

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4497 *Sala Segunda. Sentencia 22/2021, de 15 de febrero de 2021. Recurso de amparo 3917-2019. Promovido por don Atik Makdad respecto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que le condenó por un delito contra la salud pública. Supuesta vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: condena en casación que no infringió los principios de inmediación ni acusatorio. Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2021:22

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, presidenta, y los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3917-2019, promovido por don Atik Makdad, contra la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2018, dictada en recurso de casación, y contra el auto de 25 de abril de 2019 de la misma Sala, desestimando incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la anterior resolución. Han formulado alegaciones don Said Makdad y don Abdellah El Kamouni. Ha intervenido el teniente fiscal ante este tribunal. Ha sido ponente el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este tribunal el 24 de junio de 2019, la procuradora de los tribunales doña Inmaculada Guzmán Altuna, actuando en nombre y representación de don Atik Makdad, bajo la defensa de la letrada doña Mireia Balaguer Bataller, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones arriba mencionadas.

2. Los hechos con relevancia para la resolución del presente recurso de amparo y a los que se refiere la demanda presentada, son los siguientes:

A) La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, dictó sentencia el 29 de junio de 2017 en el sumario 01-2016, en el que resultaron acusados el aquí recurrente y otras dieciocho personas.

a) La parte dispositiva de la sentencia, en lo que importa al recurrente, fue la siguiente:

«Que debemos condenar y condenamos al procesado Atik Makdad como coautor de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, del artículo 368.1, último inciso, y en su tipo agravado de cantidad de notoria importancia del art. 369.1.5 del Código penal, concurriendo la circunstancia de análoga significación de haber obrado a consecuencia de su adicción a las drogas del

art. 21.7 en relación con el 21.2 del mismo texto punitivo, a las penas de tres años y seis meses de prisión y multa de cinco millones cuatrocientos cincuenta y tres mil seiscientos ochenta y siete euros (5453687) con la responsabilidad personal subsidiaria de un año en caso de impago, así como al pago de una decimonovena parte de las costas procesales comunes y al 100 por 100 de las propias, sin responsabilidades civiles que exigir.»

b) Conforme se indica en el antecedente de hecho primero de dicha sentencia, el Ministerio Fiscal calificó de manera definitiva los hechos que se atribuían al recurrente y a los coacusados don Adil Makdad y don Said Makdad, como constitutivos de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, previsto en el art. 368.1 del Código penal (CP), en su tipo agravado del art. 369.1.5 y 369 *bis*, párrafos primero y segundo, esto es, «cantidad de notoria importancia y pertenencia a organización y jefatura de organización». Respecto de los demás acusados los hechos se calificaron del mismo modo, pero sin incluir el tipo agravado de jefatura de organización (sí de pertenencia), mientras que el coacusado don Abderrazak Anhibiz no fue acusado del tipo agravado de pertenencia a organización criminal.

c) En el apartado «Hechos probados» procede destacar los siguientes:

«Primero.—Probado y así expresamente se declara que al menos en el período comprendido entre los meses de abril de 2014 y marzo de 2015, y a consecuencia de múltiples seguimientos y vigilancias policiales, por parte de miembros de los Mossos d'Esquadra, del Cuerpo Nacional de Policía y de agentes de Vigilancia Aduanera desde inicios del 2014, inicialmente por separado y finalmente coordinados y en conjunto, se siguieron las presentes actuaciones por un presunto delito contra la salud pública y, asimismo, se dedujeron testimonios para dar origen a las diligencias previas 89-2016 por delito de blanqueo de capitales y las diligencias previas 92-2016 por delito de contrabando de tabaco, ambas seguidas ante el Juzgado núm. 3 de Tarrasa.

De lo actuado resultaron investigados, y posterior y actualmente procesados y acusados, entre otros declarados en rebeldía, Atik Makdad, alias Rais, Adil Makdad, alias Negro, Said Makdad, alias el Menor, Abdellah Lakhali, alias Harrak, El Habib Makdad, Mohamed Makdad, Marouan Makdad, Tarik Rhilan Zbakh, Yassine Ezzouiti, Adil Telji, alias Hanana, El Kamouni El Bouazzaoui, Youssef Hanbette, Abderrazak Anhibiz, Rachid Fadli, El Mahfoud Makdad, Abdellah El Kamouni, alias Khammas, José Carvajal López, Juan Francisco Ortega Hidalgo y José Francisco Paéz Castillo, todos ellos mayores de edad, los dieciséis primeros naturales de Marruecos, con residencia legal en España a excepción de Abdellah Lakhali, Mohamed Makdad, Adil Telji y El Kamouni El Bouazzaoui, nacionalizado en España Tarik Rhilan Zbakh, y españoles los tres últimos citados, quienes iban interviniendo en diversos momentos, grupos y ocasiones, sin que conste acreditado no obstante que fueran a compartir el provecho económico que obtuvieran entre todos y según un convenio de reglas de reparto en función del respectivo protagonismo criminal, pero que conformaron un entramado codelictual para introducir en nuestro país importantes cantidades de sustancia estupefaciente, hachís, procedentes de Marruecos, país donde contaban con la colaboración de terceras personas cuya identidad completa no ha podido determinarse, con las que algunos de los procesados, como Adil Telji, se comunicaban de manera más o menos continuada a través de terminales de telefonía móvil, organizándose de diferentes formas el traslado de la sustancia estupefaciente antes mencionada, y que recogían en el sur de la Península para transportarla hasta la provincia de Barcelona.

Pero no ha resultado suficientemente acreditado que todo el colectivo dispusiera de una estructura organizativa jerárquica con un núcleo responsable, situado en su eje central, y con reparto claro de funciones, pero sí el que actuaban como "baterías o grupos independientes" formados en cada caso por entre tres o cinco personas que transportaban la sustancia estupefaciente desde el punto de recogida hasta el de entrega, disponiendo de vehículos y de lugares inicialmente seguros para almacenar la sustancia hasta su distribución.

Segundo.—Sí se ha acreditado y expresamente se declara que los grupos se conformaban con integrantes del colectivo de la familia Makdad, amigos de los mismos y a veces incluso con personas externas al mismo pero en directa colaboración con ellos, que, utilizando dos o tres vehículos, salían desde la localidad de Tarrasa u otras próximas hacia el sur de España, como después se concretará. Uno de los vehículos era empleado para el traslado de la mercancía, tras ser adaptado para la carga, incluso retirándole los asientos posteriores, y el resto de los vehículos acompañaban al anterior haciendo funciones de control y vigilancia de las vías de transporte por las que circulaban.

Una vez recogida la mercancía, el grupo operativo de cada caso la transportaba hacia la localidad de Tarrasa o de San Joan Despí en desplazamientos a gran velocidad para dificultar su seguimiento, encabezado el grupo por un vehículo "lanzadera" encargado de la vigilancia y control, cuyos ocupantes iban en comunicación telefónica con el ocupante del vehículo que portaba la carga, permitiendo de este modo abandonar la vía rápida ante cualquier eventualidad que le fuera comunicada, y cerrando el grupo un tercer o cuarto vehículo cuyo ocupante también en contacto telefónico con los anteriores, se encargaba de la detección de dispositivos de vigilancia.

El traslado de la mercancía se realizaba hasta puntos o "almacenes" situados en la localidad de Tarrasa y alrededores, para su posterior distribución en dicha ciudad o en la provincia de Barcelona o bien para su posterior traslado por carretera a Francia o Italia, traslados que se realizaban por algunos de los acusados.

Así para el desenvolvimiento de tal ilícita actividad, el colectivo disponía de diversos vehículos, algunos de ellos previamente sustraídos, o con matrículas alteradas, otros alquilados para operaciones concretas y otros propiedad de los procesados o de familiares de estos. Tales vehículos eran utilizados para los desplazamientos a las reuniones periódicas concertadas en la ciudad de Terrassa, para los viajes al sur peninsular con la finalidad antes dicha o como punto de almacenamiento temporal de la sustancia estupefaciente en la ciudad de Terrassa, normalmente un parking a disposición de alguno de los procesados, hasta su posterior distribución y venta. Algunos de estos vehículos tenían ocultos dobles fondos para facilitar el desarrollo de la ilícita actividad, disponiendo los procesados a su conveniencia de las llaves de unos y otros para su utilización indistinta por los acusados.

[...]

Quinto.—Sin embargo sí resulta acreditado y así expresamente se declara que para el desarrollo de sus actividades delictivas, diversos procesados estaban en contacto telefónico entre ellos y con las personas que desde Marruecos les remitían las mercancías, manteniendo comunicaciones a través de terminales telefónicas que sustituían de modo frecuente, adquiriendo algunos de ellos solo para un desplazamiento concreto, o para las comunicaciones exclusivas entre algunos de los miembros del entramado, empleando un lenguaje encaminado a impedir el descubrimiento de su ilícita actividad, refiriéndose a las muestras de sustancia estupefaciente con términos como "llave", "libro" o "foto" entre otras, o al dinero con el término "papeles", a los alijos con la expresión "la chica", "la familia del país", y a las distintas variedades de sustancia estupefaciente con la que operaban con nombres como "dubai", "ktma", "top3", "la rubia", "avión", "coche" o "aceitunas".

Y así cabe distinguir dos grupos operativos distintos, o lo que los testigos policiales denominaron "baterías", siendo ambos independientes entre sí, pero interrelacionados:

Por un lado, los procesados de la familia Makdad, Atik Makdad, al que el resto de los procesados de su familia se refería como Rais (jefe), Adil Makdad, alias Negro, Abdellah El Kamouni, Said Makdad, alias el Menor, Abdellah Lakhali, alias Harrak, El Habib Makdad, Mohamed Makdad, Marouan Makdad, Tarik Rhilan Zbakh, Yassine Ezzouiti y Abdellah El Kamouni que operaban en la localidad de Terrassa, con los que estaba vinculado el también procesado José Carvajal López.

Si bien con una falta clara de dependencia jerárquica y distribución clara de funciones, el primero citado, Atik Makdad, ocupaba una posición de coordinación

preeminente entre los demás familiares, al ser el pariente mayor de todos ellos, y amigos que iban a formar los diversos grupos de Terrassa, encargándose ocasionalmente de la gestión de la compra de la droga en origen, de su venta en el punto de destino y, en ocasiones, de la supervisión de los grupos que se encargaban del transporte de la ilícita mercancía, decidiendo a veces y sobre la marcha los vehículos y personas que debían efectuar cada desplazamiento para el aprovisionamiento de la droga, pero sin controlar permanentemente las actividades del resto de los componentes del colectivo, aunque sí les daba frecuentes instrucciones telefónicas, disponía sobre las muestras de sustancia y sobre el destino de la sustancia almacenada, ordenando pagos, interviniendo personalmente en ocasiones puntuales para solucionar problemas e incluso llegando a costear los gastos de asistencia letrada derivados de tales actuaciones.

