



Roj: **STS 3324/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3324**

Id Cendoj: **28079120012022100755**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2022**

Nº de Recurso: **10824/2021**

Nº de Resolución: **768/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1635/2021,**
STSJ ICAN 3219/2021,
STS 3324/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 768/2022

Fecha de sentencia: 15/09/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10824/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/09/2022

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

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: AGA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10824/2021 P

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

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 768/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 15 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10.824/21-P, interpuesto por **D. Segismundo**, representado por la procuradora D^a. Sira Carmen Sánchez Cortijos, bajo la dirección letrada de D. Juan Betancor González, y por D. Tomás, D. Valentín y D. Victoriano, todos ellos representados por la procuradora D^a. Deyarina Galindo Castaño, bajo la dirección letrada de D. Juan Blas López Rodríguez, contra Sentencia nº 137/2021, de fecha 3 de diciembre de 2021, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Penal, en el Procedimiento Recurso de Apelación nº 129/2021, por delitos de tráfico de drogas grave daño a la salud y tenencia ilícita de armas.

Ha intervenido el **MINISTERIO FISCAL**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, instruyó el procedimiento sumario ordinario nº 3988/2017, por presuntos delitos de tráfico de drogas grave daño a la salud y tenencia ilícita de armas, contra Segismundo, Tomás, Valentín, Victoriano, y otros. Una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera, para su enjuiciamiento en el Rollo Procedimiento sumario ordinario nº 37/2019, cuya Sección dictó sentencia nº 223/2021, en fecha 6 de julio de 2021, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Estando probado y así se declara que:

PRIMERO.- Jose Pablo, Carlos María, Carlos Antonio, Carlos Daniel, Ramón, Luis Manuel y Luis Antonio, desde principios del 2018, con total desprecio por la salud ajena, se pusieron de acuerdo para introducir vía marítima cocaína en Gran Canaria para proceder a su distribución y venta, y obtener así grandes beneficios económicos, disponiendo de grandes **medios**, instrumentos y recursos económicos que les permitieron adquirir dos zodiacs semirrígidas con matrícula NUM000 y modelo 750 con matrícula NUM001, las cuales atracaron en (os puertos de Mogán y Puerto Rico y que utilizaron para navegar hasta el punto acordado con los proveedores de (a sustancia estupefaciente a fin de realizar el trasbordo de la cocaína; alquilaron los vehículos Peugeot modelo Expert con matrícula NUM002 a nombre Luis Antonio, y Ford Transit con matrícula NUM003 a nombre de Ambrosio, y adquirieron la furgoneta Mercedes-Benz modelo Vito con matrícula NUM004 a nombre de Luis Antonio, los cuáles fueron adaptados para poder llegar a (a orilla de la playa y transportar grandes cantidades de cocaína; adquirieron los vehículos Seat León con matrícula NUM005 y Smart Fortwo con matrícula NUM006 para reunirse y tratar en su interior de las operaciones de tráfico de drogas.

Luis Antonio disponía de. armas peligrosas prohibidas con capacidad de uso para asegurar las operaciones de tráfico de drogas, en concreto un fusil colt modelo AR-15 con número de serie NUM007 y recámara para cartuchos del calibre 5,56 x45 mm NATO con plena capacidad de uso, arma de guerra de uso prohibida conforme al Reglamento de Armas; una pistola del calibre 9 con número de serie NUM008 sin licencia, munición del calibre 5.56 x 45, munición del calibre 22, y una pistola de aire comprimido.

Para guardar la droga que se iba a desembarcar hasta que llegara el momento de poder sacarla para venderla alquilaron la Villa DIRECCION000 sita en la CALLE000 n.º NUM009 de Tauro, y la Villa NUM010 del complejo DIRECCION001 de San Agustín sita en la CALLE001 para reunirse y preparar el desembarco.

Jose Pablo y Carlos María, son los máximos responsables, contactaron con los proveedores de la sustancia estupefaciente por **medio** de los acusados Gerardo y Hilario (declarados en rebeldía), y junto con Carlos Antonio, Carlos Daniel, Ramón, Luis Manuel y Luis Antonio planificaron y organizaron el desembarco de la droga.

Jose Pablo adquirió las dos zodiacs, envió el Seat León con matrícula con matrícula NUM005 desde la península a Gran Canaria, se encargó de conseguir los vehículos destinados para el transporte de la sustancia estupefaciente, y reservó las viviendas para la estancia de varios de los acusados.

Carlos María y Carlos Daniel se encargaron de alquilar la Villa DIRECCION000 sita en la CALLE000 nº NUM009 de Mogán.

Carlos Antonio y Carlos Daniel eran los colaboradores directos en la planificación y coordinación del desembarco de la droga.



Luis Manuel, es uno de los máximos responsables, asesoró a Jose Pablo y a Carlos María en la adquisición de los **medios** marítimos para llevar a cabo el transporte aprovechando su experiencia en actividades delictivas similares, firmó el contrato de compraventa de la zodiac con matrícula NUM000 por 10.000 euros, trajo las matrículas dobladas desde la península para colocarlas en las furgonetas que transportarían la droga, coordinó la llegada de las neumáticas a la nave nodriza a una distancia, ya programada y el trayecto desde allí hasta la playa elegida por el grupo para descargar la droga, y pilotaba una de las zodiacs.

