

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 312/2021

Fecha de sentencia: 13/04/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10588/2020

Fallo/Acuordo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 07/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen

Calvo Velasco

Transcrito por: crc

Nota:

Resumen

DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS. DERECHO DE DEFENSA.

OCULTACIÓN A LA DEFENSA DE LA INVESTIGACIÓN POLICIAL. Establece doctrina.

Derecho de la defensa a conocer el contenido de las actuaciones. La ocultación de la investigación policial y preprocesal no quebranta el derecho. No existe un derecho a conocer la investigación policial. Sólo son susceptibles de reclamarse y aportarse las actuaciones investigativas obrantes en otros procedimientos judiciales, o las actuaciones investigativas de la policía, cuando la defensa presente indicios concurrir circunstancias que pueden afectar a la validez de la prueba obrante en el procedimiento o que pueden influir en su calidad, credibilidad o fuerza incriminatoria.

Trasposición de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Acceso a la información en el proceso penal: Art. 6 y 7.

Prohibición de que la ocultación de determinados datos de la investigación pueda perjudicar de manera efectiva el derecho de defensa.

Competencia judicial y procedimiento para adoptar la decisión de reserva o de incorporación de datos concretos de la investigación policial que puedan proyectarse sobre la validez y validez de la prueba en supuestos de discrepancia entre las partes.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10588/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 312/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 13 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación 10588/2020 interpuesto por Grzegorz Michal Gomula, representado por el procurador don José Andrés Peralta de la Torre, bajo la dirección letrada de don Francisco Miranda Velasco y por Ludwik Grzegorz Michalak, representado por la procuradora doña Rosa Martínez Serrano, bajo la dirección letrada de doña María del Mar Vega Mallo, contra la sentencia dictada el 7 de julio de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Apelación 107/2020, en el que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y desestimando los entablados por Ludwik Grzegorz Michalak y Grzegorz Michal Gomula y la adhesión de Jessica Yesenia Cepeda Rivera, se revocó en parte la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2019 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección n.º 30, en el Procedimiento Abreviado 590/2019, y condenó a Grzegorz Michal Gomula como autor de un delito consumado contra la salud pública de tráfico de sustancia que causa grave daño a la salud, en modalidad de notoria importancia, previsto en los artículos 368 y 369.1.5.º del Código Penal, manteniendo la condena como autor de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 392.1 del Código Penal, y confirmó el resto de los pronunciamientos de dicha sentencia. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y Jessica Yesenia Cepeda Rivera, representada por la procuradora doña Miriam Rodríguez Crespo bajo la dirección letrada de doña Marta Bayón Cué.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 6 de Majadahonda incoó Procedimiento Abreviado 556/2017 por presunto delito contra la salud pública y falsificación de documento oficial contra Jessica Yesenia Cepeda Rivera, Grzegorz Michal Gomula y Ludwik Grzegorz Michalak, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección n.º 30. Incoado el Procedimiento Abreviado 590/2019, con fecha 11 de diciembre

de 2019 dictó sentencia n.º 716/2019 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

«El Grupo de Blanqueo de Capitales de la Unidad Central Operativa (U.C.0) de Policía Judicial de la Guardia Civil, entre cuyos cometidos se encuentra la investigación y represión de las acciones delictivas realizadas por grupos/organizaciones criminales, relativas al blanqueo de los beneficios obtenidos de actividades ilícitas, así como, específicamente, de los beneficios por la elaboración, cultivo, importación y cualquier modo de tráfico de droga, elaboró un informe económico-patrimonial sobre Norbert Kholer y su pareja **Jessica Yesenia Cepeda Rivera** (mayor de edad y sin antecedentes penales) a fin de contrastar las noticias facilitadas por el Federal Bureau of Investigación (FBI) sobre la posible implicación de los mismos en un posible delito de blanqueo de capitales; todo ello en el marco de las relaciones de colaboración de carácter internacional con cuerpos policiales de otros países. El informe fue entregado en Fiscalía el 22-02-17, concluyendo que los investigados mantenían responsabilidad directa en el blanqueo de capitales.

Para aquella investigación económica llevada a cabo por la Unidad citada de la Guardia Civil -previa y posterior a la entrega del informe económico, pues continuaron con las gestiones tendentes a detectar actividades vinculadas con el blanqueo de capitales-, se establecieron diversos dispositivos de vigilancia durante, aproximadamente, un año, a través de las que se supo que los investigados tenían alquilada una vivienda en el edificio Señorío del Pinar II, de la localidad de Majadahonda, concretamente situado en la Avenida Príncipe de Asturias, portal número 35, piso 2º B, vivienda que además tenía asignadas cuatro plazas de garaje situadas en la planta segunda, las números 142, 143, 144 y 149. Y que disponían también, más habitualmente, de otros domicilios tales como el chalet número 25 de la calle Virgen de Iciar, nº 9, en la localidad de Majadahonda y otro en la urbanización Ciudad el Campo, sito en el Paseo de Narcea nº 16-Bis, de la localidad de San Sebastián de los Reyes.

En el curso de aquellos dispositivos observaron, de forma casual, pues no eran objeto de investigación ni constaba vínculo alguno con Jessica Yesenia y su pareja, que a las 20:52 horas del día 29 de agosto de 2017, llegaba al interior del garaje sito en la Avenida Príncipe de Asturias número 35 de la localidad de Majadahonda, el vehículo marca Dacia, modelo Logan, matrícula P08AA93, viajando en el **Grzegorz Michal Gomula** (mayor de edad, sin antecedentes penales), acompañado de un tercer investigado declarado en rebeldía, vehículo que fue estacionado en la plaza número 144 y que fue marcado como positivo por un perro perteneciente al Servicio Cinológico de la Guardia Civil. Sobre las 17:15:20 horas del 30 de agosto del 2017 **Ludwik Grzegorz Michalak** (mayor de edad, sin antecedentes penales), conduciendo el vehículo de motor marca Opel, modelo Vivaro, matrícula PO 5U110, se introdujo al garaje de la vivienda sita en la Avenida de Príncipe de Asturias nº 35, piso 2º, puerta B, de la localidad de Majadahonda (Madrid), aparcando al lado de la plaza de parking

nº 149. Ludwik Grerzgorz portaba escondido en su vehículo un total de 216 paquetes de aproximadamente un kilo cada uno de una sustancia que, ulteriormente analizada, resultó ser cocaína. Aparcada la furgoneta Opel Vivaro cerca del Dacia Logan, los acusados, Ludwik y Grerzgorz, y el investigado declarado en rebeldía, empezaron a manipular la droga escondida en la furgoneta Opel Vivaro con la finalidad de trasladarla a la Dacia Logan, momento en el que intervino la Guardia Civil y procedió a la detención de Ludwik y Grerzgorz en el interior del garaje, sobre las 17:30 horas.

En el exterior del edificio de la vivienda de Príncipe de Asturias, cerca de la puerta de entrada al inmueble, fue detenida Jessica Yesenia Cepeda Rivera quien, a bordo de un taxi, acababa de llegar sobre las 17:32:50 horas del mismo día. En el momento de su detención, Jessica Yesenia Cepeda Rodríguez portaba numerosas tarjetas de crédito y 1025 euros en efectivo. No se ha acreditado que Jessica Yesenia interviniera en operación alguna tendente a facilitar el transporte o distribución de la cocaína incautada en el garaje.

Una vez obtenida la preceptiva autorización mediante auto de 30 de agosto de 2017, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Majadahonda, se practicaron diligencias de entrada y registro en: la vivienda sita en la avenida de Príncipe de Asturias nº 35, piso 2, puerta B y trastero nº P1T10 de la localidad de Majadahonda, Inspección Ocular de la furgoneta Opel Vivaro CDTI, matrícula PO5U110 y del Dacia Logan, matrícula PO8AA93, sobre las 20:00 horas del 30 de agosto del 2017, con el siguiente resultado:

1.- En la vivienda sita en la avenida Príncipe de Asturias, cuyo registro se efectuó a las 22:00 horas del 30 de agosto de 2017, en presencia de Jessica Yesenia, se encontraron:

a) En el salón, en la entrada junto a la puerta: 6 archivadores, documentación del vehículo Dacia, libro de revisiones y dos facturas, sobre de Bankia con facturas de maquillaje y 270 euros, 2 billetes de 5 euros, 2 tickets de recarga de Vodafone, un ticket del Corte Inglés, un teléfono Gocalite, dos cajas de teléfonos, documentos de 2 páginas de Trac Your Item S.L., dos hojas con anotaciones a mano sobre BlackBerry, una factura de reloj ilegible, 37 tarjetas de prepago de Vodafone, 2 tarjetas de prepago Youl, un USB blanco Toshiba, documentación con anotación de la casa Dacia Renault.

b) En la habitación del matrimonio, 95 euros (5 billetes de 10 euros y 9 de 5 euros), tres cajas de teléfono Iphone.

2.- En la Inspección Ocular del Opel Vivaro CDT1, matrícula P0-5U110, efectuada a continuación, se encontraron:

a) en la parte trasera, en una bolsa negra y roja y en dos bolsas negras y azules, fardos de una sustancia a la que, aplicado el reactivo narcotest, dio positivo.

b) en el interior de la furgoneta se visualizaron otros dos fardos en un doble fondo y otra bolsa negra de viaje con numerosos fardos, que fueron reseñados de la siguiente manera:

- Azul 54: 7 paquetes de aproximadamente 1 Kg.
- Verde 54: 39 paquetes de aproximadamente un KG.
- Azul. com: 59 paquetes de aproximadamente un KG.
- @.com blanca: 46 paquetes de aproximadamente 1 KG.
- Tommy: 41 paquetes de aproximadamente un KG.
- Mickey: 7 paquetes de aproximadamente 1 KG.
- Levis: 8 paquetes de aproximadamente 1 KG.
- Sin marca aparente: 9 paquetes de aproximadamente 1 KG.