En estrecha colaboración con el anterior, su hermano, el también procesado Adil Makdad, alias Negro, ejercía las mismas funciones en los períodos temporales en los que Atik Makdad se ausentó a Marruecos, siendo de febrero a septiembre de 2014, enero y febrero de 2015 durante el período investigado, y se encargaba de coordinar la gestión operativa y de activar los vehículos y personas que se desplazarían hacia el sur de España para hacerse con la sustancia estupefaciente, de aprovisionarse de la misma y de distribuirla a terceros en la localidad de Terrassa, la gestión comercial de la ilícita actividad posterior, confirmando la calidad de la sustancia adquirida, disponiendo de las muestras cuya gestión encomendaba a colaboradores de confianza como Abdellah El Kamouni, contactando con intermediarios y compradores finales de la mercancía, conviniendo los precios, controlando el dinero y los pagos que habían de efectuarse, manteniendo contacto permanente con los procesados encargados del almacenamiento de las sustancias ilícitas y tratando de abrir nuevas vías de distribución de la sustancia fuera de nuestro país. De igual manera, en ausencia de su hermano Atik, se encargaba de remitir dinero a personas vinculadas al colectivo internas en centros penitenciarios, y trasladaba las instrucciones de Atik relacionadas con la actividad delictiva, actuando como intermediario en las comunicaciones de su hermano con el resto de miembros del colectivo criminal y con terceros que colaboraban con ellos y compartiendo con él el desarrollo de la actividad delictiva».

[...]

Séptimo.—Por otro lado, el colectivo radicado en la localidad de Sant Joan Despí, liderado por Abdelaziz Fakak, alias Chelaiha, declarado rebelde por auto de fecha 1 de marzo de 2016, al que pertenecían los procesados Adil Telji, El Kamouni El Bouazzaoui, Youssef El Hanbette, junto con su hermano Hamid El Hanbette, actualmente rebelde, y Rachid Fadli, formaban parte del grupo encargado de recoger la sustancia estupefaciente hachís en el sur de la Península. Sus componentes mantenían un contacto continuado en el tiempo con el primer grupo citado en el hecho probado precedente, y al que destinaban parte del hachís que recogían en el sur de la Península. A tales efectos Adil Telji, interactuaba con el entramado criminal de los Makdad, mantenía contactos con Atik, Said y Adil Makdad, participaba en la planificación de los viajes, el suministro de la mercancía y en los acuerdos para su futura distribución. También conducía personalmente los vehículos lanzadera o los que portaban la carga estupefaciente una vez recogida en su lugar de origen, trasladándolos hasta la provincia de Barcelona, donde parte de la sustancia era almacenada a disposición de la primera referida agrupación delictiva».

d) En el fundamento de Derecho undécimo (indicado por la sentencia como XI), se razona el por qué no cabe calificar los hechos atribuidos a los acusados como constitutivos del tipo agravado de pertenencia a organización criminal del art. 369 *bis*, párrafo primero, ni condenar por la jefatura de la misma a alguno de los acusados, conforme al párrafo segundo del mismo precepto. Señala, ante todo, que:

«Del conjunto de las pruebas practicadas, y se percibe del relato fáctico declarado como probado, el colectivo integrado por casi todos los procesados era algo más que un simple grupo familiar, de conocidos y amigos, constituyendo una unión personal que

tenía por objeto la comisión concertada de delitos contra la salud pública, es decir integraba lo que puede tener cabida, al menos, en el concepto de grupo criminal, y además en el sentido definitivo por el art 570 *ter*».

Tras la cita de algunas sentencias del Tribunal Supremo en relación con la distinción entre las figuras de la organización criminal (del art. 570 *bis* CP) y el grupo criminal (art. 570 *ter* CP), dice la sentencia:

«Y así, para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, como pretende el Ministerio Fiscal en el presente supuesto, puesto que ello podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez; incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codelinuencia o, incluso, de grupos criminales. Y ello, como se ha indicado en los hechos declarados probados, no ha resultado en absoluto acreditado.

Que ello acontezca de cierta manera en el presente caso, aunque no con toda claridad, en una aproximada distribución de funciones entre los miembros de la familia Makdad (grupo de Terrasa) como en la "batería de Chelaia" (grupo de San Joan Despí), que como afirmaron los principales testigos policiales de cargo [...], funcionaban de forma "independiente", no ha estado suficientemente acreditado que el vértice de la organización de ambos grupos se hubiera unificado y confluiera en el acusado Atik Makdad, o en su ausencia se asumiera bien por Adil Makdad bien por Siad Makdad, ni que el grupo de "Chelaia" estuviera dirigido por el procesado Adil Telji o bien por el también procesado El Kamouni El Bouazzaoui, cuando el primero, rebelde, no estaba presente, o que estos acataran las órdenes o instrucciones de alguno de los anteriores dirigentes del grupo de Terrasa, aunque sí el que hubo ciertos contactos entre ellos, pero de ahí a que no fuera una mera petición de suministro, de transporte de hachís, desde el sur de la Península la formulada por Adil Makdad a Adil Telji [...], cuando se dirigía parte de la droga dirección Italia, hay una verdadera y gran diferencia.

La distinción entre organización y grupo, por lo tanto, se encuentra perfectamente clarificada y no puede, ni debe pretenderse el que se efectúe una interpretación amplia o extensa del primer concepto en orden a preservar la observancia del principio de tipicidad en la legalidad».

Sobre la inexistencia de organización criminal vuelve el fundamento decimotercero (XIII) afirmando:

«Debemos partir de la base de que a tenor de las pruebas practicadas, fundamentalmente del conjunto de las intervenciones telefónica practicadas y declaraciones testimoniales de los tres principales responsables de las mismas [...], al declarar como testigos en el acto de la vista, que no ya de meras sospechas policiales o indicios criminales propios de la fase de instrucción, no obstante en modo alguno resultó acreditado suficientemente que los procesados hubieran estado de acuerdo desde un primer momento en la verificación consecutiva de un conjunto de operaciones de encargo y transporte de droga desde Marruecos a España, su transporte y almacenaje en España, y su transporte hacia el extranjero, principalmente Francia e Italia, aunque se efectuaron, ni que hubieran colaborado desde un primer momento de forma conjunta y estructuradamente bajo el seno de una estructura más o menos organizada dirigida por Atik Makdad (alias Rais), sustituido por Adil Makdad (alias Negro) y Said Makdad (alias el Menor) durante las estancias fuera de España del primero durante los años 2014 y 2015 al que vienen referidas los hechos tal y como vienen imputados, y destinada a la comisión de ilícitos penales de tráfico de drogas; ni tampoco el que desde un primer momento existiera una relación jerárquica entre ellos ajena a la familiar, ni incluso de dependencia funcional de unos respecto de otros, ni dirigida a compartir el

correspondiente provecho económico en función de su individual labor acometida o desarrollada, aunque sí se reconoce, se reitera, el mantenimiento de continuas conversaciones telefónicas entre los procesados e incluso el traspaso de muestras entre los mismos, lo que va a determinar la necesidad de entrar a enjuiciar y valorar los hechos respecto de cada procesado, salvo en los supuestos en los que se acreditó que intervinieron más de uno de ellos, o interviniera uno en más de una ocasión.

Y ello por cuanto, como ha resultado recogido en los apartados de los hechos declarados probados, de la prueba practicada en el acto de la vista en juicio oral en base a los principios de inmediación y contradicción y en juicio racional y lógico conforme prescribe el artículo 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal, solamente ha resultado acreditado que los procesados se conocían entre sí, eran muchos parientes de la misma familia (Makdad), y ello reconocido incluso por los propios agentes que depusieron como testigos (Mossos d'Esquadra y agentes del CNP) afirmando además que actuaban en dos baterías independientes una de la otra (grupo de Terrassa y grupo de Sant Joan Despí), pero el que ambos grupos estuvieran dirigidos por Atik Makdad, no deja de ser una apreciación y valoración subjetiva de la acusación».

e) Respecto de la prueba de cargo contra el aquí recurrente, el fundamento de Derecho decimocuarto (XIV) precisa que:

«[...] la participación del procesado Atik Makdad viene acreditada por las manifestaciones de los numerosos policías que han depuesto en el acto de la vista, de las conversaciones telefónicas de los teléfonos intervenidos al mismo o a terceros en los que se refieren al mismo, las vigilancias y seguimientos de su persona, documentados y obrantes en autos y el resultado de la entrada y registro de su domicilio».

Detallándose en los fundamentos decimocuarto a decimosexto el resultado de lo declarado por varios funcionarios policiales (Mossos d'Esquadra) en diversas operaciones de transporte de la droga, producto de los seguimientos realizados a vehículos utilizados por el entramado por varias partes del territorio nacional, y por conversaciones telefónicas intervenidas a varios de los acusados, indica luego que:

«Y si bien ello precisamente permite acreditar un cierto nivel de dirección y control del acusado Atik Makdad en el grupo o colectividad criminal de Terrassa, lo que viene asimismo acreditado por las conversaciones intervenidas a Mohamed Makdad y mantenidas con Atik Makdad, en el que este le daba instrucciones al primero para que llamara al también procesado Tarik Rhilan para que fuera a buscar la mercancía citada y le dijera a Yassine Ezzouliti que abandonara la autopista, para luego decirles que cambiaran de coche y se unieran al mismo para localizar la mercancía abandonada, relevando no por ello, se insiste, se determina la existencia de una organización criminal dirigida por el mismo, con dependencia funcional de todos los demás partícipes, ni una dirección efectiva sobre el grupo de Sant Joan Despí».

Así como en el fundamento de Derecho decimoséptimo (XVII):

«Y todo ello fue corroborado por las manifestaciones de los mossos d'Esquadra, entre ellos el 3039, que recordaba una conversación en la que el procesado Carvajal López le preguntaba a Adil Telji si había llegado "el jefe" y si quería verlo que trajera dinero (folios 3711, 3712 y 3713); o el 7956, al preguntársele sobre los terminales móviles que había tenido que analizar, y que sostuvo que existían conversaciones de miembros de "la batería de Chelaia" que decían que trabajaban con otros, sin poder precisar cuáles, y son documentadas en las conversaciones de los teléfonos del procesado Adil Telji (folios 2699 a 2792) y este afirmando que llevaba trabajando seis años con Atik (folios 3070 a 3072); u otra conversación en la que Telji dice que ha trabajado con muchos pero nadie mejor que Atik, porque no está llamando continuamente para saber cómo van las cosas (folio 2703)».

Mientras que en el fundamento de Derecho decimooctavo (XVIII) se da cuenta del resultado de la diligencia de entrada y registro practicado en el domicilio del recurrente y la diversidad de objetos y aparatos relacionados con la actividad delictiva atribuida al grupo, entre ellos veinte teléfonos móviles y una libreta con anotaciones en las que se emplea una jerga particular para referirse a los fardos de hachís, y las ciudades donde se realizaron transacciones. Entre los móviles incautados se encuentra el llamado «indicio A5», que evidencia que el recurrente «también tenía no solo conocimiento» de una de las operaciones sino que «desarrollaba el control de la misma». También «el indicio A27, otro móvil [...] a través del cual se revela que el acusado Atik Makdad siguió manteniendo la jefatura y control, en cierta medida, del colectivo criminal de Terrasa, dando órdenes, instrucciones y directrices».

f) Calificados los hechos como un delito contra la salud pública del art. 368 CP, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, en relación con el tipo agravado del art. 369.1.5 CP, de cantidad de notoria importancia (fundamento trigésimo noveno –XXXIX–), la sentencia considera responsables a los procesados, incluyendo al aquí recurrente, como coautores, «conforme a lo dispuesto en los artículos 27 y 28, párrafo primero, del Código penal (fundamento cuadragésimo –XL–), excepto tres de los acusados a los que se absuelve por falta de prueba de cargo. Se le aplica además al recurrente la atenuante de análoga significación del art. 21.7 CP (haber causado el delito por su grave adicción a las drogas), siendo merecedor de la pena que luego se traslada al fallo y se ha transcrito antes, por «su activa dirección y participación en el grupo criminal y en casi todos los casos y la concurrencia de la citada circunstancia atenuante» (fundamento cuadragésimo primero –XLI–).