Ramón realizaba la gestión de recogida de la droga en la playa, coordinando el operativo de los portadores una vez tocasen tierra, prestó su identidad para la adquisición del Seat León, recaudó dinero y realizó pagos de los gastos de la operación de tráfico de drogas, recibió por correo paquetes remitidos a Luis Manuel, y era el encargado de buscar al aeropuerto a los que venían de fuera de Gran Canaria para participar en el desembarco de la droga.

Luis Antonio alquiló la Villa de San Agustín que sirvió de base de operaciones, adquirió la furgoneta NUM004, alquiló el furgón NUM002 y dió seguridad portando las armas mencionadas.

Los acusados Ambrosio, Pablo, Teodoro y Segismundo eran los encargados por el grupo de portear y transportar la droga. Valentín, Tomás y Victoriano ejercieron funciones de contacto de los proveedores de la sustancia estupefaciente con los hermanos Jose Pablo y Carlos María, llegando a Gran Canaria el 10 de noviembre de 2018, y se reunieron con ellos el 12 de noviembre de 2018.

Como consecuencia de estos actos, a la 1.30 horas del día 13 de noviembre de 2018 en la playa, de **Medio** Almud, los acusados Jose Pablo, Carlos María, Luis Manuel, Carlos Antonio, Carlos Daniel, Ramón, Luis Manuel, y Luis Antonio, mediante las dos zodiacs semirrígidas con matrícula NUM000 y modelo 750 con matrícula NUM001, una de ellas pilotada por Luis Manuel, introdujeron en Gran Canaria 2.505,21 kilogramos de cocaína con una pureza del 81,465 % para proceder a su distribución y venta, encontrándose en dicha playa todos los acusados para proceder a su descarga, transporte y almacenamiento para su posterior distribución y venta.

Jose Pablo estaba franqueando la entrada y salida del acceso la playa para coordinar y asegurar el desembarco de la droga, Luis Antonio portaba el fusil colt modelo AR-15 cargado y dispuesto para disparar con la finalidad de proteger la descarga, siendo detenidos ambos por agentes de la Policía Nacional, mientras los demás acusados, Carlos María, Carlos Antonio, Carlos Daniel, Ramón, Luis Manuel, Teodoro, Ambrosio, Pablo y Segismundo se ocupaban de la descarga de la cocaína, que ante la presencia policial comenzaron a huir a la carrera del lugar, siendo detenidos en la playa Carlos María, Ramón, Teodoro, Ambrosio, y Pablo, escapando los demás acusados. Aparte de la droga mencionada 2.505,21 kilogramos de cocaína con una pureza del 81,465 % distribuida en 125 fardos, y el fusil, se intervino en la playa una pistola de calibre 9 NUM008, un equipo portátil de transmisiones, una cartera con la documentación del detenido Teodoro con 1320 euros en su interior, un bolso azul que contenía una caja de munición del calibre 5.56 x 45 con 40 cartuchos en su interior, una caja de munición del calibre 22 con 61 cartuchos en su interior, un cargador para una carabina del calibre 22 con 4 cartuchos en su interior, una lata de balines del calibre 4.5, una pistola del calibre 9, una pistola de aire comprimido, once botellas de aire comprimido, las furgonetas Peugeot modelo Expert con matrícula NUM002, Ford Transit con matrícula NUM003 y Mercedes-Benz modelo Vito con matrícula NUM004 cargadas con fardos de cocaína, la zodiac semirrígida con matrícula NUM000, que en su interior se localizó fardos con droga, y un portátil de transmisiones; la zodiac con matrícula NUM001 pilotada por Luis Manuel escapó del lugar dirección playa de los Frailes, siendo intervenida en Puerto Rico.

Posteriormente a las 5:15 horas fue detenido Carlos Antonio en la carretera GC-500 dirección Puerto Rico; a las 6:20 horas fueron detenidos Valentín, Tomás y Victoriano cuando iban a entrar en el Hotel Bahía Blanca sito en Magán, y a las 7:40 horas fue detenido Luis Manuel cuando llegaba al complejo DIRECCION001 número NUM011 sito en la CALLE001 de San Agustín. Carlos Daniel y Segismundo fueron detenidos el 21 de noviembre de 2019.

La droga incautada tiene un valor en el mercado de 84 millones, 693 mil 634 euros.

SEGUNDO,- Se intervinieron los siguientes efectos como instrumentos y/o ganancias del delito:

Dos zodiacs semirrígidas con matrícula NUM000, y modelo 750 con matrícula NUM001.

Un fusil colt modelo AR-15, arma de guerra de uso prohibido, y una pistola de calibre 9 NUM008 que poseían sin licencia, ambas capacitadas para el uso, con la correspondiente munición; una pistola de aire comprimido, una caja de munición del calibre 5.56 x 45 con 40 cartuchos en su interior, una caja de munición del calibre 22 con 61 cartuchos en su interior, un cargador para una carabina del calibre 22 con 4 cartuchos en su interior, una lata de balines del calibre 4.5, y que poseían los acusados que constituían el grupo criminal para cometer el delito



El vehículo Seat León con matrícula NUM005 , propiedad de Ramón .

El vehículo Smart Fortwo con matrícula NUM006 , propiedad de Carlos María .

El vehículo Mercedes Benz Vito con matrícula NUM004 , propiedad de Luis Antonio .

Dos machetes, tres máquinas de contar dinero.

A Teodoro 3.320 euros, un teléfono móvil BQ color negro.

A Valentín 820 euros.

A Jose Pablo un teléfono intervenido Nokia de color azul número NUM012 , un teléfono Nokia de color negro número NUM013 , y un taser.