El total de paquetes intervenidos en la furgoneta Opel Vivaro fue de 216. Arrojaron un peso neto de 216. 777,6 gramos, de la que se tomó una muestra de 320,2 gramos, que se sometió a análisis químico, muestra que arrojó una pureza del 78,3%.

La sustancia estaba destinada a la distribución a terceras personas y habría alcanzado, en la venta al por mayor, un valor de 8.680.339,20 euros.

Sobre las 2:37 horas del 31 de agosto de 2017 se practicó entrada y registro en la vivienda de la calle de Narcea nº 16 Bis, Urbanización Ciudadcampo de la localidad de San Sebastián de los Reyes, autorizada mediante resolución judicial de 30 de agosto de 2017, hallándose:

a) En el salón de la vivienda: 24 móviles, 4 terminales telefónicos, dos ordenadores portátiles, 6 tarjetas sim, 8 tarjetas microsim, dos baterías de teléfono móvil, un cable, un teclado, un ratón inalámbrico, dos cajas de tarjetas de la marca Diornerc Corn, diversa documentación con un total de 76 folios y dos placas de matrícula LT HE 045.

b) En la habitación situada al fondo del salón a la izquierda: tres teléfonos satélites, 13 teléfonos móviles, un cargador. 21 tarjetas sim o microsím, 3 baterías portátiles con sus respectivos cables, un USB, una contadora, 3 tarjetas de la compañía Spark Master Card, 1 tarjeta de la Compañía Master Card Viabuy, un USB, una hoja de factura en una caja fuerte, un GPS, 4 localizadores, dos aparatos de la marca IRIDIUM y diversa documentación.

c) En el dormitorio anexo a un despacho: 7 teléfonos móviles, 2 IFAIJ, una impresora, un portátil, una tarjeta de 1W, una libreta de tapa dura con diversas anotaciones, un permiso de conducir a nombre de Yessica, una tarjeta de la Dirección General del Registro Civil, y diversa documentación.

d) En un dormitorio tipo suite: una IPAD de la marca Apple.

e) En un habitáculo localizado en la planta baja de la vivienda y en una caja fuerte: dos máquinas de contar dinero, 6 llaves de vehículos Mercedes, 1 llave de un Aston Martín, 1 llave de un Posche, 2 llaves de BMW, 1 llave de un Lancia, 2 llaves de Smart, 7 mandos a distancia, 15 teléfonos móviles, 9 relojes de alto valor económico, un pasaporte a nombre de Alex Vega y un permiso de navegación a nombre de Alex Vega.

f) En el exterior de la vivienda, se intervinieron los siguientes vehículos: Un Aston Martin, modelo V8 Vantage, matrícula 7148 DXK, propiedad de "MOTOR EURÓPOLIS S.L.", a quien se le restituyó; un Mercedes, matrícula 5843-HXW; un Mercedes Benz, modelo G63 V8 Biturbo, matrícula NR 99815; un Mercedes Benz, modelo G-500 V-8, matrícula R2274-BCU, un vehículo Smart, matrícula 6049-JZW; un Smart, modelo Fortwo, matrícula 3980-GBZ, propiedad de Experiencias Creativas S.L.; un Mini Cooper SD Cabrio, matrícula 5444-JGG, propiedad de Jessica.

También fue intervenida una embarcación llamada "La Salmoncita", de la marca SEA RAY, matrícula G-806509, propiedad de Jessica.

En el momento de su detención, Grerzgorz Michal Gomula, portaba un permiso de conducir y una tarjeta de identidad lituanos falsos, extendidos a nombre de Mantas Vileikis, en los que el acusado o una persona a su encargo había puesto una fotografía de su rostro».

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

«FALLO

CONDENAMOS a:

A.- Ludwik Grezgorz Michalak, por el delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, en su modalidad de notoria importancia, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, le imponemos la pena de OCHO AÑOS de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 20.000.000 euros.

Responderá de 1/4 parte de las costas.

B.- A Grezgorz Michal Gomula:

1.- Por el delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, en su modalidad de notoria importancia, en grado de tentativa, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, le imponemos la pena de en CINCO AÑOS Y SEIS MESES de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una multa de 6.000.000 de euros ó 30 días de arresto sustitutorio en caso de impago de la multa.

2.- Por el delito de falsedad en documento oficial, a la pena de UN AÑO de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de SIETE MESES con cuota daría de 10 euros ó 10 días de arresto sustitutorio en caso de impago de la multa,.

Grezgorz Michal Gomula, responderá de 2/4 partes de las costas. Procede acordar el comiso de la sustancia estupefaciente.

C.- ABSOLVEMOS a Jessica Yesenia Cepeda Rivera.

Declaramos de oficio 1/4 parte de las costas.

Acredítese su solvencia o insolvencia.

Déjense sin efecto las medidas cautelares adoptadas en relación con la acusada absuelta.

Para el cumplimiento de las penas impuestas se les abona a los acusados el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa.

Esta sentencia es recurrible en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia».

TERCERO.- Recurrída la anterior sentencia en apelación por el Ministerio Fiscal y por las representaciones procesales de los ahora recurrentes, a los

que se adhirió Jessica Yesenia Cepeda Rivera se remitieron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, en fecha 7 de julio de 2020 emitió el siguiente pronunciamiento:

«**FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y desestimando los entablados por Ludwik Grzegorz Michalak y Grzegorz Michal Gomula, y la adhesión de Jessica Yesenia Cepeda Rivera, contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2019, dictada por la sección n° 30 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento abreviado 590/2019, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos el pronunciamiento relativo a Grzegorz Michal Gomula, y manteniendo la condena como autor de un delito de falsedad en documento oficial en los términos de la sentencia, lo condenamos como autor de un delito consumado contra la salud pública de tráfico de sustancia que causa grave daño a la salud, en modalidad de notoria importancia, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de ocho años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 20.000.000 euros.

Confirmamos la resolución en las restantes extremos.

Declaramos de oficio las costas de esta alzada.

Contra la resolución que se notifica cabe recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar (arts. 855 y 856 LECr)».

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, las representaciones procesales de Grzegorz Michal Gomula y Ludwik Grzegorz Michalak anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, por quebrantamiento de forma y por infracción de precepto constitucional, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- El recurso formalizado por Grzegorz Michal Gomula, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ en relación con el artículo 852 de la LECrim: infracción de precepto constitucional. Vulneración

del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, del derecho a ser informado de los materiales que conforman el proceso, a la defensa y a un proceso con todas las garantías; todos ellos del artículo 24.2 de la CE, en los tres últimos casos, además, en relación con el artículo 7 de la Directiva 2012/ 13 UE del Parlamento europeo y del Consejo.

El recurso formalizado por Ludwik Grzegorz Michalak. se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero, segundo y quinto.- Se formalizan conjuntamente por la íntima conexión entre ellos.

Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley o precepto sustantivo penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal.

Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Tercero y cuarto.- Estos dos motivos de recurso se formalizan junto por encontrarse íntimamente relacionados.

Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley o precepto sustantivo penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal.

Sexto.- Recurso de casación al amparo de lo dispuesto por el artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quebrantamiento de forma, por

haberse denegado diligencias de prueba propuestas en tiempo y forma, que la defensa consideraba pertinentes y necesarias.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de fecha 5 de noviembre de 2020 solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos de los recursos e interesó su desestimación. La representación procesal de Jessica Yesenia Cepeda Rivera se dio por instruida, adhiriéndose a los recursos presentados por los coacusados. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 7 de abril de 2021 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La Sección 30.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Procedimiento Abreviado n.º 590/2019, dictó Sentencia el 11 de diciembre de 2019 en la que, entre otros pronunciamientos, condenó: a) A Ludwik Grezgorz Michalak como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia, a las penas de prisión por tiempo de 8 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa por importe de 20.000.000 de euros y b) a Grezgorz Michal Gomula, como autor criminalmente responsable de un delito intentado contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia, a las penas de prisión por tiempo de 5 años y 6 meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa por importe de 6.000.000 de euros; asimismo le condenaba como autor de un delito de falsedad en documento oficial a las penas de prisión por tiempo de 1 año, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 7 meses multa en cuota diaria de 10 euros.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por ambos condenados y el Ministerio Fiscal. En resolución de tales recursos, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su recurso 107/2020, dictó sentencia el 7 de julio de 2020, en el que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y desestimando los recursos formulados por los acusados, se revocó la sentencia de instancia en el sentido de proclamar que Grzegorz Michal Gomula había de responder de un delito contra la salud pública consumado, imponiéndosele por esta responsabilidad las penas de prisión por tiempo de 8 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 20.000.000 de euros, manteniéndose su condena como autor de un delito de falsedad, así como el pronunciamiento emitido en la instancia contra Ludwik Grezgorz Michalak.

Contra este pronunciamiento se interpone el presente recurso de casación.

Recurso interpuesto por la representación de Grzegorz Michal Gomula.