B) Contra la indicada sentencia de instancia promovieron recursos de casación varias de las defensas, así como el Ministerio Fiscal. En lo que hace al formalizado por este último, su recurso se articuló en dos motivos:

El primero, «por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por inaplicación indebida del artículo 369 *bis* párrafos primero y segundo del Código penal vigente, delito contra la salud pública cometido por pertenencia a una organización delictiva y con jefatura de la misma; o alternativamente inaplicación indebida del artículo 570 *ter.1 b*) del Código penal por pertenencia a grupo criminal». Se alega que dicho motivo «permite la revisión de la sentencia para agravar la condena del penado, sin necesidad de celebrar nueva audiencia del acusado, pues se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas aplicadas por el tribunal de instancia», con cita de varias resoluciones del Tribunal Supremo.

El escrito pasa a reproducir diversos pasajes de la sentencia recurrida, en los que utiliza el subrayado en las referencias personales a varios acusados, entre ellos el aquí recurrente: «Atik Makdad, ocupaba una posición de coordinación preeminente entre los demás familiares»; «en ocasiones, [se encargaba] de la supervisión de los grupos que se encargaban del transporte de la ilícita mercancía»; «sí les daba frecuentes instrucciones telefónicas, disponía sobre las muestras de sustancia y sobre el destino de la sustancia almacenada. ordenando pagos»; «Adil Makdad, alias Negro, ejercía las mismas funciones en los períodos temporales en los que Atik Makdad se ausentó a Marruecos, siendo de febrero a septiembre de 2014 enero y febrero de 2015 durante el período investigado, y se encargaba de coordinar, la gestión operativa y de activar los vehículos que se desplazarían hacia el sur de España para hacerse con la sustancia estupefaciente, de aprovisionarse de la misma y de distribuirla a terceros en la localidad de Terrasa, la gestión comercial de la ilícita actividad posterior»; «[Adil] trasladaba las instrucciones de Atik relacionadas con la actividad, delictiva, actuando como intermediario, en las comunicaciones de su hermano con el resto de miembros del colectivo criminal y con terceros que colaboraban con ellos y compartiendo con él el desarrollo de la actividad delictiva»; «[d]e común acuerdo con los anteriores, el

procesado Said Makdad alias el Menor, sobrino de Atik, Adil y Mohamed Makdad, ostentaba una posición de control de vehículos y personas encargados de los transportes de la ilícita mercancía»; «siguiendo las indicaciones de Atik y Adil Makdad se encargaba [Said] de la distribución de la sustancia estupefaciente hachís fuera de España y de la devolución de la mercancía defectuosa»; «el procesado Mohamed Makdad hermano de Atik y Adil Makdad y tío de Said Makdad, en colaboración con ellos y siguiendo sus indicaciones», «[Abdellah El Kamouni] tenía a su cargo el aprovisionamiento de teléfonos [...], la intervención en los contactos posteriores para la venta, en los que actuaba por indicaciones de Adil Makdad», «[a] tales efectos, José Carvajal, mantenía contactos telefónicos y encuentros personales y frecuentes con Atik, Adil y Said Makdad dirigentes del colectivo antes descrito».

Afirma el fiscal en relación con el grupo o colectivo de Terrassa, que lo que la sentencia describe es «un colectivo estable con un centro de decisiones o eje central asumido por dos de los procesados Atik Makdad y Adil Makdad sustituyendo este al primero en sus funciones cuando aquel no se encuentra en España, que gestionan, supervisan, deciden, disponen, ordenan y dan instrucciones telefónicas al resto de los componentes de la agrupación; una estructura en la que cada uno de los integrantes tiene asumida una función con distinto grado de responsabilidad [...]». Y que las mismas características cabe reconocer en el colectivo de Sant Joan Despí, en el que la sentencia recoge la misma estructura antes expuesta».

Subsidiariamente, el fiscal propuso en el mismo motivo de su recurso la calificación de ambos colectivos como grupos criminales del artículo 570 *ter* CP; tal y como, advierte, indica la sentencia en uno de sus pasajes. De nuevo citando esta, señala que el recurrente «siguió manteniendo la jefatura y control, en cierta medida, del colectivo criminal de Terrassa, dando órdenes, instrucciones y directrices», y que en el apartado XLI de la sentencia se justifica la pena del recurrente por «su activa dirección y participación en el grupo criminal y en casi todos los casos. No obstante lo anterior el tribunal no condena por grupo criminal [...]».

En el escrito se argumenta la procedencia de las calificaciones propuestas con jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y se añade que con ello no se produce infracción del principio acusatorio: «La acusación incluía la pertenencia a una organización, aunque por aplicación del artículo 570 *quater*.2, párrafo segundo, se aplicara el artículo 369 *bis*. Los hechos no han sido alterados, y el delito de pertenencia a grupo criminal es homogéneo con el delito por el que se acusaba; contiene las mismas exigencias típicas, aunque en menor número, que las propias de aquel; y es menos grave».

El segundo motivo del recurso de casación del fiscal, sin incidencia para este recurso de amparo, se dedujo «también por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim por aplicación indebida del artículo 21.7 del Código penal, al apreciar la atenuante de análoga significación, en relación a la de actuar a causa de su grave adicción a las drogas del apartado 2 del mismo artículo 21, al procesado Atik Makdad».

Termina la fundamentación del escrito diciendo que «procedía la condena a los procesados por el delito objeto de acusación, delito contra la salud pública referido a sustancias que no causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia y pertenencia a organización, previsto y penado en los artículos 368.1, 369.1.5 y 369 *bis*, párrafos primero y segundo, del Código penal, o subsidiariamente por delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia de los artículos 368.1 y 369.1.5 y pertenencia a grupo criminal del artículo 570 *ter*.1 b) del Código penal. Y en cualquiera de los casos con imputabilidad plena del procesado Atik Makdad».

En consecuencia se suplica a la Sala que dice sentencia declarando haber lugar al recurso, «de conformidad con la pretensión ejercitada, sin que se estime necesaria la celebración de vista».

C) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por sentencia de 8 de noviembre de 2018 (recursos de casación acumulados bajo el núm. 10612-2017) acordó, en lo que aquí importa:

«1. Estimar parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal por estimación de los motivos primero y segundo de su recurso y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por dicho tribunal de instancia».

Y mediante segunda sentencia dictada en la misma fecha, declaró en el fundamento de Derecho primero que:

«En virtud de las razones que han quedado expuestas en la anterior sentencia, los hechos atribuidos a Atik Makdad, Adbdellah El Kamouni, Said Makdad, Adil Makdad, Abdellah Lakhhal, El Habib Makdad, Mohamed Makdad, Marouan Makdad, Tharik Rhilan Zbakh, Yassine Ezzouiti, y José Carvajal López son constitutivos de un delito contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño a la salud del art. 369 *bis* CP.

Respecto de Atik Makdad es aplicable además la condición de jefe o encargado prevista en el citado precepto (art. 369 *bis* 2)».

De la primera de las dos sentencias dictadas, procede destacar lo que sigue:

(i) El primer motivo del fiscal se examina en el fundamento de Derecho trigésimo cuarto, al considerarlo posible la Sala dentro de sus funciones de casación, sin alterar el debate de instancia:

«El cauce previsto en el art. 849.1 LECrim que sirve de canal al fiscal para entablar este primer doble motivo ha de tener como estricto punto de referencia el relato de hechos probados. Precisamente por ser ajena a tal cauce casacional cualquier actividad de valoración probatoria, es factible la revisión de la sentencia en sentido agravatorio sin necesidad de audiencia del acusado, ni de presenciar las pruebas. Hay que decidir en exclusiva sobre una cuestión jurídica (por todas –el fiscal cita un buen ramillete de precedentes–, STS 641/2017, de 28 de septiembre).

[...]

Es verdad que en los hechos probados la audiencia ha incluido algunas afirmaciones –más valorativas que descriptivas o narrativas– que tratan de condicionar la respuesta a ese interrogante jurídico: "[...] quienes iban interviniendo en diversos momentos, grupos y ocasiones, sin que conste acreditado no obstante que fueran a compartir el provecho económico que obtuvieran entre todos y según un convenio de reglas de reparto en función del respectivo protagonismo criminal, pero que conformaron un entramado codelictual para introducir en nuestro país importantes cantidades de sustancia estupefaciente, hachís, procedentes de Marruecos, país donde contaban con la colaboración de terceras personas cuya identidad completa no ha podido determinarse [...]" [...].

Y más adelante: "[...] no ha resultado suficientemente acreditado que todo el colectivo dispusiera de una estructura organizativa jerárquica con un núcleo responsable, situado en su eje central, y con reparto claro de funciones, pero sí el que actuaban como *baterías o grupos independientes*".

Pero atendiendo al conjunto del hecho probado y sin negar esos concretos extremos, se puede fiscalizar esa cuestión».

Hecha esta precisión, la sentencia formula en el fundamento trigésimo quinto una distinción entre los conceptos de codelincuencia (como califica la sentencia impugnada las actividades de los coacusados), grupo criminal y organización criminal, con cita para ello de su jurisprudencia; del art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000; y de los arts. 570 *bis* y 570 *ter in fine* CP, que sirven de interpretación de lo dispuesto a su vez en el art. 369 *bis* CP.

Sobre esta base, y específicamente en relación con el llamado por la sentencia de instancia «grupo de Terrassa» en el que se integra el aquí recurrente (al grupo de Sant Joan Despí dedica la sentencia el posterior fundamento trigésimo octavo), la sentencia de casación cuestiona a renglón seguido los argumentos dados por la audiencia para descartar la existencia de una organización criminal:

«Las objeciones de la audiencia son refutables:

a) Que no se haya demostrado que los dos grupos delimitados (Terrassa y San Joan Despí) estuviesen integradas entre sí, solo significa que eran dos estructuras diferentes; es decir dos *organizaciones* –o dos *grupos* diferenciados–, según entendamos. Pero de esa premisa no puede derivarse racionalmente la conclusión de que ninguno de los dos revistiese las características de la organización criminal.

b) Para que pueda hablarse de una organización no hace falta que esté prediseñado un reparto de beneficios proporcional. Esa nota –que se dice no acreditada– no excluye la organización. Es inferencia lógica que todos los partícipes en la actividad delictiva obtendrían algún beneficio económico. Pero eso incluso sería secundario. No es necesario acreditar repartos de *dividendos* u *honorarios* prefijados.

c) La variación temporal de funciones y roles tampoco deconstruye una organización. Que unas veces intervengan unos y, otras ocasiones otros –algunos coincidentes, otros no–, que algunos realicen funciones variables; que quien actúa como lanzadera no lo haga en otra ocasión, etc... tampoco se presenta como algo incompatible con la existencia de la organización tal y como la configuran los arts. 369 *bis* CP y 570 *bis*. No hace falta un organigrama rígido con un reparto de funciones inmutable y preestablecido. Estamos hablando de organización criminal, no de una asociación legal con sus estatutos y sus normas y concretos y rígidos puestos de trabajo o funciones asignadas dentro de un organigrama estable. Unas ciertas dosis de informalidad son casi consustanciales a una organización criminal, salvo supuestos especiales –los menos– en que se impone una férrea disciplina (algunos grupos terroristas).

Nos encontramos, según describen los hechos probados, con un abultado grupo de personas que además de los vínculos familiares comparten esa ilícita actividad.

