, en el que la sustancia estupefaciente estaba destinada a ser interceptada por la Guardia Civil). Incluso dice, con algún aporte imaginativo que no afecta a la credibilidad de lo que, en este concreto apartado, relata (como la intervención en el operativo de un helicóptero), que era el conductor de la furgoneta y que salió de la playa tras serle franqueado el paso por algunos vehículos de la Guardia Civil que ya empezaban a desplegarse.*

*Comprende la Sala que, para reforzar la credibilidad de su relato, el acusado niegue vehementemente la presencia de David en dicho alijo (a pesar del referido lapsus durante su declaración). Si, como sostiene, su propósito era detener a David (y dice haberlo intentado a largo del mes de marzo y abril en los numerosos operativos desplegados), en su relato sobre ese alijo tiene que extraer a David del escenario de los hechos para vigorizar la coherencia de su narración sobre tal desembarco. Dicho en otros términos, si David participaba en ese alijo, se desmoronaba su discurso sobre la ausencia de pacto alguno con el mismo y sobre su firme propósito de abortar el desembarco y detenerlo. Por eso dice que David se perdió y que no estaba en el acto de desembarco.*

*Pero este Tribunal estima que no solo las declaraciones de David García Moreno contradicen la versión del acusado. Es decir, nuestra convicción sobre la efectiva participación del acusado Sr. Santaella en ese alijo (y en el previo) no se funda en exclusiva en las manifestaciones de dicho coimputado.*

*El recurrente no perseguía a David García en el operativo, sino que precedía a la furgoneta.*

*Sostiene el Sr. García Santaella que salió en persecución de la furgoneta conducida por ese sujeto de aspecto norteafricano, con uso del luminoso prioritario en su Nissan Terrano, sin lograr alcanzarla. Pero son tan plurales como firmes las manifestaciones de varios componentes del dispositivo que han declarado que el Nissan Terrano conducido por el comandante Sr. García Santaella precedía (y no seguía) a la furgoneta, así como que no llevaba puesto el prioritario. Datos estos que estimamos de gran relevancia. Así lo han declarado sin vacilación alguna el teniente N-01985-Z, responsable de la patrulla fiscal de Motril, el guardia del EDOA F-83555-K, el cabo mayor R47528-T y el guardia del equipo de UOPJ de Maracena B-76449-K. Este último incluso refiere haber reconocido a David García Moreno como el conductor de la furgoneta que seguía al Nissan Terrano del comandante.*

*Igualmente, mantiene el acusado que el cabo mayor xxx descubrió y fue el primero en llegar a la guardería. Pero dicho cabo contradice esta afirmación del acusado. Este testigo refiere que vio el Terrano del comandante Santaella y detrás una furgoneta de la que tomó las dos primeras letras. No vio a los ocupantes de la furgoneta. Iban rápido y trató de fijarse en la matrícula. Dejó a xxxx (el Sargento V-22715-E, ya fallecido) en la playa y volvió a la carretera intentando seguir a la furgoneta, pero a la altura de Torrenueva ya desistieron porque comprendieron que no la alcanzarían. Se dieron la vuelta y su compañero (creemos que se refiere al guardia Juan de Dios F-83555-K) recibió llamada del comandante Santaella diciendo “que había localizado la guardería en Carchuna”. Se dirigieron allí. Vieron al comandante en la puerta y estaba allí también la furgoneta. Estaban en la puerta del garaje. Fueron a la puerta de la vivienda y vieron desde allí tres fardos dentro de la vivienda. Entraron diciendo “alto Guardia Civil”, pero no había nadie. Los fardos estaban mojados. Se contaron los fardos, cree que eran 55 en total en la cochera y en la furgoneta. Se abrió un fardo en su presencia. Eran pastillas. No puede saber la calidad.*

*Todos estaban allí molestos al ver aquello mojado. Luego llegaron otros compañeros del DAVA que también pusieron mala cara. Esa operación era del equipo de PJ de Maracena.*

*De la sorpresa, y fundadas suspicacias, por la poca cantidad de droga intervenida en la guardería, así porque todos los fardos allí encontrados estaban mojados, dan cuenta también numerosos testigos que concurrieron en el lugar: además del ya citado cabo mayor R-47528-T, llegan a la guardería el Jefe del DAVA en Motril (Numa 33320), el teniente N-01985-Z, el Sargento Jefe de la UPJ de Maracena V-70630-P, el agente del EDOA Juan de Dios (F-83555-K), el guardia de la UOPJ de Maracena B-76449-K, el otro guardia civil de la UOPJ de Maracena P-00994-P.*

*Por ejemplo, es reveladora la declaración del Sargento de la UOPJ de Maracena V-70630-P sobre este extremo. Manifiesta que él se quedó en la playa, y en concreto recogiendo fardos abandonados en el agua (dice que “se dio el primer baño de la temporada”). No recuerda quien comunicó el hallazgo de la guardería. Fueron, cree que con el otro Nicolás, a la guardería. Cuando llegó ya estaba el teniente N-01985-Z y el del Dava, que estaban tocando los fardos dentro de la cochera, y estaban mojados. Cree recordar que le dijo al Comandante que “esto no me cuadra, mi comandante”. El comandante Santaella, en días posteriores, le llamó al despacho y estaba allí el teniente N01985-Z, y dijo en ese momento el comandante Santaella “aquí te dejo con el Sgto Joaquín que te va a explicar el tema”. El acusado se levantó y se fue y él le dijo al teniente Munuera, “mi teniente, yo no tengo nada que explicarle”, y el teniente así lo entendía también (que el Sargento no tenía nada que explicarle).*

*En la cochera no había droga de alijos anteriores.*

*Concluimos por tales testimonios que en esa cochera-guardería no se descubre otra sustancia que la allí abandonada con ocasión de ese alijo de 2 de mayo de 2.006, transportada por la furgoneta conducida por el acusado David García Moreno. No hay droga de alijo o alijos anteriores. Además, David García declara que la droga del primer alijo fue llevada a Cogollos Vega (se refiere a la del hecho tercero, la de febrero/marzo) y que la del alijo de 2 de mayo la llevó a Carchuna con el propósito de simular o justificar (ante el resto de agentes de la Guardia Civil) la presencia de droga procedente de alijo o alijos anteriores, y que*

*de forma precipitada dejó parte de la droga en la cochera, algunos fardos dentro de la casa y otros en la furgoneta, huyendo a continuación.*

*Orden tardía del recurrente de intervenir.*

*La orden de intervenir dada por el acusado fue deliberada y manifiestamente tardía porque debía dar un margen de tiempo suficiente para que una parte importante de la droga alijada, si no toda, llegase a la guardería y favoreciese esa apariencia de que había allí almacenada droga de precedentes alijos y que se cumplían las previsiones de la operación en tres fases que el acusado había presentado a sus subordinados.*

*Por este conjunto de razones estimamos acreditado el delito contra la salud pública atribuido al Sr. García Santaella, sin que acojamos la que, según su defensa, es abundante argumentación para exonerarle, o al menos generar razonables dudas, sobre su participación en el mismo.*

*Así, sostiene la defensa, que en la conversación telefónica intervenida entre los otros dos coacusados David y Rachid en el seno de la llamada operación Golia que, previa deducción de testimonio, da origen a la presente causa, aluden aquéllos a la a la figura de padre sin referencia temporal alguna, y que tanto David como Rachid han manifestado que al comandante Santaella le llamaban amigo (el primero de ellos) y simplemente Santaella, el segundo. Ninguno de los dos dice que le llamasen, o lo conociesen, como “padre”. Argumenta la defensa que ninguna referencia al comandante Santaella aparece en las escuchas telefónicas de las llamadas operación Pingüino (judicializada en Pontevedra) ni en la operación Roto (judicializada en Almería y explotada el día 8 de mayo de 2.006, a que también se refieren en sus escritos las acusaciones). A pesar de los varios meses de intervenciones telefónicas en ambas diligencias, la defensa del acusado sostiene que nada se extrae de tales intervenciones que pueda comprometer al Sr. García Santaella. Reprocha la defensa que se haya pasado de puntillas sobre ambas operaciones y no se hayan aportado a esta causa testimonio de tales escuchas, o incluso la integridad de tales diligencias.*

*Igualmente aduce que estos mismos hechos ahora juzgados (su supuesta participación o colaboración en desembarcos de droga a cambio de dinero) fueron exhaustivamente investigados por el Servicio de Asuntos Internos (SAI) de la Guardia Civil, en dos ocasiones, en 2.006 y en 2.008, sin que de*

*tales investigaciones se extrajesen datos concluyentes en contra del acusado. Lejos de ser la del SAI una investigación complaciente, como parecen sugerir las acusaciones, se realizaron seguimientos, se investigaron los bienes del acusado y de su entorno, se produjeron numerosas entrevistas, y el resultado de todo ello fue que no existían indicios suficientes contra el acusado (o que no había indicios bastantes de que se actuara de forma muy distinta –en las relaciones con los confidentes, en la operativa de las intervenciones- a como se venía actuando por el EDOA con anterioridad a la llegada a Granada del acusado).*

*Nada reprochable encuentra la defensa en la conducta del acusado en relación con los cambios organizativos (que la defensa sostiene dieron lugar a recelos en algunos miembros del EDOA), y en ningún caso están relacionados con la búsqueda de impunidad en actuaciones posteriores del comandante Santaella. Se trata de cambios amparados en las funciones previstas para su cargo por la Orden General 19/2000, que abogaba por la plena integración de los oficiales con funciones operativas y propiciaba la intervención coordinada de las diferentes unidades.*

*Hasta enero de 2.006 el Sr. García Santaella no tuvo contacto alguno con David García Moreno y con Jean Manuel Jiménez Montes. No se han incorporado los partes de incidencias del sistema SIVE en ese periodo. No se han aportado las papeletas de servicio de las patrullas.*

*Para la defensa del acusado no hubo más alijo (de esos supuestos tres) que el de 2 de mayo de 2.006, en el que la actuación del acusado fue, atendidas las circunstancias, correcta e irreprochable. Ante la excepcionalidad, y la sorpresa, de la presencia de dos gomas, ordenó sacar una segunda embarcación del servicio marítimo, y actuó conforme a los protocolos de intervención que, en el presente caso, se vieron alterados por la conjunta arribada de dos lanchas: aguantó el alijo de la primera íntegramente (ya se cogería el vehículo) y cuando se hallaba mediado el alijo de la segunda dio la orden de entrar a la playa. El propio David García Moreno ha relatado que engañó a Santaella y propició la huida de los porteadores. La droga ocupada no era paja, ni ramas. Eran pastillas. Existen contradicciones sobre la presencia de David en dicho alijo (los hermanos xxx lo niegan).*

Además, argumenta la defensa que algunos testigos prestan una versión sobre este alijo de 2 de mayo de 2.006 compatible con la del acusado. Nos referimos a xxxx, su hermano xxxx (en menor medida que el anterior) y al agente del EDOA K-11258-W.

El primero de los citados, xxxx, ha prestado en el plenario una declaración que esta Sala valora como abiertamente favorable al acusado. Declara que conoce a David García Moreno desde niño, por ser vecino de su pueblo, Cogollos Vega, y ha participado con él en distintos alijos. En mayo de 2.006 su función era descargar en tierra y guardar la mercancía. Estuvieron bajando un tiempo y no se podía hacer nada, porque David decía que estaba el jefe. No se fiaba de David porque es muy embustero. David le decía que todo estaba controlado, que tenía la playa comprada. En abril David se fue a Marruecos porque lo llamaron para ver qué pasaba. A los 15 días más o menos volvió y dijo que ya se podía trabajar, que estaba controlado todo. Cuando iban a hacer el alijo -de 2 de mayo de 2.006-, tres tíos les quitaron los móviles y les retuvieron -lo que incluye a David-varias horas en el piso en que aguardaban. Cuando salieron de allí, se volvió a Cogollos y se quedó oculto (en la guardería) ocho o nueve días porque tenían miedo.

Nunca ha oído llamar a Santaella como “Padre”, sino Santaella o Jefe.