A Carlos María un teléfono Nokia de color negro número NUM014 .

A Pablo 30 euros.

A Ambrosio 275 euros.

A Carlos Antonio un taser.

A Carlos Daniel 20 euros.

A Ramón 245 euros

A Segismundo 150 euros

Intervenido en registro domiciliario de la CALLE001 , Complejo DIRECCION001 , Villa NUM010 de San Agustín, San Bartolomé de Tirajana: teléfono móvil marca Samsung NUM015 , un reloj Viceroy plateado, un reloj plateado y negro- marca Lotus, un teléfono móvil marca Iphone, color plateado y con funda verde, un teléfono móvil marca MI de color plateado, un teléfono móvil marca Lenov, un teléfono móvil Samsung de color plateado con IMEI NUM016 , un teléfono móvil de la marca Huawei de color4 blanco, un teléfono móvil marca positivo, un reloj Lotus dorado, tres tarjetas SIM, un teléfono móvil de la marca BQ Aquarius de color negro, dos placas de vehiculo.número NUM017 , dos placas de matrícula con los número y dígitos en blanco NUM018 , un teléfono móvil marca Alcatel de color negro; un teléfono móvil marca Iphone de color dorado, un teléfono móvil de la marca Alcatel One Touch de color negro, un teléfono móvil de la marca BQ color negro, un móvil Blackberry blanco, 855 euros y 427 dólares entre las pertenencias de Hilario declarado en rebeldía en la presente causa.

Intervenido en registro domiciliario de la CALLE002 , NUM019 de Las Palmas, perteneciente al detenido Carlos María : un Iphone color negro, un teléfono móvil Alcatel de color negro doble SIM con números de IMEI NUM020 y el mismo acabado en 65, con una tarjeta Lebara, un Iphone color negro, un móvil BQ de color negro con número de serie NUM021 un móvil BQ de color negro con número de serie NUM022 .

TERCERO.- Ambrosio ha sido condenado por sentencia firme de fecha 17 de septiembre de 2013 a la pena de 4 años y nueve meses de prisión por un delito de tráfico de drogas, cumplida el 12 de abril de 2018 en la ejecutoria 55/2103 de la Sección Primera de Las Palmas; y por sentencia de 7/06/2012 a la pena de un año de prisión por un delito de lesiones.

Pablo ha sido condenado por sentencia firme de 15/11/2010 a la pena de tres años de prisión por un delito de tráfico de drogas, cumplida el 11 de septiembre de 2012 en la ejecutoria 142/10 de la Sección Primera de Las Palmas.

Luis Antonio ha sido condenado por sentencia firme de fecha 17/12/201 por un delito de tráfico de drogas a la pena de 3 años y 9 meses de prisión por un delito de tráfico de drogas, suspendida durante cinco años desde el día 20/10/2011, acordándose su remisión definitiva el 8 de noviembre de 2017 en la ejecutoria 149/2011 de la Sección Segunda de Las Palmas.

Luis Manuel ha sido condenado por sentencia firme de fecha 24/09/2018 a la pena de 4 meses de prisión por un delito del artículo 383 del Código Penal.

Ramón ha sido condenado por sentencia firme de fecha 21/11/2013 a la pena de dos años de prisión por un delito de atentado.

Tomás ha sido condenado por sentencia firme de fecha 21/11/2016 por un delito de tráfico de drogas a la pena de 3 años de prisión por un delito de tráfico de drogas, suspendida durante cinco años desde el día 6 de septiembre de 2017 en la ejecutoria 686/2016 del Juzgado de lo Penal número dos de Badajoz; y por sentencia firme de 24/11/2016 a la pena de seis meses de prisión por un delito de atentado suspendida durante dos años desde el día 24/11/2016.



Carlos Antonio ha sido condenado por sentencia firme de 20/12/2006 a la pena de tres años de prisión por un delito de tráfico de drogas; y por sentencia 13/07/2016 a la pena de 6 meses de multa por un delito de lesiones.

Valentín ha sido condenado por sentencia firme de fecha 12/02/2018 a la pena de dos años de prisión por un delito de lesiones."

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

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Jose Pablo , Carlos María , Carlos Antonio , Carlos Daniel , Ramón , Luis Manuel , Luis Antonio , Ambrosio , Teodoro , Pablo y Segismundo como autores responsables de un delito 'de tráfico de drogas de los arts. 368, 369.5' y 370.3 del CP; a Valentín , Tomás y Victoriano como cómplices del mismo delito; y a Luis Antonio como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas de los arts 563 y 564.1 del CP, con la concurrencia en los acusados Ambrosio , Luis Antonio y Tomás de la agravante de reincidencia del artículo 22. 8º del Código Penal respecto del delito de tráfico de drogas, y sin circunstancias modificativas respecto del resto, a las siguientes penas:

1º.- Jose Pablo , Diez años de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 254 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

2º.- Carlos María , Diez años de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 254 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

3º.- Luis Manuel , Diez años de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 254 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

4º.- Carlos Antonio , Ocho años y nueve meses de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 254 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

5º.- Carlos Daniel , Ocho años y nueve meses de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 254 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

6º.- Ramón , Ocho años y nueve meses de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 254 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

7º.- Luis Antonio , Ocho años y seis meses de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 254 millones de euros por el delito de tráfico de drogas; así como Un año de prisión e inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de tenencia ilícita de armas.