El relato de hechos, parte de la existencia de dos grupos operativos distintos, independientes entre sí pero interrelacionados. El primero de ellos formado por Atik Makdad, Adil Makdad, Abdellah El Kamouni, Said Makdad, Abdellah Lakhali, El Habib Makdad, Mohamed Makdad, Marouan Makdad, Tarik Rhilan Zbakh, Yassine Ezzouiti y José Carvajal López, de los cuales dice actuaban con "una falta clara de dependencia jerárquica y distribución de funciones" (página 12), para a renglón seguido decir que "Atik Makdad, ocupaba una posición de coordinación preeminente entre los demás familiares, al ser el pariente mayor de todos ellos, y amigos que iban a formar los diversos grupos de Terrassa, encargándose ocasionalmente de la gestión de la compra de la droga en origen, de su venta en el punto de destino y en ocasiones, de la supervisión de los grupos que se encargaban del transporte de la ilícita mercancía, decidiendo a veces y sobre la marcha los vehículos y personas que debían efectuar cada desplazamiento para el aprovisionamiento de la droga, pero sin controlar permanentemente las actividades del resto de los componentes del colectivo, aunque sí les daba frecuentes instrucciones telefónicas, disponía sobre las muestras de sustancia y sobre el destino de la sustancia almacenada, ordenando pagos, interviniendo personalmente en ocasiones puntuales para solucionar problemas e incluso llegando a costear los gastos de asistencia letrada derivados de tales actuaciones.

En estrecha colaboración con el anterior, su hermano el también procesado Adil Makdad, alias Negro, ejercía las mismas funciones en los períodos temporales en los que Atik Makdad se ausentó a Marruecos, siendo de febrero a septiembre de 2014 enero y febrero de 2015 durante el período investigado, y se encargaba de coordinar, la gestión operativa y de activar los vehículos y personas que se desplazarían hacia el sur de España para hacerse con la sustancia estupefaciente».

Cierra la sentencia este fundamento dando sus razones por las que considera proporcionadas desde la perspectiva del art. 25 CE, las penas que contempla el art. 369 *bis* CP (tema este ajeno al presente amparo), tanto de la condición de integrante, como de jefe de una organización criminal de este tipo.

(ii) En el fundamento trigésimo sexto se da contestación afirmativa a la siguiente pregunta:

«¿Puede achacarse la condición de jefe en el sentido del art. 369 *bis* a alguno de los pertenecientes a tal organización?

En la instancia el fiscal predicaba ese estatus, y por tanto postulaba la aplicación del subtipo agravado, de tres de ellos: Atik Makdad, Said Makdad y Adil Makdad.

Si somos fieles al hecho probado Atik Makdad no puede ser apartado de esa categoría, aunque la sentencia trate de excluir una dependencia jerárquica. Atik está en una posición prevalente que dimana de todo el relato de hechos y lo informa. Ese rol es asimilable al menos, a las posiciones o categorías accesorias (encargado, administrador) utilizadas por el art. 369 *bis* para definir la agravación. Aparece como el muñidor de las operaciones; es quien contacta habitualmente con los proveedores; quien supervisa cada operación y, en su caso, imparte instrucciones concretas. Que sea conocido como Rais (no es necesario que esa expresión haya sido traducida por alguien en la causa; puede considerarse de conocimiento común) no es lo decisivo, pero sí es un dato que corrobora ese papel directivo, dentro lógicamente de la oficiosidad de una organización criminal respecto de la que sería absurdo exigir un nombramiento, un organigrama oficial o unos estatutos estableciendo funciones o dependencias. Los hechos probados al describir la conducta de Atik definen un sustrato del que surge con naturalidad la asignación de ese papel que atrae una penalidad agravada.

No puede decirse lo mismo del escalón siguiente ocupado por Adil Makdad y Said Makdad. Ciertamente el primero parece asumir un papel de sustitución de Atik cuando está ausente (lugarteniente), pero esas funciones aparecen más desvaídas en el hecho probado. Además se efectúan bajo la dirección de Atik.

Menos aún se puede predicar tal condición de Said. Está, desde luego, por encima de los que aparecen más bien como subalternos con funciones más materiales, y se identifica cierta capacidad de impartir algunas instrucciones (¿lugarteniente?). Pero es insuficiente para atribuirle la categoría de jefe, encargado o administrador».

(iii) En el fundamento de Derecho trigésimo séptimo, el Alto Tribunal rechaza el argumento de la defensa del recurrente sobre una posible ruptura del principio acusatorio, en el sentido de que el recurso de casación del fiscal no habría desarrollado argumentalmente una impugnación de la sentencia de instancia por no condenar al aquí recurrente como «jefe» de la organización; pese a lo cual así lo apreció la sentencia de casación. Dice la Sala Segunda:

«Destaca la defensa de Atik Makdad en la impugnación que en el recurso del fiscal solo se reclama la condena por el art. 369 *bis*, pero que ya no se protesta porque no hayan sido considerados como jefes.

Es habilidoso el argumento pero no puede ser asumido. En su recurso el fiscal alude expresamente al art. 369 *bis* 1.º y 2.º, sin renunciar a las peticiones de condena efectuadas en la instancia anudada a la aplicación de tal precepto. Si no razona específicamente sobre la condición de jefes es porque eso ya constaba en su acusación. Si no se apreció, no es en virtud de una argumentación específica y adicional de la sentencia, sino porque la audiencia no aprecia la concurrencia de "organización".

Secuela inescindible de la estimación del recurso del fiscal es que recaiga la condena específica a los jefes. Además si se lee detenidamente el recurso del fiscal (y seguro que la dirección letrada de esta defensa lo ha hecho: otra cosa es que estratégicamente haya pasado por alto esas menciones) se comprueba cómo al inicio del motivo, en su mismo enunciado, habla de "delito contra la salud pública cometido por pertenecientes a una organización delictiva y con jefatura de la misma". Y en la

conclusión (párrafo penúltimo de su escrito) menciona de manera expresa los párrafos primero y segundo del art. 369 *bis* CP.

Es inherente al motivo interpuesto extraer todas las consecuencias de la impugnación que se hace de la sentencia: no aplicación del art. 369 *bis*. No era necesario un motivo separado reclamando la apreciación de la agravante de jefatura; lo mismo que cuando se recurre una sentencia absolutoria, va de suyo, si el recurso prospera, apreciar la responsabilidad civil procedente aunque en el recurso ni se haya interpuesto un motivo específico por esa cuestión (ninguna falta hace) ni se haya razonado nada al respecto.

No hay inconveniente procesal para que, estimado un recurso del que se derivará la apreciación del art. 369 *bis*, apliquemos este precepto distinguiendo según la conducta de cada uno. Es más, en rigor ello sería materia propia de la segunda sentencia. En la de casación basta con anular la sentencia declarando que el art. 369 *bis* ha sido indebidamente inaplicado.

La segunda sentencia es la sede adecuada para extraer las consecuencias –todas las consecuencias– de esa inaplicación».

(iv) Por su parte, en el Fundamento de Derecho trigésimo octavo la Sala razona por qué, con base en las fuentes jurídicas antes señaladas, no procede atribuir la condición de organización criminal del art. 369 *bis* CP al «que la sentencia llama grupo de San Juan Despí formado por Adil Telji, El Kamouni El Bouazzaoui, Yousesef Hanbette y Rachid Fadli (además de otros ahora rebeldes) [...]»; aunque sí la de pertenencia a grupo criminal del art. 570 *ter.1 b*) CP, como subsidiariamente solicitaba el fiscal en su recurso. Finalmente, en el fundamento trigésimo noveno –sin incidencia en este amparo–, la Sala acoge también el segundo motivo del recurso del fiscal, acordando suprimir de la segunda sentencia la atenuante de drogadicción que le había reconocido la audiencia al aquí recurrente.

D) Contra la sentencia de casación interpuso incidente de nulidad de actuaciones la defensa del aquí recurrente, por el que solicitó la nulidad parcial de la sentencia, «en orden a reparar la lesión del derecho fundamental, dejando sin efecto la aplicación de la modalidad de jefatura». En dicho escrito se alega, con los argumentos que al efecto exponen, que la sentencia de casación «condena *ex novo* por conducta delictiva por el que había sido absuelto (pertenencia a organización criminal) sin celebración de vista incumpliendo la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además de aplicar una jefatura no expresamente desarrollada ni solicitada (de hecho la propia sentencia alude a que como no se ha renunciado expresamente, implícitamente se sobreentiende), además de incurrir en razonamiento irracional, causando todos esos vicios (autónomamente y acumulativamente) indefensión e imposibilidad de contradicción, así como se ha privado de la posibilidad de recurrir esa condena nueva, por no estar previsto legalmente un recurso ordinario».

E) La Sala Segunda del Tribunal Supremo desestimó el incidente de nulidad del recurrente –así como los promovidos por algunos otros coacusados– mediante auto de 25 de abril de 2019:

(i) Luego de reproducir los hechos probados, detallar diversas operaciones de transporte de hachís por los acusados, e identificar los efectos del delito que se incautaron, conforme relata la sentencia de instancia, el auto desestima la queja de nulidad por vulneración por la sentencia de casación de la garantía de inmediación en cuanto a la consideración del grupo de Terrassa como organización criminal del art. 369 *bis* CP, razonando en los fundamentos de Derecho quinto a octavo lo siguiente:

«Quinto.–Es indudable –en ello insisten los solicitantes– que consignar protestas de querer respetar el hecho probado no basta para esquivar las exigencias de la doctrina en que se basan las quejas; es necesario comprobar que es así. Si pese a hacerse proclamación expresa de que el razonamiento por el que se llega a una subsunción

jurídica diferente y más gravosa se ajusta estrictamente al hecho probado, se aparta, no obstante, del mismo o lo altera, expresa o implícitamente, desplegará toda su eficacia la jurisprudencia europea y constitucional a tenor de la cual no cabe revisar *contra reo* en vía de recurso y por cuestiones probatorias pronunciamientos de otro tribunal sin haber presenciado la prueba directamente. Nada que objetar a este alegato de las partes.

La sentencia de casación tuvo en cuenta esa limitación, y la respetó escrupulosamente.

Es verdad que algunas afirmaciones del hecho probado –probablemente rozan, si no incurren abiertamente, en el vicio de la *predeterminación*– parecen querer negar, de forma más apodíctica que expositiva, la presencia de prueba de estar ante un grupo organizado. Pero eso no deja de ser una valoración jurídica que, en ese estricto plano –subsunción jurídica– es desmentida por el contenido fáctico de la sentencia que describe lo que desde una perspectiva jurídico penal puede ser con toda procedencia calificada como *organización* a los efectos del art. 369 *bis* CP.

Además ni siquiera ateniéndonos a su literalidad esas afirmaciones genéricas contradicen la realidad de una organización.

Item más, si un hecho probado afirmase que no ha quedado acreditada la alevosía (afirmación que en rigor no sería procedente en ese apartado de la sentencia), pero a continuación describiese un ataque por la espalda sin previo aviso, pese a esa proclamación –"no consta probada alevosía"– cabría la revisión de ese aspecto jurídico en casación o, en su caso, en apelación. Recuérdese que el vicio de predeterminación del fallo (art. 851.1 LECrim) solo arrastra a la nulidad cuando el concepto jurídico utilizado no va acompañado de afirmaciones fácticas suficientes que permitan formarse una idea cabal de lo sucedido.