PRIMERO.- 1.1. Su recurso se fundamenta en un único motivo que formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM), al entender que se ha producido un quebranto de su derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, así como de su derecho a ser informado de cuáles son los materiales que conforman el proceso, de su derecho a la defensa y del derecho a un proceso con todas las garantías, todos ellos del artículo 24.2 de la Constitución Española (CE), en relación los tres últimos con el artículo 7 de la Directiva 2012/13 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

La impugnación es compartida por la representación de Ludwik Grezgorz Michalak, que formula una denuncia semejante en el motivo sexto de su recurso.

Reprochan, en síntesis, que se les haya negado el acceso a la investigación que el grupo de blanqueo de la UCO manifestó seguir contra Norbert Kholer y su pareja Jessica Yesenia Cepeda Rivera, en cuyo seno se estableció el dispositivo de vigilancia policial que determinó la detención de los dos recurrentes como presuntos responsables del cargamento de cocaína que se intervino en su poder en esa actuación.

Aseguran que carece de credibilidad que los recurrentes fueran sorprendidos en posesión de la droga, de manera casual, cuando los agentes hacían un seguimiento de los investigados por blanqueo, máxime considerando el fuerte y organizado dispositivo policial desplegado. Entienden que aunque la sentencia recurrida no lo admita, su detención responde a una investigación unitaria que reflejaba una relación entre aquellas personas y los acusados. Por ello reclamaron copia de la comunicación del FBI con la que la UCO había abierto la investigación por blanqueo, así como el contenido de la investigación policial, copia del informe económico patrimonial que se elaboró respecto de los dos investigados por blanqueo, y testimonio de las Diligencias de Investigación 27/2016 que incoó el Ministerio Fiscal a raíz de la actuación policial inicial.

Consideran que debieron ser autorizados a conocer cuándo, cómo, con qué medios se procedió a la investigación. Y en la eventualidad de que los medios de investigación afectaran a los derechos fundamentales, deberían conocer por orden de quién y por qué se siguió la investigación que ha concluido en la sentencia condenatoria. Sostienen que resultó indebida la denegación de estas pruebas por el Juzgado instructor, por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Superior de Justicia, pues las pruebas fueron solicitadas en tiempo y forma y la decisión supuso negarles acceso a los materiales que conforman la investigación, impidiéndoles conocer y aclarar los datos de los que disponía la fuerza actuante para inferir la existencia de esa

operación de tráfico de drogas y la corrección con la que esos datos pudieron haber sido obtenidos.

Por todo lo expuesto, solicitan de la Sala que se declare la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba para la defensa o, en su caso, la vulneración del derecho a ser informado de la acusación y del derecho a tener acceso a los materiales que conforman una causa penal, produciéndose así una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, todos del artículo 24.2 de la CE, en relación con la Directiva 2012/13 UE del Parlamento europeo y del Consejo. En su virtud, solicitan que se case y se anule la condena, absolviendo a los recurrentes de los delitos por los que venían condenados.

1.2. En concreto, las diligencias de prueba que solicitó la defensa de Grzegorz Michal Gomula fueron que se librara oficio a la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional, a fin de que remitiera testimonio íntegro de las Diligencias de Investigación de dicha Fiscalía con número 27/16, así como que se remitiera el informe económico patrimonial de la UCO remitido a Fiscalía el 22 de febrero de 2017.

Por su parte, la representación de Ludwik Grzegorz Michalak, reclamó los siguientes medios probatorios:

a. Se libre oficio a la UCO, Grupo de Blanqueo de Capitales, Jefatura de Policía Judicial de la Dirección General de la Guardia Civil, a fin de que aporten el informe económico patrimonial a que se hace referencia al folio 1 del procedimiento, elaborado respecto de Dña. Jessica Yesenia Cepeda Rivera y D. Norbert Kolher, así como respecto de cualquier otro relacionado con los anteriores.

b. Se libre oficio a la UCO, Grupo de Blanqueo de Capitales, Jefatura de Policía Judicial de la Dirección General de la Guardia Civil, a fin de que aporten las comunicaciones, recibidas en su día, del FBI americano y que dieron lugar a la petición de las Diligencias de Investigación en la Fiscalía

Especial Antidroga de la Audiencia Nacional que, una vez iniciadas, fueron registradas bajo el nº 27/2016.

c. Se libre oficio a la UCO, Grupo de Blanqueo de Capitales, Jefatura de Policía Judicial de la Dirección General de [a Guardia Civil, a fin de que remitan la totalidad de las peticiones, informes o comunicaciones del FBI americano, del HSI-ICE de los EEUU, de la DEA y de cualquier otra agencia americana o europea, respecto de la petición de colaboración o investigación referida a Dña. Jessica Yesenia Cepeda Rivera y D. Norbert Kolher y de cualquier otro relacionado con los anteriores.

d. Se libre oficio a la UCO, Grupo de Blanqueo de Capitales, Jefatura de Policía Judicial de la Dirección General de la Guardia Civil, a fin de que certifique cuántas peticiones se efectuaron de apertura de Diligencias de Investigación fiscal ante la Fiscalía Especial Antidrogas de la Audiencia Nacional, referidas o relacionadas con Dña. Jessica Yesenia Cepeda Rivera y D. Norbert Kolher o cualquier otro relacionado con los anteriores, identificando el número de identificación de esas Diligencias de Investigación .fiscal, así como si estas fueron posteriormente judicializadas, identificando Juzgado y número de procedimiento.

e. Se libre oficio a la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional, a fin de que aporte copia de las Diligencias de Investigación de dicha Fiscalía, con número 27/16, así como se emita informe respecto de si las mismas fueron judicializadas y caso de ser así, se identifique Juzgado y número de procedimiento.

f. Se libre oficio a la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional a fin de que remita copia de la totalidad de las Diligencias de Investigación abiertas a petición o comunicación de la UCO, Grupo de Blanqueo de Capitales, Jefatura de Policía Judicial de la Dirección General de la Guardia Civil, por comunicación recibida del FBI americano, del HSI-ICE de los EEUU, de la DEA y de cualquier otra agencia americana o europea, respecto de la petición de colaboración o investigación referida a Dña. Jessica

Yesenia Cepeda Rivera y D. Norbert Kolher y de cualquier otro relacionado con los anteriores

g. Se libre oficio a la Fiscalía Especial Antidroga de la Audiencia Nacional a fin de que remita a fin de que informe, respecto del oficio anterior, de la situación actual de dichas Diligencias de Investigación y, caso de que alguna de ellas haya sido judicializada, informe respecto del Juzgado y número de procedimiento que conoció o conoce de las mismas.

h. Una vez practicada dicha prueba anticipada y recibido el resultado de la mismas, caso de que alguna de estas Diligencias de Investigación referida a Dña. Jessica Yeserria Cepeda Rivera y D. Norbert Kolher haya sido judicializada, se remita exhorto a los Juzgados correspondientes a fin de que certifiquen la situación actual del procedimiento y quiénes constan como investigados, así como si en los mismos se solicitaron y concedieron observaciones telefónicas y cualquier otro medio de investigación tecnológica de los que requieran autorización judicial o utilización de agentes infiltrados y respecto de quién.

i. Una vez remitidas las peticiones e informes solicitados como prueba anticipada número 3 al Juicio Oral, se cite como testigos para el acto de juicio oral, por la vía correspondiente, a los firmantes de las peticiones, informes o comunicaciones del FBI americano, del HSI-ICE, de la DEA y cualquier otra agencia americana o europea.

1.3. La Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, recoge en su artículo 6 el derecho de todo sospechoso o acusado a ser informado sobre la infracción penal que se le atribuye, debiendo ser informado con un grado de detalle que permita el ejercicio efectivo de los derechos de defensa.

Más allá del derecho del encausado a ser informado de los hechos y del delito por el que es sometido a proceso o acusado, la Directiva

complementa la ilustración debida en su artículo 7. En él se establece el derecho de todo detenido a que se le faciliten los documentos relacionados con el expediente de su detención, de manera que pueda impugnar la privación de libertad de forma efectiva y, con carácter más general, reconoce el derecho de cualquier investigado a tener acceso a la totalidad de las pruebas materiales que estuvieran en posesión de las autoridades competentes, para salvaguardar así la equidad en el proceso y poder preparar su defensa.

Concretamente, el precepto establece:

«1. Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.

2. Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el acceso a los materiales mencionados en el apartado 2 se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas.

4. *No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, podrá denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial.*

5. *El acceso en virtud del presente artículo se facilitará gratuitamente».*

1.4. La Directiva fue objeto de reciente trasposición a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En lo que aquí interesa, y con respecto a los detenidos y presos, la trasposición supuso la modificación del artículo 520 de la LECRIM, incorporando una mención expresa al derecho que tienen a acceder, con anterioridad a la interposición del recurso, a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de su detención o privación de libertad.

Respecto de los investigados en general, el legislador modificó el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se regula el derecho de defensa, señalándose de forma clara y precisa que toda persona a la que se impute un acto punible tendrá derecho a ser informada de los hechos que se le imputan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la

investigación y en los hechos imputados, recogándose además el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, sin más excepción que la recogida en el artículo 302 de la Ley procesal respecto del secreto de las actuaciones.