Hizo una declaración cuando le detuvieron en el año 2.014 en la operación Golia (se refiere a su declaración ante la Guardia civil, obrante a los folios 86 y 87, Tomo I), pero fue David el que le dijo tú firma lo que te digan los civiles, que nos van a ayudar y te van a sacar de la cárcel. Entonces llegó y firmó su declaración en la comandancia. Su declaración estaba ya preparada, redactada, ni siquiera estaba presente su abogada, que llegó después. Fue condenado a tres años, un mes y un día de prisión -en las diligencias por la operación Golia, del año 2.014-. En el Juzgado de Instrucción se acogió a su derecho a no declarar, porque no tenía por qué acusar a una persona que, según él, no había hecho nada. Firmó esa declaración porque pensó que le iban a rebajar la pena. En la operación Golia era el guardián de la mercancía. David le dijo que firmase porque iba a tener un beneficio. Le dijeron que le quitarían la incompatibilidad con David y que le ayudarían con el tercer grado. Su declaración en la comandancia estaba ya “aliñá”. Se negó en cambio a firmar una fotografía. En su declaración en la comandancia había tres personas.

*Cuando ya salía llegaba su abogada del despacho de Luna, que no estuvo presente en su declaración. Firmaría la abogada después. No vio a Santaella en ningún alijo ni sabe que Santaella estuviera involucrado en nada, es decir, colaborara o facilitara alijos en la costa. Sabe que David trabajaba con uno que le decía el “soldao”, un tal Nicolás (de Maracena), que estaba a todas horas en su casa. David le dijo que sabía que lo iban a detener y que estaba “todo apañado”. David le dijo van a venir a hablar contigo (guardias civiles). En su declaración había un capitán, un comandante (grandullón con gafas) y el teniente que escribía a la máquina. Esos mismos fueron los que lo excarcelaron para llevarle a la comandancia. Ya tenían las preguntas y las respuestas preparadas. Tras prestar esa declaración en la comandancia, inducida por David, cesó su incompatibilidad en prisión (hasta entonces estaban en distintos módulos). Le mostraron fotografías en un folio y le dijeron que firmara arriba a la derecha, pero se negó a firmar (folio 84). Se le enseña el folio y dice que esa no es su firma, que se negó a firmar.*

*Esa noche del alijo (a primeros de mayo) solo recuerda que bajaron y estaban esperando para actuar pero tres tíos les quitaron los teléfonos móviles y los retuvieron hasta las 7 de la mañana en que los soltaron. No se enteró de nada de lo que pasase. Durante todo el año no participó en ningún alijo. Cree que esos tíos eran marroquíes. Cree que no se fiaban de David después de tantas veces de dar la vuelta a la goma. Esa noche no intervino David en ese alijo, ni él ni su hermano. Luego se tiraron ocho o diez días sin salir de la cuadra que iba a ser la guardería. No ha oído decir a David que le pagase a Santaella por facilitar alijos. Sí que oyó, en cambio, que le ha pagado a Nicolás. David le dijo que tenía en la playa a uno gordo (un teniente), el “soldao” de Maracena y un tal Dani del EDOA.*

*En similares términos se expresa también xxx hermano de xxxx. Mantiene que intervino en un alijo en el Camping Los Cactus a últimos de 2.005 y que después de ese alijo ya no hubo más. Aunque bajaron a la playa muchas otras veces, no se pudo hacer ningún alijo porque estaba el Jefe, según decía David. En un momento dado, éste se fue a Marruecos y a su regreso dijo ya está todo solucionado, en el sentido de que se podrían hacer alijos. Bajaron con dos furgonetas, pero no pudieron trabajar porque se les echaron encima tres tíos y los retuvieron en un piso. No sabe lo que pasó, si se descargó o no, porque a*

*ellos los tuvieron retenidos y les quitaron los teléfonos. Ya de día, les dijeron que podían irse...En la operación Golía fue detenido, le inculparon David y Rachid. Estuvo preso hasta julio de 2.015. En la instrucción no declaró nada porque David decía que “estaba todo apañado”.*

*Por ultimo, es también un testimonio convergente con el del acusado el prestado por el agente K-11258-W. Sostiene este agente que en el año 2.006 formaba parte del EDOA como guardia civil operativo, que conoció la operación de tres fases en una reunión de coordinación en el cuartel de Calahonda. Provenía esa operación de la información de un confidente de un compañero de Maracena. Intervino en todos los alijos porque eran cuatro gatosen el EDOA en esa época. Antes del mes de mayo montaron operativos en la costa, dos o tres veces se montó un operativo grande, sin resultado. A la vista de la falta de resultado, los siguientes operativos eran con menos gente. Bajaron una pila de veces, era inhumano.*

*En relación con el alijo de 2 de mayo de 2006, declara que estaba en un punto de observación en Castell, junto a un túnel de la carretera, a unos 3 km de los Yesos, en unas ruinas de una gasolinera. Desde ese lugar no veía la playa. No vio el alijo, aunque por las transmisiones oyó que entraron dos gomas. Al oír que salía de la playa una furgoneta, estaba pendiente de su paso y de tratar de detenerla o frenarla, por lo que cogió la bolsa del bocadillo y le metió algo dentro para intentar parar la furgoneta tirándole la bolsa, como así hizo, sin el resultado deseado, porque vio pasar la furgoneta flecháy luego al comandante con su Terrano, con el prioritario puesto. Primero pasaron dos compañeros de cierre. Santaella no iba pegado a la furgoneta. Luego volvieron a pasar los compañeros que habían pasado antes. El conductor de la furgoneta era alto, moro, no era David.*

*Intentaremos razonar los motivos por los que desechamos tales argumentos de la defensa. Empezando por estos últimos testimonios de los citados hermanos xxx y del referido agente del EDOA K-11258-W, frente a los ya expuestos del resto de los agentes, la Sala no los considera creíbles.*

*En relación con las declaraciones en el plenario de xxx, aun desconociendo los motivos de su retractación, constituyen un giro copernicano respecto a su declaración ante la Guardia Civil, con asistencia de letrada (obra su firma al folio 87). Sus manifestaciones entonces fueron diametralmente*

*opuestas a las actuales, en las que trata de justificar porqué lo declarado ante los agentes de la Guardia Civil no es cierto, y cambia su declaración por la versión de los tres tíos que les salieron, les quitaron los móviles, les secuestraron (los intimidaron o amenazaron?), y al cabo de varias horas les dejaron marcharse, declaración que, de forma curiosa, coincide con la que ofrece su hermano*

*En cuanto al agente K-11258-W, es el único que, pese a su posición secundaria en el operativo (se encontraba en un lugar desde el que nada podía observar), percibe que la furgoneta precede al vehículo del comandante Santaella y que éste la persigue con el prioritario accionado. Su descripción del individuo conductor de la furgoneta coincide al milímetro con la proporcionada por el acusado Sr. García Santaella. La Sala estima que las manifestaciones de este testigo resultan frontalmente contradichas por los numerosos testimonios de los agentes de la Guardia Civil a que hemos aludido. Sorprende que, si la furgoneta pasó a su lado a considerable velocidad (él citado agente dice que iba flechá) pudiera observar con tanta precisión la fisonomía del conductor, en concreto, apreciar que era alto, moro y que no era David (al que tan solo conocía por fotografía, no personalmente). Diversos testigos, otros agentes de la Guardia Civil que conocen perfectamente a este agente porque además su fisonomía, alto y corpulento, no pasa desapercibida, afirman que no formaba parte del dispositivo esa noche (el Sargento de Maracena V-70630-P, el agente del EDOA F-83555-K, el agente de la UOPJ de Maracena B-76449-K).*

*La Sala no estima necesario un minucioso análisis del resto de la abundante prueba practicada en relación con el delito contra la salud pública, pues no se derivan de la misma concluyentes resultados que alteren nuestra ya expuesta convicción. No obstante, creemos obligado exponer las razones por las que no le otorgamos a esos otros medios de prueba singular relevancia.*

*Investigaciones realizadas por el SAI.*

*Por lo que concierne a las investigaciones realizadas por el SAI, se desencadenan éstas por la iniciativa del alférez Y-98908-R al presentar un escrito (de su puño y letra, pero que no figura en los autos) inicialmente dirigido a la Unidad Central Operativa (UCO), dando cuenta de sus sospechas de que el oficial implicado en actuaciones irregulares con narcotraficantes al que se aludía en una Nota Interna dirigida por la Comandancia de Málaga a la de*

*Granada, pudiera ser el acusado. Toda la investigación realizada en dos fases (operación Santanay operación Aguacate –en realidad, esta segunda es una continuación de la primera-) aparece condensada en el informe de inteligencia elaborado, a modo de resumen de lo actuado, por el Teniente Coronel Sr. Peláez (folios 562 a 599, Tomo I), ratificado en el plenario. Estimamos que se trata de una prueba testifical de referencia, relativa a esa investigación realizada por dicho servicio y que no alcanzó resultados concluyentes en contra del acusado, aunque sin descartar ninguna hipótesis, y cuyo resultado no vincula al Tribunal. Nótese, no obstante, aunque tampoco de ello extraigamos elementos concluyentes en relación con los hechos objeto del juicio, que en la valoración del resultado de dicha investigación por parte del SAI se apreciaron indicios de una manipulación irregular con las fuentes vivas...todo apunta a que podría haberse permitido el tráfico de drogas a narcotraficantes a cambio de que éstos facilitaran información que originara la detención de otros, todo ello probablemente motivado por un exceso de celo profesional(folio 599, Tomo I).*

*Tampoco resultan relevantes las manifestaciones del alférez Y-98908-R, a pesar de que su iniciativa, ya aludida, de redactar un escrito dirigido a la Unidad Central Operativa, con conocimiento del entonces Coronel Jefe de la Comandancia, desencadenó la citada investigación por parte del SAI. A pesar de su amplio interrogatorio en el plenario, en realidad es también un testigo de referencia en relación a estos hechos. No los presencié. No formó parte de estos operativos, ni del correspondiente al día 8 de mayo de 2.006 (operación Roto de la comandancia de Almería). Sostiene la defensa que este testigo mantiene una abierta enemistad con el acusado; enemistad negada por el testigo, quien incluso invitó a su boda al acusado, lo que no le ha impedido revelar lo que, a su juicio, consideró irregular.*

*Similares consideraciones pueden realizarse respecto de otros testigos examinados, tales como el guardia F-21292-D (miembro del EDOA e igualmente testigo referencial en relación con los hechos), el Instructor y Secretario del atestado (Tte. Coronel H-53076-A e Y-13717-T, respectivamente), el guardia L-61430-C, así como los testigos propuestos por la defensa, el cabo primero L-66380-X, el brigada Q-61325-R o el capitán del subsector de Tráfico de la Guardia Civil Sr. xxx. Sus declaraciones, más bien relacionadas con los cambios producidos en la organización a raíz de la promulgación de la referida Orden, o*

*respecto a las modificaciones en el trato con los confidentes, o a la colaboración de los agentes del subsector de Tráfico, de un modo general, en la prestación de servicios, nada aportan en relación con estos hechos.*

*Justificaremos ahora, antes de formular un resumen de las conclusiones que hemos alcanzado tras valorar la prueba y que han conformado nuestra convicción, las razones por las que ningún pronunciamiento hemos formulado en el apartado de hechos probados en relación con dos hechos contenidos en los escritos de acusación, al final de sus respectivos relatos, en relación con el delito contra la salud pública. Salvo error u omisión, se trata de los hechos relatados en el párrafo 12º de los escritos de acusación, iniciados con la frase Sobre las 6,20 horas del día 6 de Mayo de 2.006... (nos referimos al supuesto alijo producido en la madrugada del día 6 de mayo de 2.006), así como (párrafo 13º del escrito de acusación del Ministerio Fiscal) a la supuesta entrega de cuatro fardos del acusado Francisco García Santaella al coacusado David García Moreno, supuestamente procedentes del alijo interceptado en la Playa de Polopos el día 8 de mayo de 2.006.*

*En relación con el primer hecho (supuesto desembarco en la zona de la playa de los Yesos en la madrugada del 6 de mayo de 2.006), nada hemos referido en nuestro relato fáctico, porque no estimamos debidamente probado que se produjese en tal fecha un alijo de droga. Sobre tal hecho hemos oído la declaración del acusado, la del teniente N-01985-Z, la de los agentes de una patrulla del Puesto de Castell de Ferro con carnets U-21590-P y L-15315-L, e incluso ha propuesto la defensa una prueba pericial topográfica del Sr. Xxx Pozo (encaminada a rebatir la afirmación del teniente y de los agentes sobre la visibilidad de la playa de los Yesos desde el Paseo Marítimo de Castell de Ferro). Los agentes citados refieren haber visto acercarse a la playa una embarcación, supuestamente cargada (por su velocidad, por su inclinación) y haber hallado vestigios de un alijo (incluso dos lugareños, no identificados, reprocharon a los agentes su tardanza en llegar). Pero estimamos que el propio planteamiento de las acusaciones nos releva de un mayor o más pormenorizado análisis de la prueba en torno al citado hecho. Así, en los escritos de acusación, y a propósito de tal hecho (y sin perjuicio de la sospechosa actuación del acusado, según se extrae de las manifestaciones del teniente y de los citados agentes del puesto de Castell, por ejemplo en torno a las órdenes dadas al*