8º.- Teodoro , Siete años de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 85 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

9º.- Ambrosio , Siete años, seis meses y un día de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 85 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

10º.- Pablo , Siete años de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 85 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

11 º.- Valentín , Cinco años y seis meses de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 50 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

12º.- Tomás , Cinco años y once meses de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 50 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

13º.- Victoriano , Cinco años y seis meses de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 50 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

14º.- Segismundo , ocho años de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 85 millones de euros por el delito de tráfico de drogas.

Se decreta el comiso de la sustancia intervenida a los acusados, así como de los vehículos, embarcaciones, armas y munición, dinero, teléfonos móviles, relojes y demás efectos intervenidos y reseñados en el apartado 20 de los hechos probados -a excepción de documentación personal, carteras y documentación bancaria- efectos todos ellos a los que se dará el destino legal, conforme a lo dispuesto en el art. 374 del CP.

Se imponen las costas procesales ocasionadas en esta instancia a los condenados por partes iguales.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a la partes.

Líbrese testimonio de esta resolución para su unión a los autos de su razón.



MODO DE IMPUGNACIÓN.- Contra la presente resolución conforme al art. 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cabe interponer recurso de APELACIÓN ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el plazo de diez días a partir de su notificación, por **medio** de escrito que se presentará en este tribunal."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones procesales de Segismundo , Tomás , Valentín y Victoriano , dictándose sentencia nº. 137/202, por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en fecha 3 de diciembre de 2021, en procedimiento recurso de Apelación penal 129/2021, en cuyo punto quinto de los antecedentes de hecho, contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida."

CUARTO.- La Sala de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Segismundo contra la sentencia de fecha 6 de julio de 2021, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el rollo de procedimiento sumario ordinario nº 37/2019, resolución que confirmamos íntegramente, declarando la inadmisión del recurso de apelación formulado por la representación de D. Tomás , D. Valentín y D. Victoriano .

No procede efectuar imposición de costas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación, el cual ha de anunciarse en el plazo de cinco días ante esta Sala, y ha de formalizarse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo."

QUINTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones legales de Segismundo , Tomás , Valentín y Victoriano , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

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

A) Segismundo

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, principio de presunción de inocencia.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley De Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 16.1 del Código Penal, tentativa.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley De Enjuiciamiento Criminal, artículo 66 del Código Penal, determinación de la pena.

B) Tomás , Valentín , Victoriano

Motivo Primero.- Infracción de precepto constitucional (852 LeCrim y 5.4 LOPJ): Vulneración del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española. (Tutela Judicial Efectiva, Derecho de Defensa, Vulneración de un proceso con todas las garantías: derecho de acceso a la segunda instancia).

Motivo Segundo.- Infracción de ley (847.1 a) en relación con el 849 Lecrim): indebida inaplicación de los arts. 16 y 62 en conexión con los arts. 368, 369 5º y 370 3º, todos ellos del Código Penal. Nos encontramos ante un supuesto de tentativa.

Motivo Tercero.- Infracción de normas del ordenamiento jurídico (790.2 Lecrim. en conexión con el 846 ter Lecrim.): indebida aplicación de los arts. 61 y ss. CP en conexión con los arts. 368, 369 5º y 370 3º CP, 16, 62 y 63 CP. error en la determinación de la pena.

SÉPTIMO.- Conferido traslado para instrucción, a las representaciones procesales de Segismundo , Tomás , Valentín y Victoriano , ambas manifestaron quedar instruidos de los restantes recursos de casación interpuestos de contrario, y por ratificados los contenidos del recurso interpuesto por sus partes.

El Ministerio Fiscal, informo quedar instruido de los recursos, e interesó la **impugnación** de los motivos de ambos recursos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 14 de septiembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Segismundo

PRIMERO.- 1. El primer motivo se formula por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Lecrim, por vulneración del art. 24.2 de la CE, principio de presunción de inocencia.

El recurrente discrepa de la valoración probatoria del tribunal de instancia, afirmando que se trata de meros indicios que no acreditan la estancia del recurrente en la playa el día de los hechos y menos aún el de realizar labores de portar y transportar droga alguna, como afirma el tribunal, además de que se recogen en la fundamentación una serie de datos no acreditaros por prueba alguna.

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

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la **impugnación** desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba.

De forma muy expresiva, sobre los contornos y límites de la casación cuando se alega la vulneración de la presunción de inocencia, se pronuncia la reciente STS 344/2021, de 26 de abril, cuya argumentación es necesario reproducir: No es función de la casación revalorar íntegramente una prueba no directamente presenciada para preguntarnos si personalmente participamos de la convicción reflejada en la sentencia, o, por el contrario, subsiste alguna duda en nuestro ánimo. Por mucho que se hayan ensanchado los antaño angostos cauces casacionales de la mano de la presunción de inocencia y, hasta cierto punto, como legítimo paliativo a un déficit de nuestro ordenamiento procesal penal -la inexistencia de doble instancia- ya corregido con un nuevo régimen del que se ha beneficiado el ahora recurrente valiéndose de una previa apelación, la casación mantiene su condición de recurso extraordinario, diferente por esencia a la clásica apelación. El Tribunal de casación ha de autocontenerse para no invadir las competencias de los Tribunales de instancia y apelación subvirtiendo el reparto de espacios funcionales trazado por el legislador. Sinteticemos los contornos del ámbito de la revisión casacional con la guía de la presunción de inocencia (arts. 852 LECrim y 24.2 CE).