1.5.- Desde estas previsiones, lo que el recurso suscita es cuál es la información a la que tienen derecho los encausados, pudiendo reclamar su entrega para facilitar su defensa. Determinación que refleja su singularidad en este supuesto por dos circunstancias:

a. La información que aquí se reclama forma parte de la investigación prejudicial, más concretamente las previas actuaciones de investigación policial y fiscal. Se trata por tanto de datos que no se han incorporado al procedimiento judicial, de modo que sobre su contenido no se sostiene -al menos de modo directo-, ninguna pretensión demostrativa o inculpativa.

b. Los datos de investigación que se reclaman ni siquiera forman parte de la investigación preprocesal seguida para el esclarecimiento de los hechos que se enjuician y en los que se basa la sentencia, pues lo que las defensas reclaman es el expediente completo de las pesquisas seguidas para descubrir un delito distinto y que implicaba a otros sospechosos, si bien, de las que podría haberse derivado la información que permitió conocer y perseguir los hechos enjuiciados.

Los recurrentes están convencidos del origen remoto de esta información germen. Contemplan que la investigación por blanqueo de capitales no justificaba el dispositivo policial de vigilancia que se estableció los días 29 y 30 de agosto de 2017 en el garaje de una de las viviendas de los primitivos sospechosos, menos con un perro perteneciente al Servicio Cinológico de la Guardia Civil y adiestrado en la detección de drogas y estupefacientes. Consideran por ello que es preciso conocer las circunstancias en las que se accedió a la información sobre la posible comisión de un delito de tráfico de drogas que llevó a los agentes a establecer el dispositivo.

1.6. Esta Sala ya ha expresado en su STS 795/2014, de 20 de noviembre, que la salvaguardia de la equidad del proceso y de la preparación de la defensa, que la Directiva 2012/13/UE garantiza al reconocer el derecho de todo encausado a acceder a la totalidad de las pruebas materiales que estén en posesión de las autoridades competentes (art. 7.2 de la Directiva), se proyecta sobre la totalidad de las pruebas materiales, a favor o en contra; si bien el derecho no abarca al conocimiento de las fuentes o el origen de la investigación estrictamente policial.

Repasábamos en aquella resolución los antecedentes normativos históricos existentes al respecto. Concretamente decíamos «Ya la Real Orden de 4 de octubre de 1861, extendiendo lo dispuesto en las de 6 de julio de 1850 y 31 del propio mes de 1851, dispensaba a los comisarios e inspectores de policía de revelar en juicio el nombre de sus confidentes, y lo mismo se vino previniendo en disposiciones posteriores que reglamentaron los servicios de policía y vigilancia; también la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 7 de octubre de 1889 , 13 de noviembre de 1890 , 9 de abril de 1968 , 22 de marzo de 1986 ó 635/2008 de 3 de octubre) afirmó la impertinencia de las preguntas dirigidas a estos fines "*salvo determinadas circunstancias*"; y el acuerdo sobre principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, publicado por Orden de 30 de septiembre de 1981 con carácter provisional hasta que se dictare la norma legal de rango adecuado, adoptó la Resolución 690 del Consejo de Europa relativa a la Declaración sobre la Policía, estableciendo -principio número quince- que los miembros de dichos Cuerpos no están obligados a revelar la identidad o circunstancias de aquellas personas que colaboran con ellos "*salvo cuando su actuación hubiera dado lugar a la comisión de hechos punibles*". Congruentemente, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dedica un capítulo, a modo de código deontológico, a los que titula "*Principios básicos de actuación*", que sigue las pautas marcadas en la citada resolución del Consejo de Europa, y en el "*Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*" de la Asamblea de las Naciones Unidas, imponiendo a los miembros de los cuerpos policiales un "*absoluto*" respeto a la Constitución -que por mor del

principio de igualdad no consiente parcelas de inmunidad-, donde asimismo les sigue eximiendo de revelar las fuentes de información "*salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley les imponga actuar de otra manera*" (artículo 5.1 y 5)».

Asimismo, recordábamos en aquella sentencia que la doctrina jurisprudencial del TEDH ha admitido la legalidad de la utilización de fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Asuntos Kostovski , de 20 de noviembre de 1989 -& 44-, o Windisch , de 27 de septiembre de 1990 -& 30-).

1.7. No carecen de razón los recursos cuando sostienen que el origen o el contenido de esta investigación preprocesal puede afectar a la estrategia de defensa de los acusados.

La salvaguarda de la equidad del proceso, o de un proceso con todas las garantías para la defensa, comporta que los acusados no sólo tengan acceso a las pruebas materiales existentes a favor o en su contra, sino también a cualquier material que pueda proyectarse sobre la validez de la prueba de cargo o sobre su alcance demostrativo. En un Estado de derecho, la discusión sobre la validez constitucional del proceso de obtención de las pruebas se constituye como una garantía más de los derechos fundamentales de los ciudadanos, además de manifestarse como un elemento esencial del derecho a un proceso con todas las garantías, tanto por ser preciso para discriminar si procede la aplicación de la regla de exclusión de los elementos de prueba obtenidos, directa o indirectamente, con quebranto de los derechos fundamentales (art. 11 de la LOPJ), como por ser también una aportación precisa para poder sustentar argumentadamente las razones que, a juicio de la defensa, podrían o deberían desvirtuar, o al menos contextualizar, la fuerza incriminatoria de su resultado.

Así puede extraerse de la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):

En su sentencia de *Kamasinski contra Austria*, de 19 de diciembre de 1989, en el & 87, el Tribunal recoge como finalidad del acceso al dossier, el poder controlar las pruebas de cargo.

En el caso *Rowe and Davis contra Reino Unido*, de 16 de febrero de 2000, la acusación había ocultado qué testigos de cargo habían cobrado la recompensa que públicamente se había ofrecido pagar a los que aportaran una información que permitiera la detención de los responsables de los hechos que se investigaban. La ocultación había impedido que el Juez de primera instancia pudiera pronunciarse sobre la conveniencia o la necesidad de esa información para contrastar la credibilidad de los testimonios de cargo frente a los testigos de descargo que sostenían que, al momento del delito, los acusados estaban en un lugar diferente al de los hechos. Sobre la base de esa exclusión de información, se proclamó que los acusados habían visto quebrado su derecho a un proceso equitativo por haberse impedido valorar la solidez de los elementos de su condena (& 66).

1.8. Esta necesidad de conocer con amplitud el contenido de la causa y que el conocimiento alcance a aquellos aspectos que puedan condicionar la validez o el resultado de la prueba, viene también proclamada por la jurisprudencia de esta Sala.

El Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2009, si bien referido exclusivamente a las intervenciones telefónicas de las que se irradia información incriminatoria respecto de hechos distintos del investigado, proclamó «*En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.*

En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el

interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

Pero, si conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba».

La jurisprudencia que recoge este posicionamiento ha fijado que incumbe a la parte acusadora la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, aunque ha matizado que no existen nulidades presuntas y que la ley tampoco ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias (STS 777/2009, de 24 de junio, que desarrolló el mencionado acuerdo, después invariablemente mantenida en otros pronunciamiento de la Sala como las SSTS 477/2013, de 3 de mayo; 817/2012, de 23 de octubre; 892/2013, de 27 de noviembre; 499/2014 de 17, de junio o la 171/2015, de 19 de mayo, entre muchas otras).

1.9. El derecho a conocer la información que pueda resultar relevante para el material probatorio no es de configuración absoluta y sin modulación.

El artículo 7.4 de la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales, dispone que: *«No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, podrá denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se*

puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial».

Como la Directiva proclama, la ocultación de los elementos con incidencia en el valor o en la fuerza probatoria del material aportado es posible, si bien sometida a dos límites infranqueables: ni la restricción puede comportar el vaciamiento del derecho del encausado a un proceso con todas las garantías, ni su limitación puede dejarse a la consideración de la policía judicial o de las acusaciones, sino que sólo la autoridad judicial puede ponderar la oportunidad de cualquier ocultación que resulte controvertida.

El TEDH, en su sentencia *Rowe and Davis vs. Reino Unido* ya apuntada, al analizar la trascendencia de la ocultación de los datos que resulten relevantes sobre la credibilidad de los testigos de cargo, recogió que el control sobre la oportunidad del acceso de la información correspondía al Tribunal de primera instancia, pues a él atañía valorar la declaración de la prueba testifical y ponderarla con el resto de la pruebas aportadas; un control que no podía ser desplegado por el Tribunal de apelación, en atención a que los magistrados de alzada, para valorar la pertinencia de los elementos no revelados, dependían de los informes del Tribunal. En todo caso, la sentencia no proclama ninguna objeción a que el control judicial se realice en grado devolutivo si la ocultación de determinados datos se proyecta sobre extremos que el Tribunal de apelación pueda evaluar con igual alcance que la autoridad judicial de instancia, y siempre que la controversia se introduzca adecuadamente en el proceso.

1.10. A diferencia de algunos ordenamientos jurídicos en los que se arbitra un incidente contradictorio específico para resolver la dicotomía entre la posibilidad de ocultar o la necesidad de aportar el material investigativo que pueda tener repercusión en la prueba, la transposición de la Directiva

Comunitaria al ordenamiento español, al no introducir cambios específicos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, refleja que la judicialización de la decisión corresponderá al Juez de Instrucción. A él incumbe practicar las diligencias propuestas por las partes cuando no las declare inútiles o perjudiciales (art. 311 de la LECRIM), siendo su decisión denegatoria susceptible de corrección en alzada en los términos de los artículos 311, 766 y 631 de la Ley Procesal. Todo ello, sin perjuicio de la facultad del órgano de enjuiciamiento de autorizar los elementos probatorios que, en su caso, soliciten las partes (arts. 785 y 786.2 para el procedimiento abreviado o 659 para el procedimiento ordinario), o excepcionalmente al órgano de apelación (art. 790.3).