*teniente en relación con las patrullas) tan solo se alude a que al llegar observaron como indicios de que se había producido un posible desembarco de drogas. Dicho de otro modo, aun cuando se trate de una especulación no carente de todo fundamento, ni siquiera se plantea por las partes que acusan como un acto cierto de introducción de drogas en la costa, sino de un posible desembarco de las mismas.*

*Y respecto del segundo de los hechos, la supuesta entrega de cuatro fardos al coacusado David, que procederían del alijo incautado por la Guardia Civil (la ya citada Operación Roto de la comandancia de Almería) el día 8 de mayo de 2.006, sin perjuicio de poder constituir un acto de tráfico de drogas, entendemos (y creemos seguir aquí el criterio de las acusaciones) que tal hecho, al igual que el mencionado en el último párrafo del escrito acusatorio (que concierne a otro confidente, éste sí –a diferencia de David García- registrado como fuente viva, a saber, xxx), están vinculados al también imputado delito de cohecho, que será objeto de separado análisis en esta resolución.*

#### *Conclusión del tribunal de la valoración probatoria.*

*En conclusión de cuanto llevamos expresado, y a modo de resumen, como resultado de la valoración de la prueba, estimamos acreditado que:*

*1.- Existió ese acuerdo del acusado Sr. García Santaella con Jean Manuel Jiménez Montes y con David García Moreno (y tras la marcha del primero, ya en exclusiva con este segundo) para realizar alijos en la costa de Granada.*

*2.- Como consecuencia de tal pacto estimamos acreditado que se produjeron dos desembarcos de droga:*

*a.- Un primer alijo, acordado y consentido por el acusado, que omitió cualquier orden de actuación, de una indeterminada cantidad de fardos, en fecha no precisada del mes de febrero o marzo de 2.006 a que aluden las acusaciones (y que en esta resolución se describe en el hecho tercero en nuestro relato fáctico); y*

*b.- Un segundo alijo o desembarco en la madrugada, ya de día, del 2 de mayo de 2.006 (descrito en el hecho quinto de nuestro relato).*

*En este desembarco la conducta del acusado resulta, si cabe, aun más reveladora de la existencia de dicho pacto. Su orden de actuación al resto de agentes es deliberadamente tardía, pues su verdadera intención no es otra que*

*la frustración de la detención de las embarcaciones y sus ocupantes, de los portadores y de David, a quien abrió paso al precederle con su Nissan Terrano cuando el citado David conducía una de las furgonetas en que se cargó parte de la droga hacia la guardería de Carchuna, guardería que el acusado es el primero en descubrir.*

*3.- En el primer alijo la droga desembarcada accedió a los canales del tráfico ilícito, con el beneplácito del acusado;*

*4.- En el segundo alijo, realizado igualmente con la aquiescencia del acusado, los casi 4.000 kilos de droga fueron intervenidos. Aun cuando el propósito de este alijo ocupado no fuese introducir dicha droga, o parte de ella, en el mercado ilegal, sino abastecer a la guardería de una cantidad de fardos de hachis que ofreciese cobertura o justificación al conjunto de la operación planeada con los citados David y Jean Manuel (más bien ya solo con el primero en esa fecha) esta fase no puede ser desvinculada del conjunto de la operación planeada, carece de sentido sin la anterior o anteriores fases y es un acto de favorecimiento del conjunto de la ilícita actividad.*

*5.- 8 razones de peso expuestas por el tribunal para la convicción de la autoría del delito contra la salud pública.*

*Además de cuanto llevamos expresado para alcanzar esta conclusión, nos limitaremos a añadir algunos argumentos, creemos que los más relevantes, que la sustentan.*

*En primer lugar, no hallamos sentido alguno alternativo (a ese de dar cobertura al acuerdo de justificar la presencia de fardos en una guardería) a llevar la droga del desembarco de 2 de mayo de 2.006 con una furgoneta hasta la guardería y dejarla allí abandonada. Dicho en otros términos, si no se quería entregar esa droga con el fin de dicho (aparentar ante el resto de agentes que en la guardería había droga de alijos previos) no tiene sentido alguno que se llevase a la cochera y se dejase abandonada del modo en que se hizo si, como sostiene el acusado Sr. Santaella, ya había perdido de vista a la furgoneta, mucho más rápida que su vehículo Nissan.*

*En segundo lugar, el propósito expresado por el coacusado David de perder el alijo y abandonar la sustancia con ese fin justificativo es compatible con el bajo índice de THC, inferior al 3 %, aunque no se trataba de ramas ni de*

*paja. Extraemos de ello que es razonable considerar que la droga introducida previamente tenía una calidad (y por tanto un valor) sensiblemente superior.*

*En tercer lugar, el comandante acusado era el jefe del operativo de 2 de mayo de 2.006 (y de todos en que intervenía) y han sido numerosos los testigos que han referido que la orden de intervención (ya de día, con el alijo prácticamente finalizado) se demoró más allá de lo razonable y que el comandante Sr. García Santaella desoyó las interpelaciones de sus subordinados para actuar, lo que constituye un poderoso indicio de su connivencia con los coacusados para la realización del alijo.*

*En cuarto lugar, son también numerosos los testigos que han referido que el vehículo conducido por el Sr. García Santaella no perseguía, sino que precedía, a la furgoneta, y que su Nissan Terrano no llevaba ningún rotativo prioritario accionado.*

*En quinto lugar, un testigo que lo conocía bien (era su manipulador) afirma rotundamente que la furgoneta era conducida por David. Aunque podamos albergar algún recelo respecto de este último testigo (que llegó a estar imputado durante la instrucción y que trató de influir, según la declaración de David García Moreno, en la declaración de éste –a Santaella le tiras a muerte pero de mi no digas nada-), sus manifestaciones son, en lo esencial, convergentes con la del resto de agentes sobre el desarrollo de ese operativo del 2 de mayo. El propio David reconoce ser el conductor de la furgoneta.*

*En sexto lugar, el comandante Sr. García Santaella no judicializó (no solicitó la aplicación del art. 263 bis de la LECr) la operación presentada a los oficiales, suboficiales y guardias a los que expuso la existencia de dos entradas controladas y una tercera en que sería reventada la operación.*

*En séptimo lugar, en la fecha del primer alijo descrito (febrero/marzo de 2.006) no había ninguna guardería cerca de la costa para ocultar la droga. El Sr. García Santaella dijo a los agentes (cuando les presentó la operación) que el hachis que entrase sería llevado a una guardería (cuyo lugar no concretó) que sería controlada por él con una cámara. La cochera en que se abandona la droga del alijo de 2 de mayo fue alquilada en abril.*

*En octavo lugar, de haber actuado el acusado por los plausibles móviles ahora aducidos (investigar las ya aludidas supuestas filtraciones de información sugeridas por los datos de que disponían Jean Manuel Jiménez Montes y David*

*García Moreno), lo lógico hubiera sido participar a la Jefatura sus sospechas y su plan de actuación para descubrir esas posibles fugas de información (no consta que informase a la Jefatura) e incluso dar cuenta de sus recelos al Servicio de Asuntos Internos, en especial, cuando podía razonablemente entender que las filtraciones de información pudieran proceder de los agentes más relacionados con los confidentes (sus captores, sus manipuladores). Nada de eso hizo. No detuvo a David en el alijo de 2 de mayo de 2.006, a pesar de que esa dice que era su verdadera intención.*

Pues bien, pese a lo antes expuesto, se queja el recurrente de que:

*“Ha sido condenado por su participación en un delito de tráfico de drogas en base a la declaración de un coacusado rebelde, que no fue prestada en el acto del Juicio Oral bajo los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad (por mucho que se reprodujera la última prestada en instrucción), que contiene numerosas contradicciones (en sí misma y en relación con anteriores declaraciones), que se contradice radicalmente con la declaración prestada por otros miembros de su banda, y en donde constantemente se falta a la verdad y se recurre a la imaginación, sin que cuente con auténticas corroboraciones externas, periféricas y objetivas en cuanto a la intervención delictiva del Sr. García Santaella, lo que convierte su condena en fruto de una valoración de la prueba practicada ilógica, irracional y contraria a las máximas de la experiencia.”*

Centra su motivo el recurrente en cuestionar las declaraciones de David García, y que este no compareció al juicio oral y sus declaraciones fueron leídas simplemente en el juicio oral, pero que no compareció al estar rebelde, al igual que Rachid Zahiri.

Pues bien, hay que partir de la base de que:

1.- Es admisible la declaración del coimputado como prueba de cargo siempre que ello se sujete a un proceso de corroboración periférica que permitan completar esa declaración inculpatoria.

2.- En caso de rebeldía de un coacusado es posible pedir que se lea su declaración inculpatoria prestada en sede sumarial con todas las garantías, mediante lo cual se produce la “elevación al plenario” para que tenga efectos como prueba a tener en cuenta por el tribunal, que es lo que en este caso se ha hecho pese a la discrepancia del recurrente.

Por ello, para que pueda tener valor una declaración de un coimputado en el proceso penal tiene que existir una corroboración por otros medios de prueba que permitan al Tribunal llegar a la convicción de que efectivamente sea enervado la presunción de inocencia, pero no bastaría tan solo con una declaración de un coimputado, ni tampoco con la de varios coimputados que señalen cómo ocurrieron los hechos si se autoinculpa y, también, inculpa a los demás.

Así, para poder dictar sentencia condenatoria sería preciso algún medio probatorio mayor en calidad y cantidad que la declaración del coimputado, que podrá ser entendida en la valoración probatoria de forma aislada, pero conjuntamente con otros medios de prueba que también permitan enervar la presunción de inocencia. Con ello, la sola declaración del coimputado inculpatoria no permite tener por enervada la presunción de inocencia.

Señala, así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 532/2019 de 4 Nov. 2019, Rec. 10207/2019 que:

*“Es conocido que la declaración del coimputado no es prueba de cargo que por sí sola pueda actuar en contra del acusado.*

*Sobre la declaración del coimputado hay que destacar que esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 241/2019 de 9 May. 2019, Rec. 10455/2018 ha señalado que:*

*Valoración de la declaración del coimputado en el proceso penal*

*Hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a declarar, pudiendo callar total o parcialmente. Precisamente en atención a esas reticencias se ha afirmado que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada. Es la existencia de alguna corroboración lo que permite proceder a la valoración de esa declaración como prueba de cargo.*

*En definitiva, nos encontramos ante una prueba peculiar que exige un plus: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal llega a conferirles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente.*

*En orden a superar las reticencias que derivan de la especial posición del coimputado, esta Sala ha establecido una serie de pautas de valoración que se mueven en cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima, aunque, en palabras, entre otras, de la STS 513/2015, de 9 de septiembre, en este caso suponen algo más que simples orientaciones. Entre ellas y de manera especial la existencia de motivaciones espurias, lo que enlaza con las ventajas derivadas de la heteroimputación.*

*Como recuerda la STS 145/2015, de 8 de mayo, existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión, acreditan que en nuestro derecho está admitida e incluso alentada en algunas parcelas esa forma de acreditamiento.*

*El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser sopesado, pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno. Igualmente ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas STS 279/2000, de 3 de marzo). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas.*

*En la STC 233/2002, de 9 de diciembre, se reitera el criterio de que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas:*

*1.- Que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada tanto al Tribunal Constitucional como a esta propia Sala Casacional, sino mínima; y*

2.- *Que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.*

*Resume dicha resolución la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional sobre esta materia, señalando que los rasgos que la definen son:*

*a) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;*

*b) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;*

*c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración incriminatoria de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;*

*d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y*

*e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.*

*Destaca en este punto la doctrina que se considera que existe corroboración objetiva cuando junto a las declaraciones de los coimputados existe un conjunto de hechos o indicios convergentes externos o periféricos de los que el Tribunal sentenciador extrae la conclusión de que tales declaraciones correspondían a la verdad (Sentencias del TC 68/2001 y 69/2001, ambas de 17 de marzo), es decir, que doten de verosimilitud bastante dicha declaración para hacer razonable su prudencial valoración. Y una vez comprobados estos factores, debe examinarse, desde el punto de vista subjetivo, la ausencia de elementos de incredibilidad en el coimputado-declarante.*