En este caso se constató en casación que la narración de la sentencia reunía elementos descriptivos sobrados que colmaban las exigencias del concepto de organización delictiva de los arts. 369 *bis* y 570 *bis* CP (agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos); y con mucho mayor motivo, el de grupo criminal (art. 570 *ter*: lo que es relevante en cuanto para uno de los solicitantes –El Habib Makdak– nada trascendente penológicamente resulta de la aplicación del art. 369 *bis* en lugar del art. 570 *ter*; no así respecto de Atik Makdad).

La sentencia en el apartado destinado al *factum* dice expresamente:

a) Que no consta que los integrantes del grupo fuesen a compartir entre todos, según reglas preestablecidas a tenor de su diverso protagonismo, los beneficios de la actividad criminal.

b) Asimismo se rechaza que esté suficientemente acreditado que todo el colectivo (recordemos que se está refiriendo a la totalidad de los acusados y no solo a cualquiera de los dos grupos que luego diferencia) *dispusiera de una estructura organizativa jerárquica con un núcleo responsable, situado en su eje central, y con reparto claro de funciones*.

Ambas premisas fácticas son respetadas por la sentencia de casación que explica:

a) Que el concepto de grupo criminal no reclama un pacto previo de reparto de beneficios. No entra, por tanto, en contradicción con esa apreciación fáctica. Aceptándola, se rechaza la consecuencia jurídica que la sentencia de instancia parece extraer de esa afirmación (que sin pacto previo de reparto de beneficios no hay organización).

b) Que el hecho de que no pueda hablarse de una única organización que integrase a todos los procesados, no excluye que el primer grupo definido sí reuniese todas las notas necesarias para formar por sí una organización en el sentido del art. 369 *bis* CP, lo que no es rechazado por el hecho probado que repetidamente habla de

colectivo, grupos operativos, entramado colectivo, *deudas del colectivo* o *dirigentes del colectivo*.

c) Que el dato de que las diversas funciones de cada miembro del grupo pudiesen ser variables –lo que se acepta: no reparto rígido o nítido de funciones– tampoco es incompatible, como parece opinar la Audiencia Provincial, con el concepto de organización, a los efectos siempre del art. 369 *bis* CP.

Tras esas dos afirmaciones excluyentes –"no queda probado"– que no son incompatibles con el concepto de organización criminal, la sentencia relata unos hechos seriadados en los que con claridad resplandecen todos los elementos exigidos desde el punto de vista jurídico para que entre en juego el art. 369 *bis* CP: un entramado codelictual que agrupa a una pluralidad de personas –una decena aproximadamente– con cierta vocación de permanencia o estabilidad que queda puesta de manifiesto por el periodo de tiempo en que se desenvuelven las distintas operaciones; dotado de una infraestructura adecuada para una actividad duradera (coches preparados con uso indistinto por diversos integrantes, contactos, disponibilidad conjunta de locales donde guardar los vehículos y, en su caso, la sustancia, una mínima contabilidad llevada por algunos...); concurrencia de diversas personas (aunque variase el número y concreta identidad según las operaciones); funciones diferenciadas y coordinadas (conductores, distribuidores de la droga, encargados de los vehículos de vigilancia; encargados de contactar con proveedores); lugares de destino preconcertados; comunicaciones entre ellos en los momentos de cada operación; atención por parte de alguno del grupo de los que han sido sorprendidos y detenidos; mecanismos de auxilio y cobertura cuando surgen dificultades y que se activan previa dación de cuenta a quien coordina, y ciertas finanzas compartidas (solo desde esa óptica adquiere sentido la expresión *deudas del colectivo*).

Nada nuevo de carácter fáctico se ha introducido en el razonamiento en casación: los factores que dan contenido al concepto jurídico "organización" están todos presentes en el hecho probado confeccionado por la audiencia.

En efecto, el hecho probado habla expresamente de conformación de un "entramado codelictual para introducir en nuestro país importantes cantidades de sustancia estupefaciente, hachís, procedentes de Marruecos, país donde contaban con la colaboración de terceras personas cuya identidad completa no ha podido determinarse", y con los que contactaban de forma continuada. En cada operativo confluyen diversas personas, que, aunque no siempre sean las mismas, utilizan idénticas estrategias, contactan con otros miembros del colectivo, y se valen de vehículos (algunos adaptados) y lugares a disposición de todo el grupo. Dirá la sentencia en este sentido –y reproducimos otra vez un pasaje del *factum*–:

"el colectivo disponía de diversos vehículos, algunos de ellos previamente sustraídos, o con matrículas alteradas, otros alquilados para operaciones concretas y otros, propiedad de los procesados o de familiares de estos. Tales vehículos eran utilizados para los desplazamientos a las reuniones periódicas concertadas en la ciudad de Terrassa, para los viajes al sur peninsular con la finalidad antes dicha o como punto de almacenamiento temporal de la sustancia estupefaciente en la ciudad de Terrassa, normalmente un parking a disposición de alguno de los procesados, hasta su posterior distribución y venta. Algunos de estos vehículos tenían ocultos dobles fondos para facilitar el desarrollo de la ilícita actividad, disponiendo los procesados a su conveniencia de las llaves de unos y otros para su utilización indistinta por los acusados".

Más adelante detalla el hecho probado que utilizan claves en sus frecuentes contactos telefónicos y se habla de dos grupos. Uno de ellos –el que ha determinado la aplicación del art. 369 *bis*– cuenta con hasta diez integrantes según la sentencia (dejando a un lado a dos posibles integrantes como los rebeldes).

Sexto.–Según el escrito de Atik Makdad también se contradicen afirmaciones fácticas contenidas en los fundamentos de Derecho.

Ciertamente cuando se trata de aseveraciones factuales en beneficio del reo puede darse por válido ese defecto de sistemática. Pero tampoco esos elementos fácticos que extrae de la fundamentación jurídica son forzados o ignorados por la sentencia de casación.

De una parte, se dice que no resultó acreditado que los procesados hubiesen estado de acuerdo *ab initio* en la verificación consecutiva de todo el conjunto de operaciones; ni que hubieran colaborado desde el primer momento bajo el seno de una estructura organizada dirigida por Atik Makdad; ni que hubiese pacto para compartir el provecho económico en función de las aportaciones de cada uno a la actividad criminal.

Pero es que nada de eso (pacto prefijado desde la primera operación o distribución de beneficios económicos acordada) constituye una exigencia del concepto de organización criminal como explicaba la sentencia de casación. La organización fáctica, es decir no formalizada ni oficializada, surgida informalmente; sin que pueda fijarse un momento fundacional, es también merecedora de la agravación del art. 369 *bis* CP. Y quienes se van incorporando a la trama delictiva que, a lo mejor, pudo empezar con alguna operación esporádica sin planes específicos prediseñados pero que luego va cristalizando hasta formar una estructura relativamente estable, se hacen también acreedores de la agravación.

El número de personas involucradas en las operaciones que se van desarrollando en el tiempo con acopio de medios, vías de distribución ya abiertas, países de provisión, contactos permanentes; ayuda grupal; infraestructura constituida por vehículos preparados *ad hoc*, lugares donde guardarlos, etc... lleva indubitadamente a afirmar la presencia de una organización en los términos del art. 369 *bis* CP. Nada fáctico añade la sentencia de casación; nada que se aparte de los hechos probados que en los aspectos esenciales y relevantes a estos efectos han quedado transcritos en el fundamento anterior.

Séptimo.—Dos últimos extremos deben ser puntualizados para desmontar algunos de los argumentos blandidos en los escritos reclamando la nulidad:

a) Para que pueda hablarse de organización no es necesario que todos los integrantes de la organización participen en todas las operaciones efectuadas. Ni lo es tampoco que su función sea siempre la misma e idéntica en cada actuación.

b) Cuando para diferenciar la organización o el grupo criminal de la mera codelincuencia se exige en aquella vocación de realizar no una única conducta delictiva, sino varias, se está pensando no en calificaciones unitarias jurídicas, sino en operaciones delictivas singularizables y diversas, aunque jurídicamente se trate de un único delito. Cabe por eso la organización para cometer delitos de robo, aunque finalmente los robos cometidos se califiquen como un único delito continuado; y cabe igualmente la organización para llevar a cabo operaciones diversas de tráfico de drogas, aunque al tratarse de un delito de tracto continuado, jurídicamente todas las diversas actividades se califiquen de un único delito contra la salud pública del art. 368 CP. Si se entendiese de otra forma (pluralidad de delitos en sentido técnico) jamás sería aplicable el art. 369 *bis*, pues siempre habrá un único delito de tráfico de drogas aunque englobe muchas actuaciones desplegadas en un, más o menos dilatado, lapso temporal.

Octavo.—En definitiva, la sentencia de casación basándose exclusivamente en los datos fácticos que la Sala de instancia daba por probados y sin contradecir ninguno de esos elementos constataba que lo que se describía en relación no a todos los acusados, sino a los que se integraban en el primero de los dos grupos de que se habla, conformaban una organización en el sentido del art. 369 *bis*: pluralidad de personas coordinadas para realizar en un tiempo prolongado operaciones varias de tráfico de drogas valiéndose de una infraestructura a disposición de todo el grupo, y con funciones relativamente asignadas que la sentencia va describiendo, aunque matice que ocasionalmente podían variar (conductores, encargados de los coches lanzadera, encargado de distribuir o de proporcionar teléfonos...).

No sobra, por fin, recoger los razonamientos a través de los que la sentencia de casación llegaba a esa conclusión. Se comprueba de esa forma que, partiendo del mismo hecho, se consideraba errada la valoración jurídica de la audiencia».

En este punto el auto reproduce pasajes de los fundamentos de Derecho trigésimo cuarto y trigésimo quinto de la sentencia de 8 de noviembre de 2018, que ya se han traspuesto en el antecedente 2 C) (i) de la presente resolución.

(ii) En el fundamento de Derecho décimo del auto, se desestima la queja de nulidad por vulneración del principio de inmediación, al haber aplicado al aquí recurrente en la sentencia de casación el tipo agravado de jefe de la referida organización criminal:

«Décimo.—En cuanto a la condición de jefe, encargado o administrador de la organización que se asigna a Atik Makdad, tampoco se altera ni se enriquece, ni se contradice el hecho probado.

La sentencia refiere en su relato fáctico que es conocido como "Rais" (lo que obviamente no es determinante: se hace constar ahora para aclarar que no es un elemento corroborador que haya sido incorporado por este tribunal; si se analizaba ese particular era para contestar al debate planteado entre recurrente y recurrido). Pero eso es totalmente prescindible.

Lo decisivo es que se le asigna un papel de director, o coordinador prevalente (*preeminente* en la terminología expresa de la sentencia). Se afirma una y otra vez al describir varias operaciones que se van siguiendo las indicaciones de Atik Makdad. Es a este a quien se da cuenta; y es él quien distribuye roles, asumiendo el papel directivo que atrae la agravación del art. 369 *bis* CP, sin necesidad de que quede acreditada (no lo exige esa agravación) una rígida o férrea disciplina interna que nadie vulnera o que todos se hayan conjurado para respetar. Basta con apreciar el desempeño de un papel coordinador prevalente: imparte instrucciones e indicaciones que son acatadas —así se deriva del relato fáctico— y distribuye funciones, encargándose de las más relevantes. Con eso queda conformada la agravación.