En todo caso, la decisión debe quedar sometida al criterio rector de la admisibilidad de los materiales que las partes reclamen para sostener y acreditar sus pretensiones. Como refleja la STS 1004/2016, de 23 de enero, con cita de la STS 210/2014, de 14 de marzo, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE), ha plasmado que este derecho no tiene carácter absoluto, sino que se ha de demostrar, por una parte, una relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas y, por otro lado, que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de las pretensiones, pues sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (SSTC 133/2003 de 30 de junio, 359/2006 de 18 de diciembre y 77/2007 de 16 de abril).

Así pues, en lo que a este procedimiento interesa, para que la petición esté indebidamente denegada no solo debe existir correlación entre el objeto de la prueba y el instrumento que se propuso para su verificación, sino que razonablemente debe poder atribuirse a la prueba la capacidad de aportar un eficaz reforzamiento de las tesis de la defensa.

1.11. Finalmente puede concluirse que el derecho de las partes personadas a conocer las pruebas materiales que estén en posesión de las autoridades competentes hace referencia al material que integra el procedimiento penal seguido ante los tribunales, sin otra exclusión que la que, de manera temporal, deriva del secreto de las actuaciones.

En modo alguno el derecho abarca a conocer el contenido de la investigación preprocesal, cuyo resultado final, al tener valor de denuncia o de mero objeto de la prueba (art. 297 LECRIM), sólo sirve para el arranque del proceso penal y se materializa como referencia inaugural para el ejercicio del derecho de defensa en la forma procesalmente prevista.

No existe un derecho a que el encausado pueda desvelar el contenido y alcance de las colaboraciones policiales internacionales. En nuestra STS 884/2012, de 12 de noviembre, expresamente indicábamos que «cuando los servicios de información extranjeros proporcionan datos a las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, la exigencia de que la fuente de conocimiento precise también sus propias fuentes de conocimiento, no se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Lo decisivo, además de la constancia oficial, no necesariamente documentada, de que esa comunicación se produjo, es que el intercambio de datos sirva para lo que puede servir, esto es, para desencadenar una investigación llamada a proporcionar a los Tribunales españoles los medios de prueba precisos para el enjuiciamiento de los hechos».

Pero tampoco existe un derecho a conocer o desvelar los métodos y las técnicas de investigación policial desarrolladas en nuestros límites territoriales, como no lo hay tampoco a conocer la identidad de los agentes que hayan intervenido en la investigación, cuando no tiene una repercusión legal sobre el material probatorio en el que pueda fundarse una eventual acusación. Los investigados sometidos a proceso penal carecen de un derecho que les ampare a desvelar los puntos de apostamiento policial, o la identidad de los confidentes, o la información recabada mediante técnicas de criminalística que perderían su eficacia si se divulgaran masivamente. No existe un derecho a

conocer los instrumentos y materiales concretos de los que se dispuso la policía para la investigación y que podrían quedar desprovistos de eficacia para intervenciones futuras. Tampoco hay un derecho a conocer las indagaciones de otros delitos que puedan atribuirse a los mismos sospechosos pero que estén todavía en proceso de confirmación policial, menos aún si consideramos que, en su caso, deberán ser objeto de un procedimiento de persecución penal independiente (art. 17.1 LECRIM). Como no resulta tampoco asumible que se conozcan aquellas investigaciones que ni siquiera afectan a los sometidos a proceso y que pueden arruinar otras actuaciones policiales de obligada persecución de la criminalidad.

Sólo cuando una de las partes presente indicios fundados de que la actuación policial o preprocesal puede haber quebrantado sus derechos fundamentales, incurrido en irregularidades, o discurrido de un modo que pueda afectar a la validez de la prueba o del procedimiento penal, así como cuando aporte indicios de coexistir circunstancias en la investigación que puedan afectar a la fuerza incriminatoria del material probatorio, se justifica, por los principios de equilibrio y defensa, autorizar tal prospección, siempre limitada a los estrictamente necesario y bajo control judicial.

Es evidente que los mecanismos de investigación proscritos por un sistema de garantías no pueden ser aprovechados en el proceso penal con el insubstancial discurso de que se desplegaron antes de que el proceso penal se iniciara. En modo alguno resulta admisible que el procedimiento penal venga trufado de materiales incriminatorios que arranquen de intervenciones ilegales u otros mecanismos técnicos que resulten lesivos a los derechos fundamentales y que no estén debidamente autorizados. No pueden tolerarse pruebas obtenidas en registros domiciliarios ilícitos o en actos de tortura. No es asumible que determinadas actuaciones, como coacciones, sobornos o incluso ingenuos incentivos, puedan minar la credibilidad de la información que a su través se obtenga, pero que se oculte a la defensa la existencia del elemento que erosiona su credibilidad. La autoridad judicial no puede consentir una realidad procesal así, como tampoco puede asumirla sin prestarle una notable atención, pues de otro modo estaría legitimando la actuación misma y

coadyuvando al quebrantamiento de la Justicia a partir de la evaporación de un derecho de defensa real y eficaz.

Pero los instrumentos de control de una sociedad democrática tampoco se disponen para romper, de una manera banal, la organización operativa de sus instituciones. Toda estructura de la administración pública se construye para una actuación eficaz y desde la credibilidad de que observa un funcionamiento adecuado, pues está dotada de los sistemas de control externos e internos que el legislador democrático ha considerado preciso introducir, y opera con el compromiso de rectitud y honradez que es predicable del colectivo profesional -como sujeto individual- del que se dotan las instituciones públicas para cumplir sus funciones.

Consecuentemente, hemos dicho reiteradamente que no puede admitirse una presunción de ilegitimidad en la actuación policial cuando no aparecen vestigios serios o rigurosos (STS 85/2011, de 7 de febrero, entre muchas otras). Nuestra jurisprudencia es también estable en indicar que a la hora de evaluar la oportunidad de una intervención telefónica, el juez ha de estar a los indicios aportados por los grupos policiales actuantes, sin que deba abrir una investigación judicial que supervise la investigación policial. Y de forma más detallada, decíamos en nuestra STS 202/2012, de 12 de marzo, con cita abundante de otras varias, que: «no es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, ya que es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho». O en la sentencia 795/2014, de 20 de noviembre, en relación a la pretensión de la defensa de conocer las bases de datos de los archivos policiales, expresábamos que: «el perjuicio producido ha de ser algo real y efectivo, que se traduzca en un menoscabo real, una indefensión material, del derecho de defensa, y no en una mera expectativa potencial y abstracta, que pueda verse frustrada; y en autos, el recurrente, en modo alguno justifica cómo afecta el desconocimiento de las bases de datos que deseaba examinar a su derecho de defensa».

1.12. Con todo ello, podemos concluir que:

a. Las partes personadas, y en particular los encausados, tienen derecho a conocer el contenido íntegro de las actuaciones procesales, sin más excepción que la derivada de su declaración de secreto (art. 302 LECRIM).

b. Este derecho se extiende a conocer actos jurisdiccionales limitativos de derechos fundamentales realizados en otro procedimiento judicial, cuando de su legitimidad dependa la validez del medio probatorio que le afecta y no se hayan ya incorporado al proceso (arts. 579 bis y 588 bis i de la LECRIM).

c. El derecho de las partes a conocer y examinar las actuaciones procesales, plasmado en los artículos 118, 627, 780.1 y 784.1 de la LECRIM no faculta conocer la investigación preprocesal que no se haya reflejado en las actuaciones.

d. Excepcionalmente, cuando se presenten indicios fundados de concurrir circunstancias que comprometen la validez de la prueba o que razonablemente pueden condicionar su credibilidad o su capacidad indicativa, afectando con ello al derecho de defensa de las pretensiones de las partes, estas pueden solicitar de la Autoridad Judicial competente que incorpore, únicamente, los extremos concretos de la investigación prejudicial que reflejen tales condicionantes.

e. En esos supuestos, la Autoridad judicial realiza un doble análisis de la pertinencia y necesidad de la indagación peticionada (arts. 311, 659, 785 y 786.2 LECRIM).

Desde una consideración externa, se ha de evaluar si concurren indicios fundados de que pueda existir información no reflejada en las actuaciones que condicione el contenido de la prueba y, además, que sugiera

razonablemente que su verificación tendrá capacidad para aportar un eficaz reforzamiento de las tesis de la defensa.

El examen interno se activa en los supuestos en los que el precedente control se supere. En tal coyuntura, la Autoridad judicial solicitará información sobre los extremos afectados, revisará la realidad subyacente, y resolverá desde la consideración de su pertinencia y de una real necesidad para la defensa. La información se limitará a los extremos precisos, y los datos que se declare que no son finalmente necesarios para el procedimiento no romperán el principio de reserva judicial que perfila el artículo 311 de la LECRIM y que nuestro legislador recoge como regla rectora para el material que resulta irrelevante respecto del resultado del sumario (arts. 574 y 587 LECRIM).

1.13. Lo expuesto conduce a rechazar la denuncia de los recurrentes.

Ya hemos expresado que desvelar la fuente de conocimiento de los datos que los servicios de información extranjeros proporcionan a las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, no se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, de suerte que resultaron adecuadas las decisiones judiciales denegando la remisión de las comunicaciones remitidas por el FBI a la Guardia Civil.