*Tales elementos son los siguientes:*

*a) La personalidad del delincuente delator, entendiendo la doctrina, que como de lo que se trata es de determinar la credibilidad de una declaración, las características de la personalidad del coimputado, sirven para elaborar una imagen de quien declara: rasgos de su carácter, patologías psíquicas,*

*antecedentes penales, habitualidad delictiva, edad, formación, propensión a la delincuencia, etc.; convirtiéndose en un factor que apoya la credibilidad de las manifestaciones el hecho de que el coimputado haya tenido, hasta el momento de comisión del delito, una buena conducta personal y profesional (ejemplo citado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988).*

*b) Relaciones que, precedentemente, mantuviese el delator con el coacusado al que incrimina, que pueden ser de carácter contractual, financiero u obligacional, ya que estas relaciones de amistad, enemistad, parentesco, obediencia o relación profesional, como sintetiza Flores Prada, pueden motivar reacciones opuestas como la exculpación o la inculpación, y de ellas pueden deducirse "datos de interés que arrojen cierta luz sobre la motivación que debe ser apreciable en el sentido de la declaración".*

*c) Declaraciones precisas, claras y contundentes, de modo que una descripción minuciosa de los hechos, la coherencia con otros datos que arrojen las actuaciones y el mantenimiento de una misma línea de manifestaciones desde la instrucción hasta el Juicio Oral, son elementos que conducen al Tribunal de instancia a valorar, de un modo positivo, la credibilidad de la declaración inculpativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1986, 14 de mayo de 1993, 24 de septiembre, 19 de octubre y 7 de diciembre de 1996).*

*d) El examen riguroso de la existencia de móviles turbios o inconfesables, que, impulsando la acusación de un inocente, pudieran tildar el testimonio como de falso o espurio o, al menos, restarle credibilidad, tales como el odio personal, la venganza, obediencia a terceras personas, sobornos, resentimientos, animadversión, etc. (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo y 30 de septiembre de 1993). Se trata, en definitiva, de juicios de intención, que deben ser valorados por el Tribunal sentenciador que tuvo la inmediación de juzgar de forma extremadamente cuidadosa, pudiendo ser inferidos de la conducta del coimputado mediante el contraste de los diferentes datos que obren en la causa. Pero lo decisivo para considerar o no esa credibilidad es que no aparezcan en las actuaciones extremos, datos o circunstancias que lleven a la conclusión de que dichos móviles existen, siendo el encargado de valorarlos el Tribunal Sentenciador (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1997).*

e) *Y el ánimo de buscar la propia exculpación, que no debe conducir a una pérdida de credibilidad por sí de la declaración inculpativa del coimputado, configurándose éste como un dato más para valorar la credibilidad de ese testimonio. Si bien no existen apenas dudas de la veracidad de las manifestaciones del coimputado cuando él mismo asume su participación en los hechos al mismo tiempo que inculpa a los demás partícipes (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993, 3 de abril de 1995, 24 de septiembre de 1996 y 23 de enero de 2002), éstas sí pueden plantearse cuando inculpa al coacusado mientras el delator se exculpa, debiendo entonces, en este último caso, acudir a otras pruebas que obren en las actuaciones para confirmar o negar la culpabilidad de los acusados.*

*Dentro de este ámbito valorativo destaca, de igual modo, la doctrina que en los delitos con concierto o participación de varias personas resulta fundamental saber si el acusado trata con su declaración de eludir su responsabilidad. Por ello, tras este examen judicial, se otorga un gran valor a la declaración del coacusado que no pretende autoexculparse, sino que reconoce su culpa.”*

Por ello, se debe examinar minuciosamente el contexto ambiental, individual y procesal en el que se producen, para descartar que existan móviles de odio personal, resentimiento o promesas económicas o de cualquier clase, como puede ser la de un trato procesal más favorable o el levantamiento de la prisión provisional. También debe descartarse el ánimo autoexculpatorio derivando la responsabilidad hacia las personas a las que imputa la comisión del hecho punible. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1389/2005 de 14 Nov. 2005, Rec. 929/2004).

Asimismo, la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. La declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 675/2017 de 16 Oct. 2017, Rec. 10039/2017).

También recordar que el coimputado no comparece como testigo, sino como acusado. Puede mentir. Está asistido del derecho a no declarar en su

contra y no reconocerse culpable y exento en cuanto tal de cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse de un relato mendaz.

Tratamos en la STS 426/2016, Sala de lo Penal, 19 de mayo donde se trata que la declaración de los acusados debe ser valorada con especial cautela dada la posición que ocupa en el proceso.

*«Las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS no 1330/2002, de 16 de julio, entre otras).*

*Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.*

*En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado».*

Con ello, tenemos que:

1.- La aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;

2.- Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y

3.- la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Y, además, cabe que esta declaración sumarial sea leída en el plenario ante la incomparecencia del coimputado para darle valor como prueba.

*Validez de una declaración sumarial del coimputado leída en el plenario.*

El juez o Tribunal puede valorar el contenido de una declaración efectuada en la fase sumarial, pero siempre que la parte que así lo interese que se valore el contenido de esa declaración sumarial y pida al juez o presidente del Tribunal que se procede a la lectura del contenido de lo que se dijo en la fase sumarial y que se eleve al plenario, a fin de que se pueda valorar con la declaración efectuada en la fase de juicio oral, lo que propiciará que se pueda dar mayor valor al contenido de la declaración sumarial que la del plenario, circunstancia que deberá expresarse en la motivación de la sentencia.

Señala, así, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 623/2018 de 5 Dic. 2018, Rec. 189/2018 que:

*“La posibilidad de valorar una u otra declaración no significa un omnímodo poder de los tribunales para optar por una u otra declaración, a modo de alternativa siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos una declaración distinta de la prestada por el testigo, o en su caso coimputado, en el Juicio Oral.*

*Jurisprudencialmente hemos requerido la concurrencia de circunstancias que afectan tanto a las condiciones de validez de la prueba que permita su valoración como a los criterios de valoración.*

*1.- Incorporación al plenario:*

*Así, en primer término, para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometiéndose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procediendo a la lectura de aquélla y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción (SSTS. de 5 de noviembre de 1996 y 20 de mayo*

de 1997; y STC. de 29 de septiembre de 1997). Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial no es prueba, ni cabe ser considerada.

Esta exigencia presupone que la declaración que se incorpora al enjuiciamiento, provenga del sumario, es decir, de la documentación de la actuación judicial en investigación de un hecho delictivo, pues así lo exige el Art. 714 de la Ley Procesal, que refiere la posibilidad de dar lectura a las declaraciones del sumario, esto es las practicadas en sede jurisdiccional con exclusión de las celebradas ante la policía.

2.- Observancia de las reglas exigidas en la práctica de la diligencia sumarial:

Además, tal declaración ha de ser realizada con observancia de las reglas que rigen la práctica de estas diligencias. Consecuentemente debe tratarse de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción reuniendo los requisitos exigidos por la Ley, pues fuera de este supuesto no se trataría propiamente de diligencias sumariales de prueba, de forma que, aun no satisfaciéndose el principio de contradicción en aquella declaración, puesto que sucede con frecuencia, sobre todo cuando se trata del denunciante, que su declaración se produce con anterioridad a la del imputado, que dicho principio esencial del proceso se desenvuelve en el acto del Plenario, mediante la lectura concreta y puntual de la diligencia, abriéndose de esta forma a las partes la posibilidad de salvaguardar sus derechos (SSTS. 4.3.2002, 17.7.2002, 5.12.2003). Por otra parte, la contradicción que permite la lectura de las obrantes en el sumario debe recaer sobre aspectos esenciales del testimonio, como afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales.

3.- Lectura de las declaraciones sumariales:

La declaración sumarial debe ser incorporada al juicio mediante su lectura a petición de cualquiera de las partes como establece el Art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (Art. 708 párrafo segundo LECr). Como consecuencia de esa lectura ha de ser interpelado el declarante sobre las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el testigo y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral.

4.- Relativización de la anterior exigencia:

*Con relación a esta última exigencia la jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del Art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación) ese dato que se incorpora al relato de hechos probados. En todo caso lo que no es suficiente para que la declaración sumarial pueda ser tenida en cuenta es el empleo de la expresión ritual "por reproducida", práctica censurable inoperante para la efectiva entrada en el plenario de la declaración sumarial, y rechazada por la doctrina jurisprudencial".*

*Con ello, fijamos unos criterios que se han desglosado en los apartados expuestos para fijar un cuerpo de doctrina en cada caso y poder valorar esa declaración, sin que pueda de forma directa anularse la misma por existir una previa declaración de nulidad de una prueba como una intervención telefónica, al exigirse una fundada conexión de antijuridicidad con ella y valorarla y argumentarla."*

Con ello, tenemos que cabe que la declaración de un coimputado pueda tenerse como prueba de cargo debidamente corroborada y que se debe proceder a su lectura en el plenario para poder ser considerada como prueba de cargo para poder enervar la presunción de inocencia.

Lo que cuestiona el recurrente en este caso es que:

a.- Su declaración de instrucción está plagada de contradicciones, en sí misma y en relación con otras declaraciones suyas prestadas con anterioridad, y la propia Sala enjuiciante desconfía de ella, llegando a calificar su relato de "fantasioso y narcisista".

b.- Su declaración no coincide en elementos esenciales con la declaración prestada por otros acusados y testigos.

Es decir, centra su motivo en la falta de credibilidad del declarante coimputado.

Apunta de forma extensa en su recurso el recurrente diversas contradicciones que deberían hacer dudar de la declaración del coimputado David García y que existió variabilidad de la declaración de David García Moreno y sus constantes contradicciones. Así, el recurrente expone en su recurso un amplio y profusamente elaborado listado de declaraciones realizadas por David García y su conclusión es que se debe dudar de su credibilidad de forma clara y manifiesta.

Expone también la Sala que la sentencia guarda silencio sobre la declaración, sin embargo, de Richard Zahiri, pero ello no tiene la importancia que se le pretende otorgar desde el punto de vista de que no es obligatorio hacerlo si una declaración de un coimputado, rebelde, o no, no tiene la consistencia para deducir de la misma elementos de valor a tener en cuenta en la sentencia.

Además, concluye el recurrente que de la declaración de los hermanos xxx se desprende que David García “había llegado a un acuerdo con los guardias civiles con quienes colaboraba habitualmente para incriminar falsamente al Sr. Santaella”.

Por ello, concluye el recurrente que:

*a) El Comandante Santaella no sólo no colaboró sino que combatió el narcotráfico en la Costa de Granada.*

*b) Eran otros agentes de la Guardia Civil de Granada los que colaboraban con David García y cobraban de él por facilitar el desembarco de hachís e impedir interceptaciones.*

*c) La incriminación del Comandante Santaella (“padre”) es falsa, fruto de un pacto entre David García y los guardias civiles con quienes colaboraba para obtener ventajas en la “Operación Goliat” por la que había sido detenido él y el resto de los integrantes de su banda.*

*d) David García preparó pero finalmente no intervino en el alijo interceptado de 02.05.2006*

Por el contrario, entiende el recurrente que su declaración es creíble en cuanto a la exculpación y con corroboraciones externas que relata de forma detallada.

Pues bien, hemos visto que en modo alguno pueden avalarse las pretendidas contradicciones que se sostienen y que existe insuficiencia en la

prueba de cargo, o que la versión ofrecida por David García no está corroborada mínimamente, sino que todo lo contrario existe suficiente prueba de cargo citada por el tribunal según hemos expuesto y que unifica en ocho puntos el tribunal que avalan su convicción, a saber:

“En primer lugar, no hallamos sentido alguno alternativo (a ese de dar cobertura al acuerdo de justificar la presencia de fardos en una guardería) a llevar la droga del desembarco de 2 de mayo de 2.006 con una furgoneta hasta la guardería y dejarla allí abandonada. Dicho en otros términos, si no se quería entregar esa droga con el fin de dicho (aparentar ante el resto de agentes que en la guardería había droga de alijos previos) no tiene sentido alguno que se llevase a la cochera y se dejase abandonada del modo en que se hizo si, como sostiene el acusado Sr. Santaella, ya había perdido de vista a la furgoneta, mucho más rápida que su vehículo Nissan.