El derecho a la presunción de inocencia comporta la prohibición constitucional de condena sin que se hayan realizado pruebas i) de cargo, ii) válidas, iii) revestidas de las necesarias garantías, iv) referidas a todos los elementos esenciales del delito, y v) de las que quepa inferir razonable y concluyentemente los hechos y la participación del acusado sin quiebras lógicas y sin necesidad de "suposiciones" frágiles en exceso. No impone la presunción de inocencia que esas pruebas sean aptas para convencer de la culpabilidad a todo observador imparcial externo. Sólo existirá violación de tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando, por ilógico o por insuficiente, no sea razonable el *iter* discursivo (SSTC 68/2010, de 18 de octubre Fundamento Jurídico Cuarto; 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a-), o 126/2011, 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-).

3. La sentencia de instancia al analizar la participación del recurrente en la operación que culminó con la ocupación por la Guardia Civil de más de dos toneladas de cocaína, si bien afirma que el recurrente no fue



sorprendido en las labores de desembarco de la sustancia, también pone de relieve que la misma ha quedado acreditada por una serie de indicios plenamente acreditados y de los que se extrae como conclusión lógica la participación del acusado en los hechos que se declaran probados.

El tribunal de apelación tiene en cuenta como indicios incriminatorios, en primer término, que el acusado reconoció el viaje desde Fuerteventura del día 12 de noviembre, y que en el aeropuerto fue recogido por dos de los condenados por su participación en la operación.

Además, se valora por la Sala que desde el aeropuerto fue trasladado al sur de la isla a un bungalow situado en la zona de San Agustín, alquilado expresamente para ser utilizado como centro de la operación del desembarco de dos toneladas de cocaína, y donde según la declaración de los policías que controlaban la operación se reunieron todos los partícipes. En el registro llevado a cabo en el bungalow una vez desarticulada la operación se encontró dentro de una maleta el DNI del recurrente y su tarjeta de embarque del vuelo que había realizado desde Fuerteventura, tal y como consta en el acta de entrada y registro, y junto a estos efectos se encontró también numerosa documentación personal de los otros acusados partícipes en la operación delictiva.

Otro indicio que tiene en cuenta el tribunal es que al ser detenido el recurrente en Fuerteventura una semana después de ocurridos los hechos, el mismo presentaba erosiones cicatrizadas en su antebrazo y rodilla izquierda similares a las que tenían algunos de los acusados detenidos y que en un principio lograron huir por las laderas de un lugar inhóspito, como era el del desembarco de la droga -fotografías no impugnadas unidas a los folios 2636 y 2637-.

De forma destacada y relevante el tribunal otorga valor incriminatorio a la conversación telefónica que tuvo el acusado en la mañana del día 13 de noviembre de 2018 con el acusado Carlos Daniel, de la que se puede deducir que han podido escapar y que el recurrente necesitaba comprar calzado adecuado y obtener un nuevo DNI para regresar a Fuerteventura y el suyo se había quedado en el bungalow.

Por último, el Tribunal Superior también tuvo en cuenta que la Audiencia valoró lo relatado por el agente núm. NUM023, instructor de las actuaciones policiales, que, como recoge la sentencia de la Audiencia, por la vigilancia y seguimiento llevada a cabo el día 27 de octubre de 2018 comprobaron que el recurrente llegó a esta isla en un ferry siendo recogido en el puerto por los acusados Jose Pablo y Carlos María, máximos responsables de la operación, y juntos fueron a una peluquería en el barrio de La Feria donde mantuvieron una reunión con varias personas.

En este caso a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito es indiciaria, el tribunal parte de hechos probados y los hechos constitutivos de delito se deducen de esos indicios, a través de un proceso mental, que como hemos visto, resulta razonado y acorde con las reglas del criterio humano, conclusiones a las que llega la sentencia de instancia que son razonables, por lo que debe ser confirmada la inferencia, que el acusado aunque no fuera sorprendido en las labores de desembarco de la sustancia sí participó en el mismo.

Se desestima el motivo.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo se alega infracción de precepto de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 16.1 del Código Penal, tentativa.

Afirma el recurrente que en la Sentencia dictada se establece que: " Segismundo fue exprofeso contratado por su amigo Jose Pablo para intervenir en las labores de desembarco de la droga...".

Por tanto, se recoge en la Sentencia, que la participación de Segismundo fue la de labores de desembarco y transporte, el Tribunal *a quo*, no le atribuye ninguna participación en los momentos previos a la llegada de la sustancia, como pudiera ser la compra, transporte hasta las costas canarias, sino que es contratado *ex profeso*, para que una vez que la misma llegara a la playa, la bajara de la embarcación y cargara en los vehículos, labor realizada que no tiene nada que ver, ni con la adquisición de la droga, ni con cualquier otra operación previa al transporte, ni tan siquiera, tuvo contacto directo con ella, sino que realiza un acto completamente diferenciado de las labores principales, y fácilmente sustituible por otro operario, por lo que conforme a la jurisprudencia que cita, estaríamos ante una tentativa de delito, interesando la imposición de la pena de tres años de prisión.

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

a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica



comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.