Es igualmente acertado que se rechazara el informe económico-patrimonial que se emitió para analizar las fuentes de riqueza de los investigados por blanqueo de capitales, concretamente de Norbert Kholer y su pareja Jessica Yesenia Cepeda Rivera. Dicho informe carece de la consideración de prueba pertinente, pues no mantiene ninguna correlación con el objeto del proceso, esto es, sobre si los recurrentes poseían y estaban concertados para el transporte de los 216 Kg de cocaína que se les ocuparon.

Por el contrario, sí resultaría fundado suponer que existe una conexión material entre la investigación preprocesal y el presente procedimiento. Así lo entienden las defensas sobre la base de que los recurrentes fueron detenidos

tras el despliegue de un fuerte dispositivo policial de vigilancia que contaba con un perro adiestrado para la detección de drogas, siendo que lo que supuestamente se investigaba era un delito de blanqueo de capitales y que el descubrimiento de la droga germinó en otras investigaciones en las que se utilizó a un agente policial encubierto.

El instructor de las actuaciones policiales testificó en el acto del plenario que la detención de los recurrentes resultó de una actuación policial que fue casual en su origen. Relató que el día 29 de agosto mantuvieron, en la indagación de un delito de blanqueo de capitales, un dispositivo de vigilancia en la residencia de Norbert Kholer y de su pareja Jessica Yesenia Cepeda. Aseguró que vieron entrar al aparcamiento un vehículo Dacia Logan y que unas horas después (mientras los ocupantes estaban en Narcea), cuando le pasaron el perro marcó positivo. Mantuvieron la vigilancia y al día siguiente se presentó una furgoneta Opel, modelo Vivaro, de matrícula polaca, que aparcó en plaza de garaje colindante con la que ocupaba el Dacia Logan. Describió que en una operación anterior, ejecutada en el barrio de Vallecas, habían intervenido 127 Kg de cocaína en otra furgoneta Opel Vivaro; y añadió que en la furgoneta en la que se incautó ese alijo se encontraron unas placas de matrícula holandesas y que la furgoneta (luciendo esas últimas placas de matrícula) la habían identificado anteriormente en otro seguimiento que habían desplegado en la vivienda de Norbert Kholer. Esa similitud con la furgoneta que acaba de entrar les hizo sospechar que los investigados pudieran estar utilizando este tipo de furgonetas para transportar la mercancía que estuvieran manipulando. Declaró que solicitaron a la Audiencia Nacional (que llevaba la investigación inicial), que ampliara la investigación a las sospechas recientemente surgidas y que se les autorizara a colocar una baliza en la furgoneta para poder abordar su seguimiento. La petición les fue denegada por la Audiencia Nacional y eso motivó la vigilancia con el resultado de que dos agentes apostados en el garaje vieron a los dos acusados ir sacando paquetes de la Opel Vivaro e introducirlos en unas bolsas, lo que les llevó a avisar al instante a sus compañeros apostados en el exterior, quienes entraron y detuvieron a los acusados con parte de la droga introducida ya en las bolsas y con otros paquetes de droga en los compartimientos ocultos del vehículo que

estaban vaciando. Los agentes recibieron después la orden de comunicar la incautación de la droga al Juzgado de Instrucción de Majadahonda, por ser el partido del lugar en el que se descubrieron las pruebas de la comisión del delito contra la salud pública. También relató que la investigación relativa al blanqueo de capitales, y objeto de las Diligencias de Investigación 27/2016 de la Fiscalía, fueron remitidas por el Ministerio Público al mismo Juzgado de Instrucción de Majadahona al considerar la fiscalía que los investigados estaban relacionados con el delito contra la salud pública perpetrado en ese Partido Judicial, pero que el Juzgado de Instrucción de Majadahonda rechazó la acumulación y que las Diligencias de la fiscalía fueron entonces turnadas al Juzgado de Instrucción 7 de los de Madrid (DP 101/2018).

Con lo expuesto se evidencia que no había ningún elemento que posibilitara que el Juez de Instrucción, o el órgano de enjuiciamiento, pudieran denegar la pretensión indagatoria de las defensas sobre la base de que el descubrimiento fuera casual, pues el relato testifical que sustenta esa casualidad se emitió con posterioridad a las denegaciones de la prueba y puesto que en el momento en el que se denegó la indagación sobre la investigación preprocesal no había en el procedimiento constancia del contenido de las investigaciones iniciales.

En todo caso, como indica la sentencia que del Tribunal Superior de Justicia, la denegación probatoria vino plenamente justificada en los términos que se han expresado. Ni el procedimiento que se inició contra los recurrentes descansó en elementos probatorios que tuvieran su origen en la investigación preliminar (todas las pruebas de cargo resultaron de la actuación policial en la que se intervino la droga), ni las defensas presentaron ningún indicio de que la investigación policial inicial, o su resultado, descansaran en una información ilícita o irregularmente obtenida.

Los recurrentes aducen que, en la investigación originaria llevada a término por la Audiencia Nacional, se había autorizado la intervención de agentes encubiertos. Pero si esta circunstancia fuera como los recurrentes describen, el eventual relato del agente encubierto no sería un instrumento de

prueba de la actuación delictiva que aquí se enjuicia, sino el método para obtener legítimamente la información y desencadenar la investigación que permitiera recabar las pruebas que han conducido a su condena. En tal coyuntura, asumiendo los acusados que la actuación del agente encubierto pasó por la autorización fiscal y judicial legalmente exigida, pues el recurso acepta que se incoaron diligencias de investigación de la fiscalía y que se dio cuenta al Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional, la reserva estaría avalada por la regulación establecida en el art. 282 bis de la ley procesal, que contempla la posibilidad de ocultar la identidad del agente y que sólo obliga a que se facilite a la Autoridad Judicial la información obtenida por el agente encubierto cuando constituya un elemento probatorio respecto de los hechos objeto de investigación, no cuando se trate de sospechas policiales que vayan a ser objeto de indagación y deban ser tributarias de elementos probatorios distintos y específicos.

Los motivos se desestiman.

Recurso interpuesto por Ludwik Grzegorz Michalak.

SEGUNDO.- 2.1. Además del motivo que hemos resuelto en el fundamento anterior, que este recurrente formula como motivo sexto de su escrito, se unifican en un solo motivo los que se anunciaron como motivos primero, segundo y quinto.

La unificación que proclama el recurrente se obstina en contradecir la exigencia legal del artículo 874 de la LECRIM, pues la fusión que se hace solo sirve para que la parte pueda entremezclar todos los argumentos, y aún añadir otros nuevos, pero lo hace manteniendo en su formulación que se mantienen las dos denuncias por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM y la denuncia por infracción de ley del artículo 849.2 de la ley procesal que se materializaron en su día en el anuncio.

En realidad esas denuncias se pierden en el desarrollo del alegato. Lo que se argumenta es que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid modificó el párrafo tercero de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia y suprimió la errónea identificación de los conductores de los vehículos Opel Vivaro y Dacia Logan que se hizo en aquellos, así como la indicación, que también recogían, sobre que fueron esos conductores los que introdujeron y aparcaron cada uno de los vehículos en las plazas de garaje sitas en el inmueble de la Avenida Príncipe de Asturias n.º 35 de la localidad de Majadahonda. El recurrente denuncia que esa modificación de los hechos probados incide en los elementos esenciales del delito y no periféricos, pues afectan a la identificación de la persona que conducía el coche en cuyo interior llegaron escondidos la totalidad de los paquetes de droga y, por tanto, de la persona que tenía una plena posesión y disponibilidad del hecho. Considera que por ello se ha contrariado el principio acusatorio y roto su preparación de la defensa.

Añade que al suprimirse que el acusado Ludwik Grzegorz fuera el que introdujo en el garaje el vehículo Opel Vivaro en el que se encontraba la totalidad de la cocaína, se elimina el elemento de la posesión de la droga para el acusado que condujera el Dacia Logan. Por ello, siendo el recurrente el que conducía este último automóvil, tan solo se le puede atribuir haber manipulado unos paquetes, sin que esa actuación pueda ser considerada un acto típico del artículo 368 del Código Penal

Por otra parte, considera que la manipulación de paquetes no está acreditada, pues sostiene que no testificaron en el juicio los agentes que se encontraban en el garaje el día de los hechos y que tan solo declaró el Instructor de las diligencias policiales, que no vio los hechos y relata lo que le contaron. Añade el recurrente, respecto al error en la valoración de la prueba, que la inspección ocular policial, y especialmente el Acta de la Letrado de la Administración de Justicia (folios 19 a 26 de las actuaciones), acreditan que toda la droga se encontraba en el vehículo Opel Vivaro, lo que contradice los hechos probados, en los que se declara que los paquetes de droga fueron manipulados por los acusados.

2.2. Resulta difícil ordenar una respuesta de las objeciones cuando estas se entremezclan.

Desconociendo el cauce procesal propio para denunciar el quebranto del derecho constitucional de defensa por infracción del principio acusatorio, que recogen los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 de la CE, el recurso introduce la queja de que estas garantías resultaron contrariadas.

El alegato parte de la acusación del Ministerio Fiscal, en un extremo que reprodujo después la sentencia de instancia. Aduce que en el escrito de calificación provisional (después elevado a definitivo) se atribuyó a Grzegorz Michal Gomula ser el conductor del vehículo Dacia Logan, que el día 29 de agosto llegó vacío al garaje donde se estacionó, mientras que atribuyó a Ludwik Grzegorz Michalak ser el conductor del vehículo Opel Vivaro con el que se llevó la droga hasta el mismo lugar. Desde esta indicación de la acción penal, reproducida en la sentencia de instancia cuando en su relato de hechos probados plasmó quien conducía cada uno de los vehículos, considera que la corrección fáctica realizada en la sentencia de apelación ha quebrantado el principio acusatorio y generado indefensión al recurrente.