En segundo lugar, el propósito expresado por el coacusado David de perder el alijo y abandonar la sustancia con ese fin justificativo es compatible con el bajo índice de THC, inferior al 3 %, aunque no se trataba de ramas ni de paja. Extraemos de ello que es razonable considerar que la droga introducida previamente tenía una calidad (y por tanto un valor) sensiblemente superior.

En tercer lugar, el comandante acusado era el jefe del operativo de 2 de mayo de 2.006 (y de todos en que intervenía) y han sido numerosos los testigos que han referido que la orden de intervención (ya de día, con el alijo prácticamente finalizado) se demoró más allá de lo razonable y que el comandante Sr. García Santaella desoyó las interpelaciones de sus subordinados para actuar, lo que constituye un poderoso indicio de su connivencia con los coacusados para la realización del alijo.

En cuarto lugar, son también numerosos los testigos que han referido que el vehículo conducido por el Sr. García Santaella no perseguía, sino que precedía, a la furgoneta, y que su Nissan Terrano no llevaba ningún rotativo prioritario accionado.

En quinto lugar, un testigo que lo conocía bien (era su manipulador) afirma rotundamente que la furgoneta era conducida por David. Aunque podamos albergar algún recelo respecto de este último testigo (que llegó a estar imputado durante la instrucción y que trató de influir, según la declaración de David García Moreno, en la declaración de éste –a Santaella le tiras a muerte

pero de mi no digas nada-), sus manifestaciones son, en lo esencial, convergentes con la del resto de agentes sobre el desarrollo de ese operativo del 2 de mayo. El propio David reconoce ser el conductor de la furgoneta.

En sexto lugar, el comandante Sr. García Santaella no judicializó (no solicitó la aplicación del art. 263 bis de la LECr) la operación presentada a los oficiales, suboficiales y guardias a los que expuso la existencia de dos entradas controladas y una tercera en que sería reventada la operación.

En séptimo lugar, en la fecha del primer alijo descrito (febrero/marzo de 2.006) no había ninguna guardería cerca de la costa para ocultar la droga. El Sr. García Santaella dijo a los agentes (cuando les presentó la operación) que el hachís que entrase sería llevado a una guardería (cuyo lugar no concretó) que sería controlada por él con una cámara. La cochera en que se abandona la droga del alijo de 2 de mayo fue alquilada en abril.

En octavo lugar, de haber actuado el acusado por los plausibles móviles ahora aducidos (investigar las ya aludidas supuestas filtraciones de información sugeridas por los datos de que disponían Jean Manuel Jiménez Montes y David García Moreno), lo lógico hubiera sido participar a la Jefatura sus sospechas y su plan de actuación para descubrir esas posibles fugas de información (no consta que informase a la Jefatura) e incluso dar cuenta de sus recelos al Servicio de Asuntos Internos, en especial, cuando podía razonablemente entender que las filtraciones de información pudieran proceder de los agentes más relacionados con los confidentes (sus captores, sus manipuladores). Nada de eso hizo. No detuvo a David en el alijo de 2 de mayo de 2.006, a pesar de que esa dice que era su verdadera intención.”

Por ello, no se trata de que solo se haya condenado al recurrente por la declaración sumarial leída en el plenario, sino, también, por un elenco de pruebas relevantes y conclusivas que avalan la participación del recurrente en los dos operativos para favorecer el tráfico de drogas.

Expone también en este motivo la aportación de un documento que se introduce ex novo en esta fase procesal apuntando que:

*“Se trata de una denuncia manuscrita por David García Moreno, fechada el 25 de marzo de 2019, y que al parecer ha presentado su esposa.*

*A lo largo de 78 páginas se detalla y destapa una trama policial diseñada y ejecutada en el año 2014, durante la operación Goliat, por xxx entonces*

*Teniente responsable del Grupo E.D.O.A. de la Guardia Civil de la Comandancia de Granada, con el único objetivo de derribar a Francisco García Santaella “a cualquier precio y de cualquier manera.*

*El Teniente xxx (T.I.P. G-003300-P) habría logrado declaraciones de varios detenidos, entre ellas la de David García, para acusar falsamente al Sr. García Santaella, fundamentalmente a cambio de recompensas judiciales y económicas, aunque también mediante coacciones y amenazas.”*

Resulta descartable que cuestionando la versión dada por David García se aporte ahora un documento relacionado con este para intentar demostrar que todo se trató de una trama, pero, como señala el Fiscal de Sala debe rechazarse que cuatro años después de dictada la primera sentencia, casada esta y dictada una segunda sentencia, se pretende incorporar una denuncia manuscrita, supuestamente elaborada antes de la celebración del primer juicio. Denuncia que, y entendemos oportuno señalarlo, surge de algún tipo de relación entre el recurrente y el “entorno de David García Moreno”, es decir, de aquel que, a juicio del recurrente, constituye la casi única prueba de cargo.

Debemos recordar a estos efectos lo que ha señalado esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 286/2020 de 4 Jun. 2020, Rec. 3786/2018:

*“La fase probatoria precluyó y, a diferencia de lo que sucede con muchos condicionantes en la apelación, la casación repele toda variación en el material a valorar.... En la casación no se practica prueba: es un dogma.... No podemos quebrar ese axioma básico: en casación no cabe actividad probatoria alguna, ni siquiera aquélla cuya práctica es bien simple en tanto no precisa de un trámite singular (pruebadocumental).”*

De todos modos, lo que no tiene cabida es que se postule la queja de que no se tenga en cuenta lo que declara David García que perjudique al recurrente y que luego se aporte un documento relacionado con el mismo que no resulta admisible en el actual momento procesal y para poner duda sobre la valoración de prueba llevada a cabo. Debe rechazarse su admisión por lo expuesto.

Por todo ello, pese a la disidencia valorativa del recurrente, el Tribunal a quo ha contado con suficiente prueba de signo acusatorio y su motivación plasma el proceso fundamental de su raciocinio, razonamiento que obedece a

los criterios lógicos y razonables a diferencia de lo que se llevó a cabo en la primera sentencia que fue anulada por esta Sala por la arbitrariedad y el carácter ilógico y poco razonado, así como por la insuficiencia argumentativa expuesta que en la sentencia ahora recurrida fue subsanado.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** 4.- Por infracción de precepto constitucional del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española, al lesionar la Sentencia recurrida el derecho de mi mandante a la presunción de inocencia, en relación al delito de tráfico de drogas, al haber presumido contra reo la concurrencia de los presupuestos fácticos de la circunstancia de agravación de extrema gravedad.

Señala el recurrente que:

“Fuera de los 3.985.580 gramos de hachís incautados en el alijo desembarcado el 2 de mayo de 2006, que se considera probado que no estaban destinados al mercado ilegal, no se practicó prueba de la que se pueda deducir racionalmente que en los dos anteriores alijos (del que sólo se considera probado uno) la cantidad de droga introducida excediera notablemente de la considerada como de notoria importancia, ni tan siquiera que fuera hachís o cualquier otra sustancia estupefaciente, por lo que no concurrirían los presupuestos para la aplicación de la agravación específica del art. 370.3º del Código Penal, en su redacción vigente cuando sucedieran los hechos”.

Apunta el tribunal de instancia en el FD nº 3 sobre la concurrencia de la extrema gravedad que:

*“Extrema gravedad:*

*Estimamos concurrente la cualificación específica prevista en el art. 370,3 del CP. Al tiempo de los hechos enjuiciados –año 2.006-, la citada agravación específica (según la redacción dada al precepto por la L.O. 15/2003, de 23 de noviembre) cualificaba la conducta del tipo básico en los siguientes términos: "Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:...3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.*

*Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.”*

*En interpretación de esta redacción, el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del TS de fecha de 25 de noviembre de 2.008, estableció que la aplicación de la agravación del art. 370.3 del C.P. referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia, por lo que es también conveniente recordar, a los efectos de aplicación del mencionado acuerdo no jurisdiccional, que es criterio jurisprudencial asentado que la notoria importancia ordinaria en el caso del hachís se sitúa en torno a la cantidad de dos kilogramos, por lo que la circunstancia de especial agravación conforme al art. 370,3 del CP se sitúa en torno a los dos mil kilogramos.*

*Ahora bien, aunque resulte indiferente una vez que se aprecia la extrema gravedad en atención a la cantidad de sustancia estupefaciente introducida, creemos poder mantener que, a los efectos del art. 370.3 del CP, y en la época en que se cometen los hechos, no toda embarcación integraba el concepto de “buque” a los efectos de dicho precepto. La agravación se reservaba para embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedaban excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras planeadoras. Y ello sin perjuicio de tomar en consideración el empleo de tales medios de transporte a los efectos de evaluar la gravedad de los hechos y la consiguiente respuesta punitiva a los mismos.*

*En cualquier caso, y como hemos expuesto, concurre la cualificación de extrema gravedad por la cantidad de sustancia intervenida. En el desembarco*

*interceptado el día 2 de mayo de 2.006 fueron ocupados casi cuatro mil kilos de hachís, en concreto 3.985´5 kilos, cantidad que, por sí sola, ya integra la extrema gravedad que exige el tipo agravado. Tras el dictado de la STS de 11 de noviembre de 2.021, que anula la dictada por esta Sala con fecha 30 de septiembre de 2.019, consideramos la citada sustancia como destinada al tráfico ilícito en tanto que se enmarca en una operación de entrada de droga estructurada en tres fases, de forma que no podemos realizar una valoración aislada de dicho alijo, o fuera de todo contexto, sino integrada en el conjunto de la operativa descrita y, en cualquier caso, como un acto de favorecimiento del tráfico de la sustancia previamente introducida que no aprehendida.*

*Hemos declarado probado que, además de dicho alijo del día 2 de mayo de 2.006, se produjo otro anterior, en fecha no determinada pero comprendida en los meses de febrero o marzo de 2.006 (nos referimos al hecho tercero de nuestro relato fáctico). En esa ocasión, en efecto, se produjo un desembarco de sustancia estupefaciente que forma parte de una de esas operaciones pactadas entre el acusado Sr. García Santaella y el acusado rebelde David García. Hemos manifestado desconocer la cantidad exacta de sustancia introducida en territorio nacional, al no ser interceptada ante la pasividad de los agentes de la Guardia Civil, que no intervinieron por la orden de no hacerlo dada por el acusado Sr. García Santaella, al frente del dispositivo de vigilancia. Por eso hemos aludido a que se trató de una cantidad indeterminada de fardos.*

*Ahora bien, esta ignorancia del preciso dato de la sustancia alijada en esa ocasión no es incompatible con la consideración de que debió ser una cantidad importante, a agregar a la ocupada en el desembarco de 2 de mayo de 2.006 (ya por sí sola en cantidad suficiente para integrar la cualificación delictiva por extrema gravedad)”.*

Con ello, hay que precisar que:

- 1.- El pacto o acuerdo del recurrente con David García y Jean Manuel se situó en tres desembarcos de droga, los dos primeros de 2.000 k. de hachís, habiéndose declarado probado uno de ellos, más el tercero en el que se intervienen casi 4.000 kg., de hachís.
- 2.- Que la tercera fase estaba relacionada con las anteriores en donde se concreta el pacto del recurrente para el favorecimiento de la distribución de la droga. No puede concebirse la tercera fase como desconectada de este objetivo

de buscar el favorecimiento en la conexión con la fase anterior declarada probada.

3.- Sobre la extrema gravedad ya se pronunció esta Sala en la STS 858/2021, de 11 de Noviembre señalando que: *“el tipo agravado de la especial gravedad, no sólo resulta del peso extremo del objeto del tráfico, también cabe en los supuestos de utilización de embarcaciones, y el relato fáctico refiere el, empleo de una embarcación de la que desembarcan y dos "gomas", según relatan los testigos y, además, el acusado era autoridad en la lucha contra el tráfico de drogas y la cantidad era notoriamente importante, sin que sobre esas cualificaciones agravatorias se diga absolutamente nada. Por otra parte, causa cierto sonrojo declarar probado que la tercera entrega de droga, la de los 4.000 kilogramos, era un "regalo" al Estado, del que nunca podría obtener ningún beneficio, tratándose, como antes se dijo, de una conducta enmarcada en una operación de tráfico, por lo tanto favorecedora de este.”*

Se añade in fine que la conducta delictiva está: *“agravada por la extrema gravedad derivada de la específica estructura en los hechos, disponiendo para su ejecución de una embarcación, y en su organización, con el principal encargado de su represión, y con un montante de la operación, lógicamente resultante de las tres operaciones que se declaran probadas, y de especial gravedad”*.