"Si bien con una falta clara de dependencia jerárquica y distribución clara de funciones, —afirma el relato de la sentencia— el primero citado, Atik Makdad, ocupaba una posición de coordinación preeminente entre los demás familiares, al ser el pariente mayor de todos ellos, y amigos que iban a formar los diversos grupos de Terrassa, encargándose ocasionalmente de la gestión de la compra de la droga en origen, de su venta en el punto de destino y, en ocasiones, de la supervisión de los grupos que se encargaban del transporte de la ilícita mercancía, decidiendo a veces y sobre la marcha los vehículos y personas que debían efectuar cada desplazamiento para el aprovisionamiento de la droga, pero sin controlar permanentemente las actividades del resto de los componentes del colectivo, aunque sí les daba frecuentes instrucciones telefónicas, disponía sobre las muestras de sustancia y sobre el destino de la sustancia almacenada, ordenando pagos, interviniendo personalmente en ocasiones puntuales para solucionar problemas e incluso llegando a costear los gastos de asistencia letrada derivados de tales actuaciones".

El hecho de que pudiera existir alguna operación que esporádicamente escapase a su directa supervisión no lleva absurdamente a degradar su responsabilidad. No es jurídicamente exigible un control permanente para perfilar la agravación del art. 369 *bis* 2.º Aparecerá además en el hecho probado cómo, cuando Atik Makdad está ausente, ha de ser sustituido por otro integrante del grupo encargado de trasladar sus instrucciones, como Said Makdad. De este se afirma que seguía sus indicaciones; lo que también se predice de Mohamed Makdad: cumplía los encargos que recibía de Atik Makdad (gestiones bancarias pagos). No es por ello gratuita la etiqueta de "dirigente" del colectivo que, junto a Adil y Said, le atribuye expresamente el hecho probado al referir los contratos de José Carvajal con el colectivo.

También Abdellah el Kamoni, según el hecho probado, se atiene a las indicaciones de Atik como intermediario en alguna operación de venta de la sustancia. Como lo hace igualmente José Carvajal».

(iii) Finalmente, en el fundamento de Derecho undécimo, se rechaza la alegada vulneración del principio acusatorio, de nuevo en relación con la condena al recurrente como jefe de la organización criminal de Terrassa:

«Undécimo.–Recordemos, por fin, para dar contestación al último alegato de Atik Makad que la sentencia de instancia no rechaza la agravación del art. 369 *bis* 2 (jefatura) de forma específica. Se limita a negar su presupuesto: la presencia de una organización. Eso hacía inútil e innecesario razonar sobre la concurrencia o no del art. 369 *bis* 2 CP. Por eso no hacía falta tampoco un motivo casacional singularizado encaminado a tal fin. Y por eso no es anómalo que el fiscal no articulase un motivo con ese concreto y exclusivo contenido. Es algo que se deducía de la estimación del primer motivo.

Un motivo de casación por infracción de ley puede llevar encadenadas otras consecuencias jurídicas que no se hace necesario explicitar. Van implícitas en la pretensión principal. Por descender a algún ejemplo, recurrida una sentencia absolutoria por estafa a través del art. 849.1 LECrim la estimación del único motivo llevará consigo como consecuencia la necesidad de afirmar una responsabilidad civil; pero no hace falta articular otro motivo denunciando la inaplicación de los arts. 110 y ss. CP. Es lógica consecuencia de lo anterior.

Por eso no nos apartamos de la petición del recurso al aplicar a Atik Makdad la agravación del art. 369 *bis* 2. Así lo explicaba la sentencia de casación [...].»

En este punto el auto reproduce pasajes del fundamento de Derecho trigésimo séptimo de la sentencia de 8 de noviembre de 2018, que ya se han traspuesto en el antecedente 2 C) (iii) de la presente resolución, cerrando así sus consideraciones sobre el escrito de nulidad del aquí recurrente.

Notificado el mencionado auto de 25 de febrero de 2019, se interpone este recurso de amparo.

3. La demanda alega que la sentencia de casación recurrida «constituye una violación de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, y a la defensa, con motivo de haberse condenado en segunda instancia a mi representado mediante una nueva valoración y reconsideración de cuestiones fácticas, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, y sin pretensión de las acusaciones sobre la condena de jefatura, que no se desarrolló en vía de recurso por lo que no pudo ser materialmente impugnada, habiéndose vulnerado grave e injustificadamente los derechos fundamentales de mi mandante». A tal efecto articula su pretensión en tres quejas de fondo:

a) «Vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías con motivo de haber sido condenado en segunda instancia sin haber sido oído, ni haberse observado las garantías de inmediación y contradicción»:

Señala la demanda que la condena por el delito del art. 369 *bis* CP se ha agravado «en segunda instancia», sin haber sido oído ni respetando la contradicción e inmediación, suprimiendo el Tribunal Supremo un hecho no probado y formulando «inferencias y alusiones a cuestión fácticas», todo ello con resultado también de lesión del derecho a la presunción de inocencia. La sentencia «dictada en segunda instancia» nada dijo sobre la necesidad en este caso de celebrar vista, pese a que así se puso de manifiesto en el escrito de oposición al recurso del fiscal. No se llevó a cabo al entenderse que la cuestión era exclusivamente jurídica, lo que no es cierto, ya que la nueva decisión «se asienta en una reconsideración de los hechos probados». La absolución de la audiencia sobre la inexistencia de una organización criminal fue el resultado de la prueba practicada en el plenario, descartándose que quedarán acreditados los elementos del tipo, que es cuestión de hecho y comporta valoración de la prueba. Recoge en su apoyo pasajes de los hechos probados primero y quinto, así como del fundamento de derecho decimotercero (XIII) de la sentencia de la audiencia, ya reproducidos en el antecedente 2 A), apartados c) y d) de esta resolución. Añade que no

se celebró vista «con citación de todos los medios de prueba personales (testigos, acusados, periciales) y práctica de los mismos», alcanzando la sentencia recurrida una «conclusión fáctica opuesta, considerando que sí existía organización criminal, modificando hechos probados, y condenando *ex novo* en segunda instancia», aunque lo etiqueta de *error iuris*. Así lo reconoce esta última «cuando alude a que "es verdad que en los hechos probados la audiencia ha incluido algunas afirmaciones –más valorativas que descriptivas o narrativas– que tratan de condicionar la respuesta al interrogante jurídico" [...] y que "no aparecerían suficientemente perfiladas –según la audiencia– las notas de distribución de roles y estabilidad, lo que exigiría una relativa complejidad en la estructura organizativa. Se argumenta que no ha quedado acreditado un acuerdo inicial que abarcase todas las sucesivas actuaciones, ni una colaboración preestablecida en el seno de una estructura organizada. No detecta ni relación jerárquica ni dependencia funcional entre los distintos acusados. Las frecuentes relaciones entre los procesados – se apostilla– no necesariamente conducen a hablar de organización [...]. Dichos razonamientos ya evidencian que el sustrato el que no se aplicó y se condenó en primera instancia por organización era de carácter fáctico y probatorio, no por una cuestión de tipicidad o atipicidad de un determinado hecho probado intangible". Distinto sería –argumenta la demanda– que la absolución se hubiera fundado en la falta de acusación sobre el tipo agravado, lo que sí sería una cuestión de Derecho, pero la decisión de la audiencia se basó en que no era posible «subsumir la conducta del colectivo en una organización criminal». El auto denegatorio del incidente de nulidad vendría a corroborar esta tesis, al reconocer que sí se han «reconsiderado y vaciado de contenido los hechos probados».

La lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, prosigue diciendo la demanda, se produce también por lo que atañe a la decisión de condenar al recurrente por ostentar y ejercer la jefatura de la organización criminal así declarada, «mediante reconsideración de cuestiones fácticas, sin garantía de contradicción e inmediación, y *ex novo* se asienta que el hecho de que era el jefe de la organización, fundando así la condena en segunda instancia [de] cuestiones que no obedecen a *error iuris* sino que son cuestiones de hecho. A modo ilustrativo, la sentencia dictada en segunda instancia expresa la sentencia de instancia "trate de excluir una dependencia jerárquica" y se nutre de valoraciones y datos fácticos como "que sea conocido como *Rais* (no es necesario que esa expresión haya sido traducida por alguien en la causa; puede considerarse de conocimiento común)" [...], adoptado una posición sobre acontecimientos fácticos decisivos para determinar su culpabilidad en lo que a jefatura se refiere, más cuando la sentencia de primera instancia excluye fácticamente dicha jefatura [...]. Así, es evidente que para poder condenar al señor Atik Makdad por el artículo 369 *bis* párrafo segundo, se requiere la supresión de dichos elementos fácticos siendo que los mismos excluyen, tras la práctica de la prueba, la concurrencia de los elementos del tipo delictivo».

Cita en su apoyo las SSTC 223/2015, de 2 de noviembre, sobre lesión del principio acusatorio (*reformatio in peius*), y las SSTC 105/2014, de 23 de junio; 191/2014, de 17 de noviembre, y 120/2013, de 20 de mayo, de lesión del derecho a un proceso con todas las garantías por condena en segunda instancia sin inmediación. Y de nuevo sobre la condena como jefe de la organización criminal, especifica la demanda que la recurrida «realiza una valoración de la prueba personal, en concreto, de la intencionalidad o de las circunstancias subyacentes a que el señor Atik Makdad fuera conocido como *Rais* sin haber oído, ni a quienes se dirigían a él en estos términos (para arrojar luz sobre la intencionalidad de tal pseudónimo) ni tampoco respecto del propio acusado, Atik Makdad, a fin de que pudiera ser oído al respecto en segunda instancia»; en todo caso, «con o sin valoración de prueba personal la sentencia de segunda instancia formula inferencias de carácter fáctico, y aborda elementos que tienen una base fáctica, que expresamente ha sido declarado no probado».

Además, se queja la demanda de que se haya agravado la condena cuando se justificaba tanto la celebración de vista como «la oportunidad de ser oído y contradecir

efectivamente, mediante autodefensa ante el tribunal de segunda instancia. Ello así ha sido declarado, *ad exemplum* 88/2013, de 11 de abril, a raíz de la STC 184/2009, de 7 de septiembre». Cita también las SSTC 126/2012, de 18 de junio, y 43/2013, de 25 de febrero; y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las sentencias del «caso *Porcel Terribas y otros c. España*, de 8 de marzo de 2016; y STEDH caso *Atutxa Mendiola y otros c. España*, de 13 de junio de 2017». Finaliza este primer motivo la demanda solicitando se declare también vulnerado el derecho a la presunción de inocencia: «pues necesariamente se ha condenado por un delito con modificación del hecho probado y no probado, que tenía apoyo en prueba personal, y sin oír a los acusados. Atendiendo que la sentencia y el auto evidencian que la sentencia considera que el hecho no probado es erróneo, y que no puede atenderse al mismo por obedecer a una predeterminación del fallo y además formula inferencias y razonamientos que obedecen a datos fácticos, se interesa se declare la lesión de dicho derecho».

b) «Vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías con motivo de haber sido condenado en segunda instancia por el tipo penal de jefatura sin petición de la acusación ni justificación ni desarrollo de la misma»:

Alega la demanda que la condena «en segunda instancia» del recurrente por el delito de jefatura de organización criminal, *ex art.* 369 *bis* CP, ha infringido el principio acusatorio. Si bien el fiscal, como consta en el antecedente primero de la sentencia de la Audiencia Provincial, formuló acusación contra él por dicho cargo, en el recurso de casación que formalizó después contra la sentencia de instancia en el que «ni en el "breve extracto de su contenido" ni en "los fundamentos legales y doctrinales aducidos" del motivo primero, se solicita expresamente la condena por jefatura, ni todavía menos se especifica respecto de quién de los tres acusados a quienes solicitó en sede de juicio oral la condena por jefatura se supone que interesa nueva sentencia de condena con pena mínima de diez años, y aún menos se desprende de dichas páginas fundamentación jurídica o fáctica que sustenten y permitan inferir que se está solicitando vía recurso la condena al señor Makdad por el tipo agravado autónomo de jefatura con una pena mínima de diez años de prisión». Pese a ello la sentencia «dictada en segunda instancia condenó por dicho tipo penal, quebrándose así el principio acusatorio, y por extensión en este caso también el derecho a un tribunal imparcial, en su dimensión objetiva». Y niega el razonamiento del Tribunal Supremo de que la condena por la jefatura de la organización estuviera implícita en el recurso del fiscal, pues las consecuencias de haber sido absuelto de un determinado tipo penal no se extienden a otro tipo penal autónomo con penas autónomas, como aquí sucede, en concreto la condena por ostentar la jefatura de organización criminal dedicada al tráfico de drogas. El fiscal en su recurso se limita a la cita del art. 369 *bis* CP, «sin explicitar respecto de qué acusado alude a ese precepto, ni fundamentar y justificar con argumentos jurídicos y fácticos esa petición de condena en segunda instancia». Se ha lesionado con ello el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías; y tanto la sentencia como el auto denegatorio de la nulidad, lesionaron la garantía del principio acusatorio. De manera añadida, no fue posible ejercitar la contradicción en el trámite de oposición al recurso, pues «mal puede defenderse frente a una petición de condena, quien desconoce los motivos y razones por las que se solicita dicha condena, con independencia de que ello ocurra en vía de recurso, donde el debate contradictorio debe presidir a fin de garantizar la defensa». En este caso, añade, esa falta de fundamentación en el recurso debió traer consigo su inadmisión, *ex art.* 884.4 LECrim. Y alega que se conculcó el derecho a un tribunal imparcial, en su dimensión objetiva, al introducir la Sala «argumentos y cuestiones no discutidas ni introducidas por las partes», con cita en su apoyo de la STC 149/2013, de 9 de septiembre.

c) «Vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en sentido amplio, con motivo de las distintas mermas e infracciones, que en conjunto han impedido que el acusado tenga un proceso penal equitativo en segunda instancia»:

Como tercera y última queja de la demanda, se sostiene que se ha producido la vulneración de aquel derecho fundamental considerado el proceso «en segunda instancia» (casación) «en su conjunto», por la «pluralidad de incidencias o datos objetivos acaecidos en el mismo, que individualmente no constituyen una violación de una concreta garantía, pero que en conjunto, todos ellos abocan a que un determinado ciudadano que se hallaba inmerso en ese proceso no ha tenido derecho a un proceso equitativo» del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Cita en su apoyo la «STEDH, caso *Barberà, Messegue y Jabardo c. España*, de 6 de diciembre de 1988; y STEDH *Borgers c. Bélgica*, de 30 de octubre de 1991». Indica que las circunstancias que se valoran conjuntamente como lesión del derecho fundamental son las siguientes:

«1. Mediante el recurso de casación del Ministerio Fiscal se mermó el derecho del acusado a ser informado de la acusación, siendo que una lectura del mismo impedía conocer claramente que se solicitaba la condena por diez años de prisión por el tipo penal de jefatura.

Ejemplo de ello es que en la sentencia dictada en segunda instancia pese no desarrollar la acusación argumento acerca de condena de jefatura (por lo que esta parte no pudo oponerse ni defenderse materialmente), desciende y condena por la misma, viniendo a privilegiar la parte de la acusación al sostener que con una alusión y una no renuncia se entiende que implícitamente se solicitaba la condena por jefatura a los mismos respecto de quienes se había formulado acusación en dicho sentido.

2. En dicho recurso ninguna alegación, ni que fuere por remisión, se destinó a fundamentar la convicción del tribunal de que el señor Atik Makdad desempeñó el rol de jefatura, desconociendo las razones y motivos, por lo que no puedo impugnarse ni oponerse a los mismos.

3. Pese que no fundamentar los motivos es causa de inadmisión del recurso de casación se admitió a trámite el mismo (884.4 LECrim).

4. Se condena al acusado sin audiencia ni celebración de vista cuando el recurso del Ministerio Fiscal atendía a cuestiones fácticas, lo que *ex ante* fue avisado a futuro por esta defensa en su impugnación.

5. El Tribunal de segunda instancia no se ha limitado a resolver las cuestiones jurídicas desarrolladas por la acusación y resolviendo el recurso dentro del marco de debate contradictorio (pues no hubo contradicción en relación a la condena de jefatura dada la ausencia de fundamentación del recurso ni que fuera por remisión). Por el contrario, se aparta del debate y trasciende los fundamentos y pretensiones.

6. El auto desestimatorio de nulidad establece, con carácter subsidiario, por primera vez, que sí se solicitó en el recurso la condena por jefatura y se sustentó acusación por la misma en segunda instancia, pero que esa acusación era «implícita».

7. En el auto desestimatorio del incidente de nulidad, el Tribunal de nuevo va más allá del debate, y viene a reprochar *ex novo* a la sentencia de instancia un defecto más (predeterminación del fallo)».

Cita también la STEDH «*Ekbatani c. Suecia*, de 26 de mayo de 1988, [...] las garantías recogidas en el artículo 6 del CEDH son plenamente exigibles en la segunda instancia, razonando que "el proceso penal constituye un todo y la protección del artículo 6 no termina con el fallo de la primera instancia"». Así, remacha la demanda, «para el caso que no se estimaron [*sic*] los anteriores motivos, [...] el *iter* de acontecimientos en el proceso en segunda instancia evidencia que el acusado no ha tenido un proceso con todas las garantías en su globalidad, y con ello ha soportado una situación de desventaja no equitativa».

El suplico de la demanda solicita, con otorgamiento del amparo, la nulidad de las dos resoluciones impugnadas, y que se «declare no haber lugar a la condena en segunda instancia del señor Atik Makdad por la presunta comisión de delito de pertenencia a una organización criminal con jefatura (art. 369 *bis* párrafo segundo CP)».

4. La Sección Cuarta, Sala Segunda, de este Tribunal Constitucional, dictó providencia el 27 de enero de 2020 por la que acordó admitir a trámite el recurso, «como consecuencia de que la doctrina de este tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)]». En la misma resolución se acordó dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación 10612-2017 P. Asimismo, dirigir «atenta comunicación a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo núm. 9-2016; debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo, a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo».

5. Por escrito presentado en el registro de este tribunal el 5 de marzo de 2020, el procurador de los tribunales don Fernando Bertrán Santamaría, actuando en nombre y representación de don Said Makdad y don Abdellah El Kamouni, solicitó que se les «tenga por personados, en tiempo y forma, por parte en el presente recurso de amparo y por adheridos al mismo».

6. Con fecha 7 de octubre de 2020, la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este tribunal dictó diligencia de ordenación por la que, de un lado, decidió tener por personado y parte al procurador antes mencionado en nombre y representación de don Said Makdad y don Abdellah El Kamouni; y de otro lado acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, a fin de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme con lo previsto en el art. 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

7. Con fecha 11 de noviembre de 2020, la representante procesal del recurrente en amparo presentó escrito de alegaciones interesando la estimación del presente recurso de amparo, reiterando a tal fin los argumentos del escrito de demanda, con cita adicional de la «STEDH, *Július þór Sigurbórsson c. Islandia*, de 16 de julio de 2019», que declara vulnerado el derecho a un juicio justo cuando se procede a una nueva evaluación de los hechos en apelación, y la «STEDH *Zirniņe c. Letonia*, 11 de junio de 2020», que aprecia la misma lesión cuando en apelación se examinan los hechos y el Derecho y el tribunal de alzada no interroga al acusado o al testigo que funda la nueva condena. También alega de manera novedosa la STC 47/2020, de 15 de junio, en relación con la vulneración del principio acusatorio en segunda instancia, al haberse impuesto una pena que no venía solicitada en el recurso; y la STC 42/2020, también sobre el principio acusatorio, en relación, dice, con la exigencia de que los cargos de la acusación se exterioricen, rechazándose las formas tácitas o implícitas.

8. Por su parte, en virtud de escrito presentado el 10 de diciembre de 2020 por el procurador de don Said Makdad y don Abdellah El Kamouni, actuando estos bajo la defensa del abogado don Cristóbal Limón Pons, se alegó que al no existir circunstancias sobrevenidas distintas de las alegadas en la demanda, «nos adherimos en su totalidad a la demanda de amparo presentada».

9. Finalmente, el teniente fiscal ante este Tribunal Constitucional presentó escrito de alegaciones el 3 de diciembre de 2020, por el que interesó que dictáramos sentencia «por la que se deniegue el amparo solicitado en todos sus términos».

Así, después de resumir los antecedentes de hecho que consideró más importantes del recurso, y recordar en el apartado de fundamentación jurídica I las vulneraciones constitucionales alegadas por la demanda, el escrito precisó en el apartado II cuáles eran las resoluciones impugnadas y que las quejas deducidas por el recurrente eran solamente dos: (i) la alteración por la sentencia de casación de la base fáctica de la sentencia de instancia, sin debate público y contradictorio; y (ii) condenar al recurrente por el tipo agravado del art. 369 *bis* CP como jefe, encargado o administrador de la organización criminal, sin estar contenida dicha petición en la acusación. El tercer motivo de la demanda, sin embargo, a su parecer no tiene autonomía propia, sino que es un «conglomerado» de los dos anteriores. Dicho esto, pasa el escrito a referirse a las dos quejas que reconoce como tales:

a) En cuanto al primer motivo, lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y la «condena agravatoria en segunda instancia» (apartado III de las alegaciones), el escrito del fiscal cita diversas resoluciones de este tribunal dictadas en esta materia a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, deteniéndose en las SSTC 88/2013, de 11 de abril; 205/2013, de 5 de diciembre; 146/2017, de 14 de diciembre, y 1/2020, de 14 de enero, FJ 4, y en relación con la exigencia de celebrar vista pública con inmediatez probatoria en segunda instancia cuando se trata de revisar el pronunciamiento del órgano inferior sobre los hechos, salvo que se trate de cuestiones estrictamente jurídicas o en el supuesto de revalorización de pruebas documentales, periciales documentadas, o inferencias no dependientes de la inmediatez. En este caso concreto, prosigue diciendo, «la sentencia impugnada no alteró el sustrato fáctico sobre el que se asentaba la sentencia del órgano *a quo*, ni revisó por tanto el juicio fáctico realizado en la instancia, sino que meramente difirió de su calificación jurídica, limitándose a interpretar el delito objeto de acusación, el Tribunal Constitucional concluyó que el Tribunal Supremo se había limitado a un aspecto puramente jurídico: la interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuridicidad, sin alterar el relato contenido en los hechos probados, por lo que estimó que no había existido vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías». En el presente caso se trata de «una interpretación jurisprudencial sobre una cuestión estrictamente jurídica: la subsunción en el tipo agravado del párrafo primero del art. 369 *bis* CP, a partir de la propia descripción o narración fáctica contenida en los hechos probados sobre el entramado criminal constituido por la agrupación de personas concertadas y coordinadas para la comisión del delito, con distribución de funciones en el despliegue de las distintas actividades ejecutadas para el desarrollo y logro del propósito criminal. Y otro tanto cabe decir respecto de la apreciación del tipo agravado del párrafo segundo del art. 369 *bis* CP». Otorga la razón a la sentencia impugnada, además, cuando esta advierte que afirmaciones de la sentencia de instancia como que «no ha resultado suficientemente acreditado que todo el colectivo dispusiera de una estructura organizativa jerárquica con un núcleo responsable, situado en su eje central y con un reparto claro de funciones», son apreciaciones sobre la subsunción jurídica en la que, como razonó el Tribunal Supremo, si se dan los elementos que conforman una organización criminal y así lo explicitó en sus fundamentos de Derecho quinto a octavo, apoyándose esa nueva subsunción jurídica en la literalidad de los hechos probados.

b) Respecto de la segunda queja de fondo de la demanda que reconoce el escrito de alegaciones del teniente fiscal, la vulneración del principio acusatorio, el apartado IV invoca como exponentes de la doctrina de este tribunal, aparte de pronunciamientos que el propio escrito califica de «antiguos», la que sí considera «muy reciente» STC 47/2020, de 15 de junio, FFJJ 3 y 4, en la que con cita de resoluciones anteriores se indica cuál es el contenido del derecho fundamental y se recuerda la exigencia de la exteriorización de la pretensión acusatoria, sin admitir formas tácitas o implícitas; y que la vulneración de ese deber de «congruencia» traería como resultado no solo la quiebra de aquella

garantía sino también la de imparcialidad judicial, aunque el juez penal puede condenar por delito distinto del solicitado siempre que sea homogéneo a aquel y no implique pena de superior gravedad, con cita en este punto también de la STC 155/2009, de 25 de junio, FFJJ 5 y 6.