La pretensión no puede ser acogida. Esta Sala tiene declarado que el sistema acusatorio que informa el proceso penal español exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, de ahí que la acusación haya de ser además precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula. De este modo, el establecimiento de los hechos se constituye como la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio y deben mantenerse de manera sustancial e inalterable, además de deber ser la sentencia congruente respecto de los mismos y no introducir ningún nuevo elemento del que no haya existido posibilidad de defenderse (SSTS 8 febrero 1993, 5 febrero 1994 y 14 febrero 1995, entre otras).

En el presente supuesto tal congruencia entre acusación y sentencia no se ha perdido. El Ministerio Fiscal atribuyó a los acusados su participación en unos hechos consistentes en la posesión de un alijo de 216 Kg de cocaína y que estaba orientado a su distribución a terceros, atribuyendo a cada uno de ellos una intervención en la cadena de traslado y distribución. Ciertamente lo hizo asignado al recurrente la función de entregar la droga en un punto concreto de Majadahonda y, al otro acusado, la función de recibir la cocaína en ese lugar. Esos fueron los hechos por los que estuvieron acusados y esos son también los hechos por los que les han condenado, sin que pueda sostenerse que la sentencia rompa una correlación con la acusación porque no declare probados algunos de los extremos fácticos de la tesis sostenida por el Ministerio Fiscal.

No puede aceptarse que constituya una ruptura del sistema acusatorio, con quebranto de las opciones materiales de defensa, que la sentencia corrija los errores de identificación introducidos a la hora de describir las actuaciones de los distintos partícipes de un mismo delito, puesto que la atribución de funciones ha estado clara durante el proceso de instrucción y no ha sido objeto de ninguna controversia en la que la acusación haya terminado por sustentar una determinada tesis con exclusión de otra. En todo caso, aun cuando la identificación de la persona que realizó cada aportación para el transporte y la distribución de la droga fuera un elemento esencial para el objeto de este proceso, tal y como el recurrente sostiene, tampoco en este supuesto podría entenderse que se ha producido la alteración de hechos que sirve de soporte a un quebranto del principio acusatorio.

Puede quebrantarse el principio acusatorio cuando se condena al acusado por hechos delictivos esencialmente distintos de los que sustentaron la acusación, pero nunca cuando el Tribunal rechaza declarar probado un aspecto o punto concreto del desarrollo delictivo inicialmente atribuidos. En estos supuestos, el pronunciamiento de condena es válido si la participación que termine por declararse probada se ubica dentro de los hechos inicialmente atribuidos y permite hacer el juicio de subsunción típica que la acusación

formula o, incluso, otro juicio de tipicidad diferente, siempre que sea de naturaleza homogénea y de menor rigor. Ese ha sido el posicionamiento de la sentencia de apelación que se impugna que, sobre este aspecto, rechaza declarar probado cuál de los dos vehículos conducía el recurrente, sin perjuicio de entender que la prueba practicada sí prestaba sustento al resto de actuaciones que le atribuyó el Ministerio Fiscal y considerar que la participación desvelada prestaba adecuado sustento a su responsabilidad por un delito consumado contra la salud pública y en concepto de autor.

2.3. De modo procesalmente incorrecto, la parte recurrente también acumula en este motivo la solicitud de modificación del relato fáctico a través del número segundo del artículo 849 de la LECRIM y la de que se proclame que los hechos probados por los que se condena al recurrente no son susceptibles de subsumirse en el delito contra la salud pública de los artículos 368 y 369.1.5.^a del Código Penal. Ambos motivos son esencialmente incompatibles, pues el cauce del 849.1.^o impone respetar el relato fáctico, mientras el del 849.2.^o lo que pretende precisamente es modificarlo. Lo correcto sería formular en primer lugar un motivo por error de hecho en la valoración probatoria, para incluir en el relato fáctico una referencia a determinados aspectos de la acción o de la participación, e interponer seguidamente un motivo de infracción de ley, para el supuesto de que prospere el anterior.

En cualquier caso, el motivo por error de hecho en la valoración de la prueba tampoco puede prosperar.

El artículo 849.2 de la LECRIM entiende infringida la ley, para la interposición del recurso de casación, *“Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”*. La estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011) indica que la previsión del artículo 849.2.^o de la LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió

erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente.

En todo caso, consecuencia última de que el principio de inmediación y el contacto con el conjunto de la prueba no es predicable de la intervención jurisdiccional en casación, es exigencia de esta Sala que el error fáctico o material se muestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30 de septiembre).

No es esto lo que plantea el recurso. El recurrente, indebidamente, invita a la Sala a revisar el conjunto del material probatorio. Su alegación de que el atestado refleja que los conductores de cada vehículo no fueron los que el Ministerio Fiscal sostuvo en su recurso, o que el acta de intervención centra la droga en uno de los vehículos, sirve de coartada para revisar una prueba personal, a la que niega capacidad incriminatoria suficiente para enervar su derecho a la presunción de inocencia afirmando que no se contó con otra declaración que la del Jefe del grupo que llevó la investigación, quien no estuvo presente en el momento de la detención.

Su pretensión debe ser también rechazada, pues se limita a reiterar lo que ya dijo en su recurso de apelación y fue desatendido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuya mera lectura desvirtúa sus alegaciones. Proclama la sentencia lo siguiente:

«El Sr. Michalak se acogió en el juicio a su derecho a no declarar, aunque contestó las preguntas de su defensa negando los hechos imputados. No cabe una valoración negativa del ejercicio del derecho al silencio, hasta la saciedad reconocido por nuestra legislación interna y por incorporación de textos internacionales y consolidada doctrina legal, que empero distingue el alcance que en ciertos supuestos puede el tribunal conceder al silencio del acusado que se enfrenta a indicios acreditados en su contra, pues omite la posibilidad de ofrecer una explicación diferente al razonamiento deductivo de órgano sentenciador —vid. SSTDH de 8-2-96 y 2.5.2000, casos Murray y Landome, en cuanto admiten tener en cuenta el silencio del interesado en situaciones que requieran una explicación por su parte para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo - y tanto el Tribunal Supremo - v.gr, SSTS de 29 de Marzo de 1999, 27 de marzo y 20 de septiembre 2000, 23 de septiembre de 2003, 16 de marzo de 2004 y 9 de junio de 2014 - como el Tribunal constitucional -SSTC de 24 de julio de 2000 y 22 de julio de 2002- así lo han entendido.

En el caso del Sr. Michalak, fue sorprendido manipulando la sustancia estupefaciente, que se cifra en 216 paquetes de cocaína con un peso total de 216.777,6 gramos y una pureza del 78,3%, y ésta es una conclusión obtenida por el tribunal de instancia merced a la declaración en el plenario de los componentes del Grupo del Blanqueo de Capitales de la Unidad Central Operativa de la policía judicial, de la Guardia Civil, que intervinieron en las vigilancias de los días 29 y 30 agosto 2017, y actuaron deteniendo a los acusados al ser sorprendidos in fraganti cuando manipulaban la droga para trasladarla del vehículo Opel Vivaro al vehículo Dacia Logan.

La declaración del teniente con TIP X32466U, Jefe del operativo, es muy esclarecedora sobre el marco en que se produjo el hallazgo casual de la droga, cuando se seguía a otras personas por blanqueo de capitales, y demás extremos de la investigación y actuación del Grupo de Blanqueo de Capitales, de los que fue informado puntualmente el jefe o dirigió él mismo esas actuaciones, aunque no intervino directamente en la detención; la sentencia recurrida hace un pormenorizado relato sobre los aspectos de interés

revelados en esa declaración, y en concreto sobre los acontecimientos de los días 29 y 30 de agosto de 2017. Declaró también en el juicio el Guardia civil con TIP Q15445N, partícipe en las vigilancias que culminaron en el hallazgo de la droga y detención, y significadamente en el acecho practicado desde el exterior del edificio en el mismo momento de la llegada de la droga, al punto de que fue este agente quien alertó a los que vigilaban en el interior del garaje, y éstos, en contacto, le dieron cuenta del movimiento de la furgoneta Dacia Logan y del comienzo de la manipulación por los tres vigilados de los "ladrillos" que a la postre resultaron ser cocaína, y cuando lo indicaron los agentes que actuaban en el interior del garaje procedió a entrar, de tal forma que participó en la detención.

Tales manifestaciones son coincidentes con las prestadas por el testigo Guardia Civil con TIP V I 3215R, extensivas a los sucesos de los días 29 y 30 de agosto de 2017, y en concreto la llegada de la droga al garaje, en cuyo exterior prestaba funciones de vigilancia dicho agente, apostado en la rotonda, punto desde el cuál presenció la llegada del vehículo Opel Vivaro, en simultánea comunicación con los agentes que vigilaban en el interior, que a su vez avisaron momentos más tarde de la manipulación de la droga, lo que motivó el acceso de todos los agentes al garaje y la detención in fraganti de los dos acusados, mientras que el tercer partícipe se dio la fuga; este agente aclara la situación de la sustancia cuando es vista por él: cuando entra hay droga fuera de los vehículos, en bolsas deportivas, cree recordar, bolsas en el interior de la Opel Vivaro y en la caleta, y "..., no habían terminado de sacar toda la mercancía de la Opel, no sabe si de sacar o introducir " pues él entró directamente a la detención.