Así, se hace constar en los hechos probados que *En la conversación mantenida con dicho Jean Manuel acordó con éste la realización de una serie de operaciones de entrada de hachís procedente de Marruecos en territorio nacional por playas de la zona de Motril. Dicho acuerdo se estructuró en tres fases: dos primeros alijos de una cantidad aproximada de 2.000 kilogramos de hachís cada uno [...] así como una tercera entrada de droga, de inferior calidad a la de los primeros alijos, pues en la previsión de dicho acusado su destino era su aprehensión por la Guardia Civil, en cantidad que permitiese aparentar que toda la sustancia introducida (la de los tres previstos alijos) era interceptada por los agentes de la Guardia Civil.*

Con ello, es un hecho objetivo que la extrema gravedad ya parte de la tercera fase en la cantidad de casi 4.000 Kg, operación que no puede entenderse “desconectada” de la fase declarada probada en el hecho probado 3º, sobre la que se pactaron una entrada de 2.000 kgs, aunque no pudo saberse

exactamente esa cantidad desembarcada, pero que en todo caso de la prueba practicada y valorada por el tribunal ya expuesta se entendió que, incluso, la cantidad de la tercera fase fuera menor, ya que consta probado que el pacto alcanzó: *una tercera entrada de droga, de inferior calidad a la de los primeros alijos, pues en la previsión de dicho acusado su destino era su aprehensión por la Guardia Civil, en cantidad que permitiese aparentar que toda la sustancia introducida (la de los tres previstos alijos) era interceptada por los agentes de la Guardia Civil.*

Pues bien, la prueba sobre la concurrencia de la extrema gravedad está reflejada, además, en la sentencia del tribunal de instancia en las pags 40 y ss, señalando que:

*“Se relata en el mismo un alijo de fardos producido, según las acusaciones, en fecha no exactamente determinada pero comprendida entre los meses de febrero/marzo de 2006 y que para aquéllas constituiría la primera de las tres fases de esa operación que el acusado dio a conocer a numerosos miembros (oficiales, suboficiales y guardias) de la Guardia Civil y miembros del DAVA, a que se ha hecho mención en el apartado anterior.*

*... no son pocos los miembros de la Guardia Civil, además del coimputado David García Moreno, que confirman la presencia del acusado en el dispositivo de vigilancia por él comandado en aquella ocasión. Son testigos directamente presenciales de ese alijo, observado por ambos a través de una cámara térmica, tanto el guardia del EDOA con TIP F-83555-K como el Cabo del Servicio Marítimo con TIP G-00330-P.*

*El primero de ellos que, cierto es, sitúa el hecho a primeros de febrero, a propósito de esa primera fase a la que correspondería dicho desembarco, ha manifestado que el operativo fue dirigido por el Comandante Sr. García Santaella, como todos los dispositivos efectuados en la costa en los que bajaba dicho comandante; textualmente refiere este guardia que se reunieron en el Cuartel de Calahonda y les dijeron por dónde iba a ser. Iba como operador de la cámara térmica. Con él estaba el cabo G-00330-P, que pertenece al servicio marítimo pero en ese alijo no había intervención desde el agua en esa primera fase, para ver la gente que entraba y así tener experiencia para la tercera fase. Se colocó en un lugar desde el que veía el acercamiento a tierra y el desembarco. Conoce la zona. Primero les ubicaron en una zona desde la que*

*no tenía visión sobre la tierra, por eso se cambió de sitio y se colocó en un lugar desde el que vio todo.*

*La barca tocó tierra, se acercaron 8 o 10 personas. Llegó la furgoneta, cargaron, la goma dio marcha atrás y se fue. Pudo ser un camioncillo. Contaron de 100 a 120 fardos. A razón de 30 kilos, unos 4.000 kilos, o cerca. A la vuelta, en una reunión, Santaella dijo que todo había ido bien y que habían entrado unos 60 fardos, a lo que él respondió que habían entrado 120 y entonces Santaella dijo “ya nos han engañado”. No se habló de seguimiento de la furgoneta. La operación era del equipo de PJ Maracena y ellos -los miembros del EDOA-daban apoyo. Supone que eso se llevó a una guardería....*

*El segundo testigo citado, el Cabo G-00330-P, patrón de una de las patrulleras pertenecientes al Servicio Marítimo (SM), sobre este episodio refiere que en el primer dispositivo estaba en tierra, con el propósito de tomar experiencia para alijos sucesivos. Observó con la cámara térmica, en la zona de los Yesos, lo recuerda vagamente, pero vio una embarcación que alijó y se cargó en un camión que salió del lugar. No se interceptó ni se detuvo a nadie. Se remite a lo que declaró a los compañeros (se refiere al atestado de estas diligencias). Recuerda que comentó que se habían cargado más fardos de los que se decía que debían ser cargados según el Comandante, aunque no lo recuerda bien, dada la gran cantidad de operaciones en que interviene.*

*Además de estos dos testigos presenciales, que observan por sí las operaciones de arribada a playa, descarga de fardos y carga en un vehículo, otros miembros de la Guardia Civil, aun no presenciando, desde las respectivas posiciones que ocupaban en el dispositivo, esa operación de alijo, dan cuenta de su presencia e integración en el operativo en tal ocasión.*

Respecto de la prueba relativa al hecho quinto de la tercera fase se da cuenta desde el folio 56, si bien, en esta ocasión, no se cuestiona la cantidad ocupada y se desembarcan casi 4.000 kg.

Además, para acreditar la admisibilidad y concurrencia de la agravación del art. 370.3 CP recordar que se considera probado que el recurrente no era un funcionario “básico”, ya que era “Comandante Jefe de la Policía Judicial y de Información en la Comandancia de la Guardia Civil de Granada, con funciones de dirección y coordinación, entre otros, del Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga (EDO) y de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial (UOPJ), con

mando en todas las operaciones antidroga realizadas en el ámbito de la citada comandancia”, elaborando un plan con los coacusados, que la introducción de la droga en España se realizada con embarcaciones: “llegó una embarcación procedente de Marruecos a la playa antes citada y se produjo el desembarco de una cantidad indeterminada de fardos ...”, que el acusado “simuló”, o “justificó” ante sus subordinados su verdadera intención, que determinó la no intervención de los agentes, que merced a su actuación “no se detuvo a ningún porteador ante la tardanza del Comandante Sr. García Santaella en dar la orden de intervención, tanto a las embarcaciones de Servicio Marítimo que debían interceptar las lanchas porteadoras desde el mar, como a los agentes de la Guardia Civil que se encontraban en tierra”.

Ya advirtió esta Sala sobre la gravedad del caso en la STS 858/2021, de 11 de Noviembre al reseñar que “Los hechos declarados probados, no obstante la absolución, son de una extraordinaria gravedad. El que el máximo responsable policial de la demarcación, encargado de la represión penal de conductas delictivas relativas al tráfico de sustancias estupefacientes, sea acusado, y se declara probado, que colabora con los autores de la llegada a España, vía marítima, de las sustancias que debe reprimir, resulta escandaloso”.

Con ello, tenemos que:

1.- Es un hecho declarado probado por el Tribunal de instancia (Hechos Tercero y Quinto de la sentencia) que la cantidad total del hachís desembarcado es de notoria importancia conforme a los parámetros jurisprudenciales aplicados en el momento de los hechos.

Ha sido acreditado con prueba bastante que ha sido reflejada y expuesta en la sentencia con claridad y concreción, sin sujetarse solo a lo que señala David García, sino corroborado por los agentes que intervienen en la operación respecto a las cantidades en el caso de la tercera fase, el número fardos que se presencia descargar en la primera y el pacto al que llega el recurrente con los implicados.

2.- La droga desembarcada en el primer alijo se trataba de hachís y que su peso era al menos de 2.000 kilos, cantidad que el acusado había acordado con Jean Manuel Jiménez a finales de enero de 2006 y, además, constan las declaraciones de los agentes que lo presencian. No se hace nada para evitarlo.

3.- Consta probado que el desembarco de hachís efectuado el 02 de mayo de 2006 (tercera fase del plan) vendría a corroborar la veracidad del plan trazado a finales de enero de ese año cuando el recurrente pacta con Jean Manuel Jiménez, luego renovado en marzo con el coacusado David García Moreno, de introducir dos veces 2.000 kgs al menos más una tercera entrega (que se evidencia que es de casi 4.000 kg) cuya vigilancia en una guardería, que sólo el recurrente conocía, se atribuyó exclusivamente ante numerosos testigos (subordinados suyos y el jefe del DAVA de Motril).

4.- La deducción de la prueba practicada expuesta por el tribunal lleva a admitir que ningún dato lleva a dudar razonablemente que no se produjera el alijo del hecho 3º, (primera fase) ni que su contenido no fuera otro que hachís, ni que la cantidad fuera inferior a los 2.000 kilos acordados entre el recurrente y Jean Manuel. Si en la guardería que el recurrente supuestamente vigilaba, hubiera habido una cantidad de kilos menor de la pactada, o si lo desembarcado no hubiera sido hachís (lo cual no tiene sentido alguno en el contexto espacio temporal en que se produjo el alijo), lo lógico y razonable es que el recurrente lo habría participado en algún momento desde febrero al 02 de mayo (fecha del tercer alijo) a sus subordinados, o a alguno de ellos, o al jefe del DAVA de Motril, a quienes participó los detalles del plan.

5.- La tercera fase de Mayo de 2006 era igualmente delictivo por favorecer el tráfico de estupefacientes al estar preordenado a cubrir con tal cantidad los alijos anteriores, entre ellos el de febrero de 2006 considerado hecho probado, intentando el recurrente hacer creer a sus subordinados y al Jefe del DAVA que esa cantidad del 2 de mayo era el total del plan en tres fases que les había informado que se desembarcarían. Esa tercera fase y la cantidad de droga aprehendida estaba relacionada e inserta en el pacto y plan diseñado por el recurrente con Jean Manuel y David.

En consecuencia, la prueba practicada evidencia que existe la suficiencia dosis de prueba respecto a la aplicación de la agravación del art. 370.3 CP, dejando para el motivo 7º las circunstancias de análisis jurisprudencial de las relativas a la concurrencia exigente para la aplicación de esta agravación.

6.- Como reconoce el tribunal de instancia el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del TS de fecha de 25 de noviembre de 2.008, estableció que la aplicación de la agravación del art. 370.3 del C.P. referida

a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia, por lo que es también conveniente recordar, a los efectos de aplicación del mencionado acuerdo no jurisdiccional, que es criterio jurisprudencial asentado que la notoria importancia ordinaria en el caso del hachís se sitúa en torno a la cantidad de 2.5 kilogramos, por lo que la circunstancia de especial agravación conforme al art. 370,3 del CP se sitúa en torno a los 2.500 kilogramos, que se admite que como mínimo concurre en el presente caso, siendo este un dato objetivo.

7.- Consta en la sentencia como dato relevante para tener por acreditada la prueba para la apreciación de esta agravación que *“concorre la cualificación de extrema gravedad por la cantidad de sustancia intervenida. En el desembarco interceptado el día 2 de mayo de 2.006 fueron ocupados casi cuatro mil kilos de hachis, en concreto 3.985’5 kilos, cantidad que, por sí sola, ya integra la extrema gravedad que exige el tipo agravado. Tras el dictado de la STS de 11 de noviembre de 2.021, que anula la dictada por esta Sala con fecha 30 de septiembre de 2.019, consideramos la citada sustancia como destinada al tráfico ilícito en tanto que se enmarca en una operación de entrada de droga estructurada en tres fases, de forma que no podemos realizar una valoración aislada de dicho alijo, o fuera de todo contexto, sino integrada en el conjunto de la operativa descrita y, en cualquier caso, como un acto de favorecimiento del tráfico de la sustancia previamente introducida que no aprehendida.”*

8.- Consta el pacto de que la primera fase lo sería de desembarco de 2.000 kgs de hachís y en relación a la sustancia alijada en la primera fase consta en la sentencia con acierto que no es incompatible con la consideración de que debió ser una cantidad importante, a agregar a la ocupada en el desembarco de 2 de mayo de 2.006 (ya por sí sola en cantidad suficiente para integrar la cualificación delictiva por extrema gravedad). Esa cantidad importante puede extraerse de las declaraciones de varios testigos presenciales de dicho desembarco.