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

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

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

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

3. En el relato fáctico, con respecto a la participación del recurrente en los hechos se hace constar que *"Los acusados Ambrosio, Pablo, Teodoro y Segismundo eran los encargados por el grupo de portear y transportar la droga"*. A lo anterior se añade en los hechos probados que *"Jose Pablo estaba franqueando la entrada y salida del acceso la playa para coordinar y asegurar el desembarco de la droga, Luis Antonio portaba el fusil colt modelo AR-15 cargado y dispuesto para disparar con la finalidad de proteger la descarga, siendo detenidos ambos por agentes de la Policía Nacional, mientras los demás acusados, Carlos María, Carlos Antonio, Carlos Daniel, Ramón, Luis Manuel, Teodoro, Ambrosio, Pablo y Segismundo se ocupaban de la descarga de la cocaína, que ante la presencia policial comenzaron a huir a la carrera del lugar"*.

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

Existiendo, por tanto, una actuación asumida de consumo por varios no es necesario que cada uno de ellos tenga a su disposición la droga. La actividad conjunta y planificada asumida por todos rellena las exigencias de la consumación en un delito de peligro abstracto como éste. Máxime si se está integrado en un grupo que se dedica coordinadamente a esa actividad -con independencia de cuál sea el rol de cada cual- durante un periodo de tiempo nada desdeñable.

El Tribunal Superior de Justicia ratificó el juicio de subsunción realizado por la Audiencia Provincial al considerar que no podía apreciarse, de acuerdo con el relato de hechos probados, el delito contra la salud pública en grado de tentativa, el cual debemos ratificar, ya que de los hechos probados se desprende que existía un concierto previo entre todos los acusados para la realización del plan de desembarco, no solo participó en el mismo, sino que Segismundo era uno de los encargados por el grupo de portear y transportar la droga.

En consecuencia, no concurren los requisitos desarrollados por esta Sala y que, de forma restrictiva, permiten apreciar el delito contra la salud pública en grado de tentativa, pues la Audiencia Provincial consideró probado la existencia de un concierto previo para entre los acusados para el desembarco de la sustancia en territorio nacional, lo que fue ratificado por la sentencia recurrida. No se trata, por tanto, de un porteador contratado *ad hoc*, sino de un coautor del conjunto de la operación al que se extiende la consumación derivada de la posesión mediata del alijo, aunque la disponibilidad material y efectiva del mismo quedara frustrada por la intervención policial.

El motivo se desestima.



TERCERO.- En el tercer motivo se alega infracción de precepto de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 66 del Código Penal, determinación de la pena, ya que por la Audiencia Provincial de Las Palmas, se impuso al recurrente la pena de 8 años de prisión, teniendo en cuenta, por un lado, la ausencia de antecedentes penales, pero teniendo en cuenta la concurrencia de dos circunstancias que justifican la extrema gravedad por la cantidad de cocaína y el uso de embarcación.

Se denuncia en el motivo que los acusados Ambrosio, Pablo, Teodoro y Segismundo se encuentran dentro del mismo eslabón delictivo, desempeñando las mismas labores y actividades, pero que a los primeros se les impone una pena inferior, y el Tribunal entiende, ajustada a derecho, la imposición de 7 años de prisión para estos acusados, toda vez que los mismos han facilitado el juicio con el reconocimiento de los hechos y conformando la pena y, en cambio, al recurrente se le recrudece por no haber conformado, lo que entiende que infringe el art. 66 del Código Penal.

En cuanto al análisis del motivo invocado lo primero que debemos poner de relieve es que el mismo no fue planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el recurso de apelación presentado contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

Como decimos en nuestra sentencia 500/2018, de 24 de octubre, la Jurisprudencia consolidada de esta Sala de forma constante (SS 29-6-2018, nº 320/2018; 12-4-2018, nº 176/2018; 13-5-2010, nº 445/2010; 18-3-2005, nº 344/2005 y nº 707/2002, 26-4-2002) ha afirmado que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes. Lo que implica que no puedan formularse, *ex novo* y *per saltum* alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al Tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral, y a decidir sobre ellos por primera vez y no en vía de recurso de casación. Es decir, como si actuase en instancia, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas.

El citado criterio lo ha ratificado esta Sala en la sentencia 575/2019, de 25 de noviembre, se trata de un motivo entablado *per saltum*. No se reclamó en el previo recurso de apelación por la denegación de la segunda de las solicitudes aludidas. Ello, por sí, constituye causa de inadmisión. No pueden introducirse en casación razones de **impugnación** no hechas valer en apelación. Solo es viable una queja contra la sentencia de instancia si antes se ha defendido en la apelación. Recientemente esta Sala en la sentencia 345/2020, de 25 de junio, tras el Pleno celebrado al respecto el día 23 de junio de 2020, no cabe "*ex novo*" y "*per saltum*" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. En tal caso el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas".

El incumplimiento de este punto de partida, opera como causa de inadmisión que ahora se convierte en causa de desestimación (cfr. arts. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 LECrim).

El motivo se desestima.

Recurso de Tomás, Valentín y Victoriano

CUARTO.- 1. En el primer motivo se alega infracción de precepto constitucional (852 LECrim y 5.4 LOPJ): Vulneración del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española: Tutela Judicial Efectiva, Derecho de Defensa, Vulneración de un proceso con todas las garantías: derecho de acceso a la segunda instancia.

Se afirma que la Sentencia objeto de casación resuelve, una vez admitida a trámite la apelación, lo siguiente: "(...) declarando la inadmisión del recurso de apelación formulado por la representación de D. Tomás, D. Valentín y D. Victoriano (...)". De ello se deriva que en ningún momento la Sala ha entrado a resolver las cuestiones planteadas en el escrito de interposición de apelación.