Por tanto no se acomoda a la realidad la afirmación de que existe un total y absoluto vacío probatorio respecto a que el Sr. Michalak manipulara paquete alguno, pues fue visto participando en el movimiento de los bloques por los agentes de la Benemérita que vigilaban en el interior del garaje y sobre ese particular se practicó prueba testifical de referencia, dotada de especial intensidad acreditativa, en tanto el hecho es narrado simultáneamente a su

producción por los agentes que vigilaban en el interior, como parte del operativo, en coordinación unos y otros funcionarios.

Desde luego los agentes no gozan de presunción de veracidad y como impone el artículo 717 de la Ley Enjuiciamiento Criminal sus declaraciones tienen el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional, y cabe aceptar su testimonio de referencia, expresivo de la razón de su dicho, como exige el artículo 710 del mismo texto legal. En este caso todo el cuadro probatorio encaja con las manifestaciones contestes de los funcionarios.

La prueba documental no desdice el tenor de los medios de naturaleza personal. El acta levantada por la Letrada de la Administración de Justicia refleja lo visto por la fedataria a su llegada, no describe el estado de cosas con anterioridad, como es obvio, sino al comienzo del registro de la Opel Vivaro, momento en que fueron tomadas las fotografías obrantes en el atestado.

Aunque el disconforme persevera en afirmar que no existe prueba acreditativa de que conociera el contenido del vehículo Opel Vivaro ni accediese a él, y apele a la presunción de inocencia tachando de ayuna de motivación la sentencia, fácil es constatar el acervo heurístico en que asienta la condena, dando razón, aunque yerre al atribuir hechos periféricos, de la actividad probatoria de cargo».

2.4. Por último, respecto de la alegación del recurrente de que los hechos no son subsumibles en los artículos 368 y 369.1.5 del Código Penal, también deben ser rechazadas.

El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación “*Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal*”.

Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, u obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECRIM) o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la ley procesal), pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

A partir de esta consideración, ninguna observación debe hacerse a que los 216,77 Kg de cocaína, con una pureza del 78,3% (169,73 Kg de cocaína pura), superan los 0,750 Kg de cocaína que nuestra jurisprudencia fija para entender que el delito contra la salud pública es subsumible en la agravante específica de notoria importancia del artículo 369.1.5.^a del Código Penal.

En cuanto a la consideración del recurrente como autor de un delito contra la salud pública, debe recordarse que el delito contra la salud pública, al ser un delito de mera actividad, de resultado cortado, o de consumación anticipada, además de un delito de peligro abstracto, rige una descripción extensiva del concepto de autor que abarca a todos los que realizan actos de favorecimiento para el tráfico y que, en principio, excluiría las formas accesorias de la participación.

La jurisprudencia de esta Sala ha identificado que el favorecimiento o facilitación causal del tráfico prohibido determina la responsabilidad por este delito, identificando como supuestos de coautoría, no sólo las participaciones en actuaciones abordadas desde una organización delictiva, sino también los actos de posesión, guarda o almacenaje de la droga para su ulterior venta; los de promoción o financiación de su adquisición y transporte; los de organización del tráfico; los de descarga y vigilancia de los alijos; los de entrega, recepción u ocultación de la droga; los de simple intermediación entre partícipes en el comercio ilícito; o los de manipulación de las sustancias que van a destinarse al tráfico.

También se han considerado determinantes de una responsabilidad como autor los actos de aportación, muchos de ellos proyectados sobre elementos necesarios para el transporte de la droga, cuando tal acción no resulte periférica sino esencial para el éxito de la operación, correspondiéndole al recurrente la condición de transporte y enlace, función que hemos considerado nuclear, ya se considere desde la teoría de los bienes escasos, del dominio funcional del hecho, o de la relevancia de la actividad de los distintos partícipes que, en la fase de ejecución, aportan una actividad relevante para la consecución del propósito delictivo compartido.

No obstante, de manera excepcional, hemos reconocido formas accesorias de participación en supuestos de colaboración mínima, esto es, cuando se realizan conductas auxiliares de segundo orden en beneficio del verdadero traficante. El favorecimiento al favorecedor del tráfico, mediante la aportación de conductas complementarias, subordinadas y de poca entidad respecto de la acción principal, cuando el partícipe conoce el destino de su colaboración pero no se encuentra vinculado al negocio de la droga, permite contemplar una participación en grado de complicidad.

Esta Sala ha reconocido que, pese al concepto extensivo de autor, la participación puede merecer la consideración de complicidad del artículo 29 del Código Penal cuando se trata de supuestos de colaboración mínima que, aunque causales del hecho, no aporten un elemento *sine qua non* el delito se

hubiera realizado, sino que el delito se habría de todos modos cometido, siempre que el partícipe no tenga una verdadera disponibilidad sobre la droga, ni capacidad para decidir sobre su destino, ni responsabilidad ninguna al respecto.

Lo expuesto muestra la responsabilidad del recurrente en concepto de autor. No puede ser de otro modo cuando el relato fáctico describe que los dos acusados estaban descargando y en posesión de 216 Kg de cocaína cuando fueron detenidos. La sentencia describe un concierto previo que plasma en la llegada coordinada de los vehículos; la actuación de descarga furtiva e inmediata de la mercancía y que fue emprendida por ambos acusados; la inexistencia de dinero que hubiera de pagarse a cambio de la entrega de la posesión de la droga; y que la actuación se desarrolló en las dependencias de una vivienda en la que se declara probado que se encontraron decenas de tarjetas SIM telefónicas, así como la documentación del vehículo que estaba vacío y en el que llegaron quienes recibieron la droga. Todo, declarándose probado también que los receptores esperaron la llegada de la droga durmiendo en una vivienda en la que se encontraron decenas de teléfonos móviles, y un número superior de tarjetas SIM, dos máquinas de contar billetes y varios relojes y automóviles de la gama más alta.

Se describe un concierto en el transporte y distribución de la droga que arranca mucho antes de que los agentes interceptaran a los acusados descargando el vehículo. Un concierto planificado en el que todos los partícipes asumieron funciones esenciales de tráfico de la sustancia ilícita.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Por último, los motivos tercero y cuarto del recurso de casación anunciado en su día, también se refunden en un único motivo por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse infringido el artículo 16.1 del Código Penal, en concreto por defender el recurrente que si no se ha probado que condujera el vehículo en el que llegó la droga al lugar donde se intervino, y no podía el receptor de la droga consumir la posesión

por existir un dispositivo policial apostado que iba a impedirlo de inmediato, el recurrente debería haber sido condenado por un delito contra la salud pública en grado de tentativa.

La jurisprudencia de esta Sala, partiendo de la amplitud del tipo descrito en el artículo 368 del Código Penal, que llega a abarcar el ciclo de la droga en todas sus facetas, empezando con los actos de cultivo y terminando con la posesión con fines de difusión, describe su configuración como delito de peligro abstracto, no de resultado, lo que restringe enormemente la apreciación del delito en grado de tentativa. Resulta difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico la mera posesión de la sustancia tóxica orientada al tráfico implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de “promover, “facilitar” o “favorecer” el consumo de sustancias tóxicas previsto en el tipo penal.

La Sala ha declarado también que cuando, aún sin alcanzarse una detención material de la droga se consigue una disponibilidad de la misma, al quedar la droga sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (SSTS 766/2008, 27 de noviembre, 658/2008, 24 de octubre, y 1265/2002, 1 de julio, entre otras muchas), por lo que ha precisado que tratándose de envíos de droga por correo o por otro sistema de transporte, si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación de la droga, o en aquellos casos en los que figure como voluntario destinatario de la misma, debe estimársele autor de un delito consumado, al tener la posesión mediata de la droga remitida (SSTS 2108/1993, 27 de septiembre, 383/94, 23 de febrero, 947/1994, 5 de mayo, 1226/1994, 9 de septiembre, 357/1996, 23 de abril, 931/98, 8 de julio, y 1000/1999, 21 de junio).

De este modo, la jurisprudencia de esta Sala considera que en los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, puesto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo

indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida. O lo que es lo mismo, que el delito existe desde que uno de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido, y que, cuando concurre la posesión de la droga sobre la que se materializa la acción, la tentativa o la imperfección del delito requiere no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga, lo que entraña una posición desvinculada del concierto inicial para el transporte, incorporándose después mediante una actividad netamente diferenciada.

Lo expuesto muestra la improcedencia del motivo en atención a un sustrato fáctico que, en la forma que se ha expresado en el fundamento anterior, plasma un concierto entre los dos acusados, evidenciando que el que no condujo la droga hasta el lugar, tenía ya una disponibilidad mediata y participaba en el concierto para su completo transporte y posterior difusión a terceros.

El motivo se desestima.

CUARTO.- La desestimación de los recursos interpuestos conlleva la condena en costas a los recurrentes, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

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

Desestimar los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Grzegorz Michal Gomula, y Ludwik Grzegorz Michalak, contra la sentencia dictada el 7 de julio de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Procedimiento

Recurso de Apelación 107/2020, interpuesto contra la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2019 por la Sección n.º 30 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento Abreviado 590/2019, con imposición a los recurrentes del pago de las costas causadas en la tramitación de sus recursos.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia de Madrid a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta

Andrés Palomo del Arco

Pablo LLarena Conde

Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