Existe prueba bastante y debidamente valorada para la apreciación de la agravación de extrema gravedad ex art. 370.3º CP.

El motivo se desestima.

**SEXTO.-** 5.- Por infracción de precepto constitucional del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Refiere el recurrente que queda afectada su presunción de inocencia, “por valoración ilógica, incoherente e irracional de las pruebas de las que dispuso la Ilma. Audiencia, y haber presumido, contra reo, los presupuestos fácticos del delito de cohecho”.

Nos remitimos a lo expuesto en el FD nº 4 respecto a la dosis de prueba exigente para enervar la presunción de inocencia que en el presente caso se ha apreciado mínimo y suficiente.

Se cuestiona la credibilidad del testigo David García y la incorporación del informe de la UCO, así como el significado que se le atribuye.

Sobre la declaración de David García hay que señalar que recoge el tribunal de instancia (pag 36) que:

*“Nótese además que, en este nuestro presente caso, los coimputados David García Moreno y Rachid Zahiri no han podido ser examinados directamente por el Tribunal, al encontrarse ambos en ignorado paradero por su voluntaria decisión. David García Moreno no compareció al primer señalamiento de juicio, no fue habido, y desde entonces se encuentra en situación de busca y captura. Rachid Zahiri, quien por el contrario sí fue citado para el primer señalamiento del juicio, no compareció al mismo y, al parecer, salió de forma voluntaria del territorio nacional y regresó a su país de origen, Marruecos. El Tribunal dispone de información contradictoria sobre si en dicho país se encuentra actualmente privado de libertad.*

*Al no poder disponer de sus declaraciones en el plenario, y solicitada por el Ministerio Fiscal, la Sala ha accedido, sin objeción alguna de la defensa, a la reproducción de la videograbación de sus respectivas declaraciones en el Juzgado de Instrucción, prestadas con las debidas garantías de contradicción, con asistencia e intervención de las partes. Posibilidad ésta, insistimos, que no ha sido controvertida por ninguna de las partes y está admitida jurisprudencialmente (por todas, STS 156/2017, de 13 de marzo).*

*De las manifestaciones de ambos extraemos que se trata de coimputados que no niegan, sino que reconocen su participación en los hechos, así como que buena parte de sus declaraciones, en especial las de David García Moreno y con relación al delito contra la salud pública, cuentan con una abundante corroboración sustentada por otros medios de prueba.*

Se ha especificado que las declaraciones sumariales en los casos de coacusados rebeldes que no hayan comparecido pueden leerse en el plenario a instancia de las partes para poder “elevantas” y que se puedan tener en consideración en la sentencia.

Ya se ha hecho referencia anteriormente a la corroboración periférica de la lectura de la declaración de David García con las pruebas que se han citado y que se entienden como válidas y suficientes a los efectos de la enervación de la presunción de inocencia que, sin embargo, el recurrente cuestiona, por cuanto entiende que no es suficiente y no creíble la declaración de David García, y las pruebas que cita el tribunal no pueden tenerse como tales para corroborar periféricamente esta declaración, por lo que cuestiona que se de validez a los informes de la UCO.

Hay que recordar que la sentencia recurrida recoge en el hecho probado sexto que:

*“Como contraprestación por su colaboración en la realización de los mencionados alijos descritos en los apartados tercero y quinto de esta relación de hechos, el acusado Francisco García Santaella recibió de David García Moreno una cantidad de dinero no determinada, pero en torno a 120.000 euros.”*

Da respuesta el tribunal a la prueba concurrente relativo al delito de cohecho en el FD nº 5 a cuyo tenor:

*“Declarado probado que el acusado acordó con David García Moreno que le permitiría o aseguraría la realización de alijos a cambio de una retribución económica, existiera ésta o no, el tipo penal del delito de cohecho ya resulta colmado con tal exigencia de dinero como compensación por su pasividad ante la actuación de los responsables del alijo (el citado David), pues basta para ello la solicitud de obtención de una prestación económica.*

*Esta Sala entiende acreditado que, en el caso de David, existió una compensación económica por parte de éste al acusado García Santaella, de cuantía no determinada, pero en torno a 120.000 euros.*

*Los elementos de convicción de cargo apreciados por la Sala en relación con el delito de cohecho asociado al citado David no proceden tan solo de sus manifestaciones, en las que reconoce haber entregado importantes sumas de dinero al acusado García Santaella (120.000 euros en metálico y la mitad de la venta de varios fardos de hachis -3 o 4-). David García admite, por tanto, su participación en el delito de cohecho como agente corruptor de un funcionario público. Ha declarado que tales entregas de dinero están relacionadas con el pacto alcanzado con García Santaella y eran su retribución por asegurar el buen fin de los desembarcos (asegurar la playa, dice David), omitiendo la actuación que le era debida de impedir (o intentarlo al menos) la comisión del delito y de perseguir y detener a sus autores. Hemos declarado probada la participación en el delito contra la salud pública y la vinculación entre dicha conducta y el propósito lucrativo del funcionario público resulta lógica y razonable.*

*Junto a las manifestaciones de David García, no podemos dejar de ponderar, como elemento de cargo en la corroboración de que el acusado habría recibido ingresos no justificados, los resultados de los informes elaborados por la Unidad Central Operativa (en adelante UCO) sobre la investigación patrimonial realizada al acusado. Existe un primer informe (folios 3177 a 3294, Atestado 1/2016, Tomo VI) que fue objeto de ampliación (folios 3413 a 3495, Atestado 93/2016, Tomo VI) en relación con un delito de blanqueo de capitales, que también fue inicialmente imputado al acusado y por el que tan solo acusaba provisionalmente la acusación popular, acusación retirada al inicio de las sesiones de juicio oral. Según las conclusiones de dicho informe (folio 3493, Tomo VI) en total los pagos que el matrimonio Santaella-Domínguez habría realizado con dinero en efectivo cuyo origen no se ha podido determinar, asciende a la cantidad total de entre 138.582,68 € y 159.582,68 €. Tras la realización de alegaciones y aportación de documentos por la defensa del acusado (folios 4702 a 4704, Tomo VI), y examinados por la UCO, se emite el informe (folios 4748 a 4803, Tomo VIII) en el que se afirma que se mantienen las conclusiones de los anteriores, si bien al folio 4803 se concluye que el total de los pagos que el matrimonio Santaella-Domínguez habría realizado con dinero en efectivo cuyo origen no se ha podido determinar asciende a la cantidad total de entre 108.761'08 € y 129.761'08 €.*

*Cierto es que estas conclusiones de los informes de la UCO contrastan con el resultado de las investigaciones realizadas por el SAI en los años 2.006 y 2.008, que concluyeron que no existían indicios de enriquecimiento por parte del acusado como consecuencia de estas operaciones de tráfico de drogas, así como han sido rebatidas por el informe pericial económico del Sr. Joyanes aportado por la defensa (que estima justificados todos los pagos realizados por el acusado y su esposa para la compra de diversos bienes). Pero la Sala extrae de esos informes de la UCO apoyo suficiente para considerar que el acusado percibió cantidades en metálico como retribución de su participación en el tráfico de estupefacientes. Aunque, insistimos, no podamos determinar el importe de las mismas.*

*Y en tercer lugar, como poderoso indicio para reforzar esas manifestaciones de David García Moreno no podemos obviar que, admitida como probada por este Tribunal la colaboración del acusado Sr. García Santaella en el delito contra la salud pública, en los términos que hemos expuesto, el ánimo lucrativo o económico se erige en la más lógica motivación del acusado para participar en el tráfico de drogas. Dicho en otros términos, convenimos que resulta difícilmente concebible, y aun inimaginable, asumir el riesgo de la comisión de un delito contra la salud pública de la envergadura que hemos descrito sin reclamar y obtener una contraprestación económica importante por su contribución al éxito de la actividad delictiva.*

*No concebimos otras motivaciones del acusado Sr. García Santaella, como pudieran ser el mérito o reconocimiento profesional por su labor de represión del tráfico de drogas, por dos razones: en primer lugar, el acusado ya gozaba de dicho prestigio porque, según sus propias declaraciones, en su época al mando de la Comandancia se lograron registros nunca vistos de incautación de hachis; en segundo lugar, porque si lo que pretendía era detener a David y al máximo de intervinientes en la operación diseñada, no encontramos explicación alguna (que no sea la de su participación delictiva) a que el citado David no fuese detenido en el alijo de 2 de mayo de 2.006 cuando a su alcance lo tuvo el acusado, que no solo no lo detuvo, sino que propició su salida de la playa a bordo de una furgoneta.*

*Ahora bien, que hayamos admitido que existió una compensación económica no resulta incompatible, en nuestro criterio, con la falta de*

*determinación de la cantidad o cantidades que David entregó al acusado Francisco García Santaella.*

*En primer lugar, por lo que concierne a la entrega de 120.000 euros, en metálico, por parte del coacusado David García Moreno, cierto es que ofrece detalles relativos al lugar y circunstancias en que dicho pago se produjo. Ha declarado que una vez reunió dicha cantidad, llamó a Santaella y éste le dijo “vente al cuartel”, para lo que él le dijo (a fin de facilitar su entrada a la comandancia de Almanjáyar) que llevaba un Golf, cuya matrícula le dio. A su llegada, un guardia civil le acompañó al despacho de Santaella. Ya a solas, le entregó el dinero y Santaella le dijo “pero estás loco” (reprochándole que se lo hubiera llevado y entregado allí). Ambos se fueron en su coche hacia el barrio de La Chana, en el que Santaella se bajó en una zona de bloques antiguos y a los 15 o 20 minutos regresó sin la bolsa del dinero. Relata David García Moreno este episodio de nuevo con algún adorno fantasioso, como cuando responde a preguntas de la representante del Ministerio Fiscal (para aparentar su influencia y licencias que podía tomarse), que incluso antes de entrar en la comandancia cogió de la bolsa 200 € y compró dos pistolas de perdigones con las que entró en la comandancia.*

*Sobre que la suma entregada fuesen 120.000 euros no existe más prueba que la declaración del coimputado David García Moreno. Pero en la investigación realizada por el SAI se le atribuye (por parte de agentes de la Guardia Civil que las habrían escuchado) la mención a otras cantidades entregadas por este coacusado a García Santaella. Así, al folio 584 obra nota de investigación del SAI según la cual el Alférez Jefe del EDOA informó que a un agente de la Guardia Civil le habría dicho David que pagó a Santaella 80.000.000 de las antiguas pesetas. En otra ocasión (folio 588) David habría dicho al citado agente Nicolás que pagó al comandante Santaella 390.000 euros por apoyar sus actividades de narcotráfico.*

El Tribunal ha realizado un suficiente esfuerzo de motivación acerca de la comparación de los informes de la UCO en cuanto a lo que constan en esos documentos perfectamente valorables por el tribunal y la comparación con pericial económica e informes del SAI que eran distintos de los primeros, pero el tribunal realiza una valoración conjunta de la prueba concluyendo la inferencia deductiva de las “razones económicas” y del evidente ánimo de lucro del alcance

de ese pacto o acuerdo con los dos implicados para favorecer la entrada de Hachís y, luego, la distribución de las sumas de los alijos de droga. El tribunal no alberga duda alguna de la intervención del recurrente en estos actos ilícitos a cambio de la contraprestación económica ya declarada probada por el propio reconocimiento de David García, que es pieza esencial en la asunción de esta mecánica delictiva y la corroboración que se cita en cuanto a la confirmación por la UCO de estos movimientos económicos.

El motivo se desestima.

**SÉPTIMO.-** 6.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, y concretamente, por indebida aplicación de los arts. 368, 369.1.1ª y 370.3º del Código Penal, al resultar atípico el hecho relativo a la tercera fase, y a su indebida integración en un hecho global que es objeto de una valoración jurídicamente unitaria.

Cuestiona el recurrente la subsunción de los hechos probados respecto del operativo de la tercera fase en el delito objeto de condena contra la salud pública.

El recurrente construye una formulación de su motivo pretendiendo que “Se debe excluir del delito de tráfico de drogas el hecho calificado como “tercera fase”, declarando la absolución por este hecho, con las consecuencias que ineludiblemente se producen en cuanto al tipo agravado de extrema de gravedad, que fue excluido de la única operación típica acreditada (primer hecho), en su consideración aislada. Ello conduce también a la apreciación de la prescripción del único de tráfico de drogas que se considera acreditado.”