Añade que los argumentos empleados por la Sala para la resolver la inadmisión de la apelación son que los recurrentes en el momento de la celebración del Juicio Oral, reconocieron los hechos y, con ello, a través de quien ostentaba la defensa en ese momento, se adhirieron a la calificación definitiva realizada por el Ministerio Fiscal. Con ello hace referencia a la aplicabilidad al caso del art. 787 LECrim, y los supuestos de conformidad, cuando no estamos ante el supuesto previsto en el citado artículo, ya que la pena que inicialmente se le pedía era superior al límite establecido por la normativa (seis años. 787.1 *in fine* LECrim), y, por ello, no se dictó de forma oral la sentencia y se decretó su firmeza (787.6 LECrim), y no se informó a los acusados de las consecuencias (787.4 LECrim). Igualmente, se llegó a la celebración del juicio en todas sus fases.

En consecuencia, al no entrar erróneamente la Sala a resolver las cuestiones planteadas se han visto afectados los derechos a la Tutela Judicial Efectiva, el Derecho de Defensa y el Derecho a un proceso con todas las



garantías, al evitar el acceso a una segunda instancia, reconocido, entre otros, por el art. 14.5 por lo que se debe declarar nula la sentencia por los motivos expuestos, debiendo retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno, y entrar la Sala de instancia a resolver las cuestiones planteadas.

2. La doctrina de esta Sala considera, como regla general, que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencias de conformidad, lo que es extensible ahora a los recursos de apelación, por carecer manifiestamente de fundamento. Este criterio se apoya en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición. Las razones de fondo que subyacen en esta consideración pueden concretarse en tres: el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente y con el asesoramiento jurídico necesario; el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla *pacta sunt servanda*; que se quebraría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado; las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad.

Ahora bien, esta regla general de inadmisibilidad del recurso de casación frente a las sentencias dictadas de conformidad está condicionada a una doble exigencia: que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y que se hayan respetado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes. Así, por ejemplo, desde la primera de dichas perspectivas resulta admisible un recurso interpuesto frente a una sentencia de conformidad, cuando se alegue que se ha dictado en un supuesto no admitido por la ley en razón de la pena, cuando se alegue que no se han respetado las exigencias procesales establecidas (por ejemplo la doble garantía o inexcusable anuencia tanto del acusado como de su letrado), cuando se alegue un vicio de consentimiento (error, por ejemplo) que haga ineficaz la conformidad, o, en fin, cuando, excepcionalmente, la pena impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior, vulnerándose el principio de legalidad. (STS 17/11/2000).

3. No compartimos los argumentos del Tribunal de apelación, es evidente que en el presente caso no estamos ante un supuesto de sentencia de conformidad en los términos que la ley y la jurisprudencia prevén para considerar irrecurrible una sentencia.

Lo que se enjuicia en este proceso es un delito de tráfico de drogas previsto y penado en los arts. 368, 369 5º y 370 3º CP y castigado con penas de hasta 10 años de prisión, razones por las cuales, pese al reconocimiento de los hechos por la mayoría de los procesados y la aceptación de las penas solicitadas, el juicio se celebró y se practicó la correspondiente prueba. Además, uno de los procesados, no prestó su conformidad.

3.1. Al respecto, la sentencia recurrida textualmente dice que: "*Los recurrentes Tomás, Valentín y Victoriano formulan su recurso de apelación contra la sentencia de instancia que los ha condenado en conformidad de los mismos con los hechos y con las penas solicitadas por el Ministerio Fiscal. Como consta en la grabación del juicio oral, al inicio del mismo el Ministerio Fiscal puso en conocimiento del Tribunal la voluntad expuesta por todos los acusados, excepto Segismundo, de reconocer los hechos, lo que así efectuaron los recurrentes y otros al ser preguntados a tal efecto. Seguido el juicio con el acusado que no se conformaba, Segismundo, y practicada toda la prueba, en trámite de conclusiones el Ministerio Fiscal modificó las provisionales y elevó a definitivas las que constan unidas al Acta de la última sesión del juicio, y preguntados los Letrados de los conformados, incluido el de los recurrentes, todos ellos manifestaron que a la vista del reconocimiento de los hechos por sus defendidos, se adherían a lo interesado por el Ministerio Fiscal y pedían que se dictara sentencia con arreglo a dicha solicitud de la acusación pública. Por tanto, la adhesión fue tanto en cuanto al grado de participación que se les atribuía como al de ejecución del delito y a las penas interesadas, y la sentencia de instancia ha sido dictada para los recurrentes de acuerdo con los expresos términos de dicha conformidad*".

A continuación, tras citar la STS 422/2017, de 13 de junio de 2017, afirma que, "*En este supuesto, se han respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y también se han respetado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes, lo que en modo alguno se cuestiona en el recurso. Por ello, al amparo de la jurisprudencia expuesta, este recurso de apelación debe ser inadmitido por carecer manifiestamente de fundamento*".

3.2. Como hemos indicado, no estamos ante un supuesto de sentencia de conformidad en los términos que la ley y la jurisprudencia prevén para considerar irrecurrible la misma, no obstante, hay que tener en cuenta que el tribunal de instancia pese a los anteriores razonamientos concluye afirmando que: "Ello no obstante, el



pronunciamiento de este Tribunal en la resolución del motivo tercero del recurso interpuesto por Segismundo , idéntico al de los recurrentes, es trasladable a éstos."