Por ello, se propugna que se valore de forma separada, como hechos independientes cada una de las tres fases. Desde tal entendimiento, únicamente se concede relevancia jurídico penal, en cuanto al delito de tráfico de drogas, a la primera –insuficiente para aplicar el 370– mientras que la tercera fase no es más que un hecho singular, por mucho que formara parte de un plan global. Y este tercer hecho, al quedar excluido que la entrada de la mercancía se destinara al tráfico ilícito, sino “preordenada a ser incautada por la Guardia Civil”, resulta atípico porque la mercancía no estaba destinada al tráfico ilícito.

Este es el planteamiento de base que debe ser rechazado, ya que se ha analizado anteriormente de forma muy detallada la conexión de la tercera fase con la declarada probada (hechos 3 y 5) y el entendimiento de que el pacto o acuerdo entre el recurrente y los implicados conllevaba un operativo global y no por fases aisladas y desconectadas la una de la otra, sino que se llegó a un acuerdo en varios escenarios, estando implicado el tercero en el declarado probado, por lo que no cabe excluir que no exista la finalidad tendente al favorecimiento del tráfico. Esta cuestión ya ha sido analizada por el tribunal de instancia con detalle y en esta resolución.

No puede admitirse la existencia de una pluralidad de hechos independientes, en el plano natural. Lo actuado no es, como se pretende, operaciones separadas cronológicamente, y que son el resultado de nuevas decisiones de acción. No puede aislarse la tercera fase y considerar que nada tiene que ver con el operativo global llevado a cabo en ese pacto inicial a cambio de contraprestación probada para el recurrente.

Hay que recordar al respecto que hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 200/2022 de 3 Mar. 2022, Rec. 934/2020 que:

“Entiende esta segunda opción jurisprudencial (STS 112/2014) que en aquellos casos en los que puede observarse entre los distintos actos la existencia de una conexión espacio-temporal y una sustancial coincidencia en la actuación en la que el hecho se configura como una unidad, han de ser considerados bajo la idea de la unidad de acción. Esto significa que el tipo penal del art. 368 puede llevarse a cabo mediante un solo acto que configura una acción o, mediante una diversidad de actos, siempre que en tales casos pueda considerarse que concurre una sola acción en sentido natural. Por lo cual, cabrían tres posibilidades jurídicas: una primera, cuando una persona realiza diversos actos que puedan considerarse como una única acción natural que configure un único delito; una segunda, cuando una persona realiza diversas acciones que dan lugar a varias subsunciones en el mismo tipo penal; y, por último, cuando los casos en que se dan una pluralidad de acciones que infringen el mismo precepto son considerados una unidad jurídica de acción por continuación, siempre que exista un nexo de continuidad (STS 919/2004 de 12.7)”.

Existe, pues, una renovación de dolo en cada uno de los actos que conforman el plan preconcebido, idea presente en la sentencia aquí recurrida, ya que el acuerdo entre el recurrente y los implicados no se refería a actos aislados, sino a un proceder delictivo en el que la presencia y colaboración del recurrente era pieza esencial en la ejecución delictiva que se desglosaba en varias fases, no siendo la tercera considerada aisladamente y fuera del pacto para garantizar el favorecimiento en la distribución de la droga.

No cabía unos actos aislados que llevaran a la prescripción de operaciones aisladas, sino que el proceder integra una “agrupación” de las operaciones llevadas a cabo y que afecta de forma notable a la apreciación de la extrema gravedad de las operaciones realizadas y que atrae la aplicación de la agravación del art. 370.3 CP.

Por ello, apunta el tribunal que (FD nº 2, pag 29): *En el desembarco interceptado el día 2 de mayo de 2.006 fueron ocupados casi cuatro mil kilos de hachis, en concreto 3.985´5 kilos, cantidad que, por sí sola, ya integra la extrema gravedad que exige el tipo agravado. Tras el dictado de la STS de 11 de noviembre de 2.021, que anula la dictada por esta Sala con fecha 30 de septiembre de 2.019, consideramos la citada sustancia como destinada al tráfico ilícito en tanto que se enmarca en una operación de entrada de droga estructurada en tres fases, de forma que no podemos realizar una valoración aislada de dicho alijo, o fuera de todo contexto, sino integrada en el conjunto de la operativa descrita y, en cualquier caso, como un acto de favorecimiento del tráfico de la sustancia previamente introducida que no aprehendida.*

No hay aislamiento de esta tercera fase. No hay exclusión del proceso integral destinado al favorecimiento del tráfico de drogas del operativo de esta tercera fase. Hay una integración total de todo el proceso. No pueden aislarse las operaciones cuando se trata de actos tendentes a facilitar el favorecimiento del tráfico de las sustancias que se desembarcaban, siendo crucial la colaboración del recurrente en este operativo para el buen éxito del proyecto.

El motivo se desestima.

**OCTAVO.-** 7.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser

observadas en la aplicación de la Ley Penal, por indebida aplicación del art. 370.3º del Código Penal, por no resultar del hecho probado las circunstancias fácticas para apreciar extrema gravedad en relación a las conductas de los arts. 368 y 369.1. 1ª del mismo Código.

Este motivo ya ha sido resuelto con los motivos anteriores en los que ya se ha hecho mención a la respuesta dada al motivo 4º en el FD nº 5 de la presente resolución al que nos remitimos.

Hay que recordar que señala el art. 370.3º CP que:

*Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:*

*3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.*

*Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.*

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 111/2010 de 24 Feb. 2010, Rec. 1432/2009 señalamos que:

*“El debate sobre el peso exacto de la droga podría justificarse en aquellos casos en que se discuten unos kilogramos que pudieran tener relevancia punitiva a los efectos de fijar las fronteras de la cantidad de notoria importancia (art. 369.1.6/o extrema gravedad 370.3), pero en un caso como el presente en el que se intervienen 4.000 kgs. de hachís carece de sentido ya que nos encontramos ante cantidades de kilo arriba o kilo abajo, no variarían la calificación acordada por la Sala sentenciadora, ni, en todo caso, su respuesta punitiva, al resultar evidente que 4.000 kgs. de hachís -aún no pesados con una balanza de alta precisión, como requiere el protocolo analítico de los Laboratorios del Area de Estupefacientes de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarias, y sin deducir el peso de los embalajes- no podrán, por elementales reglas de lógica y sentido común, quedar reducidos a una cantidad inferior a 2,5 kgs., limite de la cantidad de notoria importancia del*

*subtipo agravado del art. 369.1.6ª , que prevé una penalidad superior en un grado 3 años y 1 día a 4 años y 6 meses-, a la básica del art. 368 , en cuyo marco penológico está la impuesta por el Tribunal a quo -4 años- pese a aplicar el art. 370 CP. que autoriza la subida en uno o dos grados -esto es de 4 años, 6 meses y 1 día a 6 años y 9 meses prisión-.*

*Con referencia a la falta del principio activo de THC. La doctrina de esta Sala sostiene que tratándose de hachís, es totalmente irrelevante la determinación de la pureza de la droga, pues tanto el hachís, como la griffa o la marihuana no son otra cosa que productos vegetales presentados en su estado natural y en las que las sustancias activas están incorporadas a la propia planta, -sin necesidad de proceso químico (se obtiene por el secado y prensado del cannabis)- de cuya composición forma parte en mayor o menor proporción según la calidad del cultivo, zona agrícola de procedencia y otras variables naturales, sin que quepa variar su composición congénita, en la que la proporción de sustancia activa o tetrahidrocanabinol oscila en función de aquellas variables entre un 2% y un 10%. Por ello mismo, y como ya se decía en las SSTS de 15.3.2000, 6.11.2000, 11 y 18.3.2002, 24.10.2002, 9.10.2004 , a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, por lo que su composición inicial se ve alterada al ser mezclada con otros aditivos, los derivados del cáñamo índico son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa de tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contiene en su totalidad en las plantas o derivados, razón por la cual esta Sala ha establecido el límite mínimo para la apreciación de la agravante específica del art. 369.1.6 , -y consiguiente de la hiperagravación del art. 370.3-, no en consideración de la sustancia activa de cada uno de los derivados del cannabis (hachís, marihuana, griffa, aceite), sino en el peso bruto de la sustancia cualquiera que fuese su grado de concentración. Por ello, y comoquiera que la concentración de tetrahidrocanabinol es creciente según se trata de griffa, marihuana, hachís o aceite, la jurisprudencia ha establecido el límite mínimo a partir del que se debe apreciar la notoria importancia en función del peso de cada una de esas modalidades de presentación; fijándose en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esa Sala de 19.10.2001 , en el que se estableció que para la concreción de*

*esta agravante habrá de tenerse en cuenta la sustancia o base tóxica, esto es, reducida a pureza con la salvedad del hachís y sus derivados, para los derivados del cannabis:*

- Marihuana (hierba, griffa, Costo, María): 10 kgs.*
- Hachís (chocolate, mierda): 2,5 Kg.*
- Aceite de hachís: 300 grs.*

*Cantidades estas, que como se analizará en el motivo siguiente, según acuerdo Pleno no jurisdiccional de 25.11.2008, deberán multiplicarse por 1000, para la aplicación de la agravación del art. 370.3 C”.*

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 906/2021 de 24 Nov. 2021, Rec. 10491/2021 se aplicó esta agravación de extrema gravedad del art. 370.3º CP:

*“La sentencia recurrida condenó por un delito de tráfico de drogas o contra la salud pública de los artículos 368 y 370.3 CP, concurriendo la extrema gravedad tanto por la cantidad de droga ocupada, 3.874.969 gramos, que supera más de mil quinientas veces la cantidad de notoria importancia que es la de 2.500 gramos... En el caso del hachís, el límite que determina la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia fue fijado, en el Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, en 2,5 kilogramos. De ahí que la agravación por extrema gravedad, en cuanto a la cantidad, sólo será aplicable a partir de 2.500 kilogramos.... hemos de concluir que si esta misma Sala ha estimado que una cuantía de 2.500 gramos de hachís integra el tipo agravado de notoria importancia (cfr, entre otras, SSTS 657/2003, 9 de mayo; 2345/2001 de 10 diciembre; 2055/2001 de 8 de noviembre)..*

*En suma, se trata de una agravación objetivada que comporta una mayor antijuridicidad de la acción, por el mayor peligro de difusión a terceros, en función de la mayor cantidad de droga que la misma comprende.*

El objetivo del recurrente era coadyuvar y colaborar con los implicados en el favorecimiento en la distribución del hachís. Consta, así, en los hechos probados ante un motivo por error iuris que:

*En el curso de la entrevista, el acusado Sr. García Santaella se retiró de los guardias civiles y de David García Moreno, y habló reservadamente con Jean Manuel Jiménez Montes. En la conversación mantenida con dicho Jean Manuel acordó con éste la realización de una serie de operaciones de entrada de hachís*

*procedente de Marruecos en territorio nacional por playas de la zona de Motril. Dicho acuerdo se estructuró en tres fases: dos primeros alijos de una cantidad aproximada de 2.000 kilogramos de hachís cada uno, en los que el acusado se encargaría de impedir la actuación de interceptación de la droga por los agentes de la Guardia Civil, con aseguramiento de la efectiva entrada de droga para ser destinada a su posterior distribución y venta, así como una tercera entrada de droga, de inferior calidad a la de los primeros alijos, pues en la previsión de dicho acusado su destino era su aprehensión por la Guardia Civil, en cantidad que permitiese aparentar que toda la sustancia introducida (la de los tres previstos alijos) era interceptada por los agentes de la Guardia Civil.*

Resulta indudable que atendidos los hechos probados, y el pacto llegado por el recurrente con los dos implicados en el operativo, el primer desembarco de alijo de hachís sobre el que se pactaron 2.000 kgs y las declaraciones de los agentes que estaban presentes del número de fardos que había de entre 100/120, y la tercera fase con casi 4.000 kgs de hachís aprehendidos que, en teoría, iba a ser la inferior de las tres fases, conforman la aplicación evidente de la agravación de extrema gravedad del art. 370.3 CP por perfecta subsunción de los hechos probados y la relación con el favorecimiento del tráfico de la agravación de la extrema gravedad ex art. 370.3 CP.

El motivo se desestima.

**NOVENO.-** Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente. (art. 901 LECrim).

## FALLO

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

**DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado **Francisco García Santaella**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, de fecha 11 de enero de 2022, que le condenó por delitos contra la

salud pública y de cohecho. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez   Andrés Palomo Del Arco   Vicente Magro Servet

Susana Polo García   Carmen Lamela Díaz