Es precisamente esta última precisión del tribunal la que hace que, pese a no compartir esta Sala los argumentos por los que el Tribunal Superior se pronuncia sobre la no admisión del recurso de apelación, entendamos que tal decisión carece de trascendencia práctica y no provoca la lesión del derecho a la doble instancia que se invoca, pues lo cierto es que como apunta la sentencia, son trasladables los argumentos esgrimidos para rechazar el recurso de Segismundo , a lo argumentado por los aquí recurrentes, en concreto las conclusiones que sobre la tentativa hace en el recurso de Segismundo , ya que el planteado por los acusados Tomás , Valentín y Victoriano , consta en el FD 1º de la sentencia que se funda en dos motivos, indebida aplicación de los art. 16 y 62 del C.P. en relación con los art. 368, 369.5º y 370.3º, así como del art. 61 del CP, en íntima conexión por error en la determinación de la pena al no aplicar la tentativa del delito.

En consecuencia, sí se resuelve la pretensión planteada por los aquí recurrentes en sentido desestimatorio, aunque ello tenga lugar por remisión al recurso del Sr. Segismundo , la declarada inadmisión del recurso de apelación carece de trascendencia a los efectos planteados por los recurrentes, puesto el que el rechazo a entrar en el fondo de la cuestión fue implícitamente corregido con la respuesta dada a las demandas de revisión de los recurrentes, cuando el tribunal afirma que "Ello no obstante, el pronunciamiento de este Tribunal en la resolución del motivo tercero del recurso interpuesto por Segismundo , idéntico al de los recurrentes, es trasladable a éstos."

No se producido una efectiva indefensión, por lo que no puede ser decretada la nulidad solicitada, no puede existir nulidad de actuaciones, conforme al artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin indefensión, si nos movemos en el terreno de la tutela judicial efectiva afectante al derecho de defensa causante de indefensión, es preciso indicar en qué medida ésta lo fue en sentido material, y no meramente formal (STS 598/2021, de 7 de julio). Y en este caso no consta producido menoscabo alguno del citado derecho.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 1. En el segundo motivo se invoca infracción de ley al amparo del 849 Lecrim por indebida aplicación de los arts. 16 y 62 en relación con los arts. 368, 369.5º y 370.3º del Código Penal, y en consecuencia del art. 61 del CP, en la determinación de la pena.

En apoyo de su postura los recurrentes citan la doctrina de la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 19 de mayo de 2021, alegando que contiene un análisis exhaustivo de la jurisprudencia aplicable a un supuesto de tentativa en el tráfico de drogas, lo que permite, en el caso que nos ocupa, la aplicación de los arts. 16 y 62 del CP y en consecuencia imponer a los recurrentes la pena inferior en un grado a la prevista para los cómplices, título de participación por el que han sido condenados.

1.1. Los hechos probados declaran, en relación a los recurrentes, que en la operación de tráfico de más de dos toneladas de cocaína descrita, Valentín , Tomás y Victoriano " *ejercieron funciones de contacto de los proveedores de la sustancia estupefaciente con los hermanos Jose Pablo y Carlos María . Llegando a Gran Canaria el 10 de noviembre de 2018, y se reunieron con ellos el 12 de noviembre de 2018 .*"

Los recurrentes fueron condenados como cómplices del delito consumado dada la aceptación de los hechos en los términos recogidos en el escrito de conclusiones del Fiscal, lo que determinó que la sentencia de instancia, en el fundamento noveno, en relación al grado de desarrollo del delito se limitara, con apoyo en la copiosa jurisprudencia que cita, a señalar 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.

1.2. Como hemos dicho en el reciente Auto 346/2020, de 28 de mayo, recordando las SSTS 990/2016, de 12 de enero de 2017, y 975/2016, de 23 de diciembre, se subrayan la dificultad de apreciar la complicidad como forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, dada la amplitud con la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del "favorecimiento del favorecedor", con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 (SSTS núm. 93/2005, de 31 de enero; 115/010, de 18 de febrero; 473/2010, de 27 de abril; 1115/2011, de 17 de noviembre; y 207/2012, de 12 de marzo).

No obstante, lo anterior, la complicidad aplicada por la Sala sentenciadora, no fue discutida, por lo que debe ser mantenida.



1.3. Con respecto a la aplicación del delito intentado que se solicita, hay que tener en cuenta que comienza la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores, es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común. Circunstancia esta que como se desprende del relato de hechos probados, resulta con toda evidencia, pues en nuestro caso, la frustrada operación se produjo cuando la droga, que se había transportado desde el buque nodriza a las zodiacs, fue interceptada en el desembarco, al arribar estas a la playa para después hacer transporte por tierra.

En tales términos nos hemos pronunciado, entre otras, en la sentencia 457/2019, de 8 de octubre, la Sala ha declarado también que cuando, aun sin alcanzarse una detentación 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).

Por tanto, tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. La Sala ha reiterado en multitud de ocasiones que debe descartarse la apreciación de la tentativa en supuestos como el que nos ocupa, en el que los acusados son los que contactan precisamente con los proveedores de la droga, por lo que no nos encontramos ante uno de los casos jurisprudencialmente admitidos como susceptibles de integrar la tentativa en los delitos contra la salud pública.

El motivo se desestima.

SEXTO.- Procede imponer a los recurrentes las costas devengadas en esta instancia (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1º NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Segismundo , y de Tomás , Valentín y Victoriano , contra Sentencia nº 137/2021, de fecha 3 de diciembre de 2021, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Penal, en el Procedimiento Recurso de Apelación nº 129/2021.

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

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

Así se acuerda y firma.