Sobre esta base, al parecer del teniente fiscal estamos aquí ante «un caso de simple, pero plena y exteriorizada reiteración y confirmación de la acusación ejercida en primera instancia, de modo que en absoluto puede calificarse el caso como de "inexistencia de acusación" ni de "acusación implícita", por más que pudiera apreciarse o no algún tipo de incorrección en la técnica de articulación del recurso de casación por el fiscal actuante en la jurisdicción ordinaria. [...] Se explicitó desde el inicio la pretensión punitiva en dicho recurso mediante la identificación de los tipos penales agravados de los párrafos primero (realización del tráfico de drogas del art. 368 CP por quienes pertenezcan a organización criminal) y segundo (concurrencia en el autor de la condición de jefe, encargado o administrador de la organización) que habían sido objeto de inaplicación indebida con expresa mención literal de la circunstancia que los integran ("por pertenecientes a organización delictiva y jefatura de la misma"), respecto de los cuales, por tanto, se interesaba la aplicación en casación también de forma expresa, una vez que en el suplico de su escrito de interposición el fiscal solicitó que la Sala dictase "sentencia declarando haber lugar al recurso, casando y anulando la recurrida, dictando a continuación sentencia de conformidad con la pretensión ejercitada", lógicamente con las consecuencias penológicas ya concretadas por el Ministerio Fiscal en el proceso penal en sus conclusiones definitivas, respecto de las que el fiscal del Tribunal Supremo ninguna alusión adicional hizo en materia de concreción de pena al tratarse de una mera confirmación, reafirmación, reformulación o reproducción de la pretensión acusatoria ejercida en primera instancia. Por demás, dicha pretensión acusatoria, al estar encauzada como infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim y conllevar la innecesariedad de audiencia, se apoyó de manera determinante en el propio relato de hechos probados». Alega además que «lo específicamente enfatizado mediante subrayado en el escrito de interposición del recurso de casación fiscal no es lo que sirve directamente para pretender la apreciación de la pertenencia a organización criminal (a ello sirven todos los pasajes transcritos en las págs. 4 a 8 del escrito fiscal), sino de manera muy clara y determinante, lo que sostiene, fundamenta y respalda la pretensión acusatoria punitiva en su faceta específica de ejercicio de jefatura dentro de la organización, en especial respecto del aquí recurrente Atik Makdad, pero también respecto de su hermano Adil Makdad que le sustituía en sus funciones de coordinación (a modo de lo que podría calificarse como lugarteniente) y de su sobrino Said Makdad, todos los cuales son calificados finalmente como "dirigentes del colectivo antes descrito", lo que se corresponde con el sentido, alcance y contenido de la pretensión de la acusación pública en segunda instancia en reafirmación o mera reiteración expresa de lo mismamente sostenido y pretendido en la primera».

En consecuencia, remata el escrito de alegaciones en este punto, si la defensa no se opuso contradiciendo esta pretensión del párrafo segundo del art. 369 *bis* CP, «no fue porque el escrito fiscal no contuviera elementos, alegatos y razonamientos para ello. Si, quizá por una malentendida estrategia procesal, prefirió aferrarse a una línea de indefensión formal basada en lo que entendió como una defectuosa articulación del recurso fiscal [...]». La sentencia revela que dio respuesta al escrito del fiscal, y lo reitera el auto de resolución del incidente de nulidad, fundamentos de Derecho décimo y undécimo. No era necesario un nuevo apartado formal en el escrito del recurso de casación del fiscal, y la congruencia de la sentencia de casación con la pretensión de este, «es absoluta tanto en cuanto al condicionamiento fáctico como en cuanto al condicionamiento de calificación jurídica y la pena es procedente y exactamente la misma que la pretendida por la acusación pública en el proceso *a quo*. Por consiguiente, también este motivo merece ser desestimado».

10. Por diligencia de la Secretaría de Justicia de 17 de diciembre de 2020, se hizo constar la formalización de escrito de alegaciones por las representaciones procesales del recurrente y de la parte personada, así como por el Ministerio Fiscal, quedando el recurso pendiente para deliberación cuando por turno correspondiese.

11. Mediante providencia de fecha 11 de febrero de 2021, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del proceso y orden de examen de las quejas.

a) La demanda de amparo afirma, con los argumentos resumidos en los antecedentes de la presente resolución, que la sentencia de casación dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que condenó al aquí recurrente como jefe de una organización criminal, agravando la calificación delictiva dada a los hechos y a su participación en ellos por la sentencia de instancia, ha traído consigo varias vulneraciones de derechos fundamentales, las cuales no han sido reparadas por el auto que desestimó el incidente de nulidad promovido contra aquella sentencia. Según el primer motivo de la demanda, se lesionó el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por infracción de la doctrina de este tribunal sobre la garantía de inmediación para la posible revisión de los hechos declarados probados en una sentencia de primera o única instancia, tanto respecto de la consideración del llamado colectivo de Terrassa como organización criminal del art. 369 *bis*, apartado primero, CP, como por la apreciación de que su jefatura la ostenta el aquí recurrente *ex art. 369 bis*, apartado segundo, CP; vulneración que a su vez trae aparejada, añade la demanda, la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), también según nuestra doctrina. En el segundo motivo, se aduce la conculcación de nuestra doctrina sobre la garantía del principio acusatorio (art. 24.2 CE), por haber condenado al recurrente como jefe de dicha organización sin haberlo pedido expresamente el fiscal en su recurso de casación, lo que traería consigo asimismo la vulneración del derecho a la contradicción en juicio, y a la imparcialidad (art. 24.2 CE) del tribunal.

El tercer y último motivo, subsidiario de los anteriores, sostiene que en su conjunto el proceso cumplido «en segunda instancia» (en casación) no cumple con las exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH). Esta queja, en todo caso, solo puede ser examinada desde el prisma de la lesión de alguno de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución, en este caso la del art. 24.2 CE que se alega, pues al margen del valor interpretativo que deriva del art. 10.2 CE, la denuncia de vulneración de un precepto del Convenio europeo de derechos humanos no es objeto de control en un recurso de amparo (por todas, STC 53/2015, de 16 de marzo, FJ 1, y las que ahí se citan).

La demanda, conviene precisar por último, no impugna el pronunciamiento de la sentencia de casación que, estimando también el recurso del fiscal, acordó suprimir la atenuante de haber cometido el hecho por estar afectado de una grave adicción a las drogas (art. 21.7 en relación con el art. 21.2 CP), que la audiencia había reconocido al recurrente, por lo que esta cuestión queda fuera de nuestro examen.

El teniente fiscal ante este tribunal, en los términos que igualmente hemos resumido en los antecedentes, se opone en su escrito de alegaciones a la demanda de amparo y solicita su desestimación íntegra.

Asimismo, en el plazo legalmente previsto se han personado en este recurso don Said Makdad y don Abdellah El Kamouni, condenados en la misma causa como integrantes de la organización de Terrassa, quienes a través de su procurador han presentado escrito de alegaciones interesando su «adhesión» a la demanda de amparo. Sobre el significado de esta petición, debe recordarse nuestra reiterada doctrina en cuya virtud la posición procesal de quien se persona en un recurso de amparo para apoyar la

demanda ya interpuesta, está «subordinada a la del demandante de amparo y, por tanto, carece de autonomía, [...] "no puede esgrimir pretensiones distintas de las ejercitadas por aquel, ni mucho menos pretender el reconocimiento para sí de una situación jurídica individualizada, un derecho subjetivo [...]. Su intervención adhesiva debe quedar limitada a la facultad de alegar (art. 52.1 LOTC) cuanto le conviniere sin restricción dialéctica alguna, siempre que no altere el planteamiento ni el objeto del proceso" (ATC 146/1996, de 10 de junio, FJ único; en idéntico sentido STC 66/1989, de 17 de abril, FJ 1)» (STC 143/2006, de 8 de mayo FJ 2. En el mismo sentido, SSTC 203/2005, de 18 de julio, FJ 1, y 1/2006, de 16 de enero, FJ 1).

b) Para el correcto orden de enjuiciamiento de las quejas vertidas en la demanda ha de tenerse en cuenta, de un lado, la distinta articulación que en esta se hace entre motivos principales (los dos primeros) y subsidiarios (el tercero) para el caso de desestimación de los anteriores. De otro lado, ya dentro de las quejas principales, procede la aplicación a su vez de nuestra doctrina «según la cual, en el análisis de las diferentes lesiones alegadas ha de seguirse el criterio de "mayor retroacción" que viene empleando nuestra jurisprudencia (STC 180/2015, de 7 de septiembre, FJ 3), y que implica conceder prioridad al examen de aquellas causas que, de prosperar, determinarían la retroacción a un momento procesal anterior, lo que haría innecesario un pronunciamiento sobre las restantes (SSTC 90/2010, de 15 de noviembre, FJ 2; 25/2012, de 27 de febrero, FJ 2, y las que en ellas se citan)» (STC 102/2020, de 21 de septiembre, FJ 2; en el mismo sentido, STC 125/2020, de 21 de septiembre, FJ 3).

El resultado de ello es que se examinarán las quejas de la demanda, en el mismo orden que ha tenido a bien exponerlas dicho escrito.

2. *Examen del motivo de incumplimiento de la doctrina constitucional de las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2009, de 7 de septiembre, y 88/2013, de 11 de abril.*

A) La admisión del presente recurso de amparo, ateniéndonos al listado orientativo –no tasado– de motivos de especial trascendencia constitucional [arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC] que trae nuestra STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, no se acordó para fijar doctrina sobre alguna faceta nueva de un derecho fundamental o sobre un problema nuevo atinente a tal derecho. El recurso se admitió, según se plasma en la providencia dictada al efecto, porque una doctrina del tribunal podría estar siendo incumplida «de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental» [STC 155/2009, FJ 2 e)]. Hemos venido constatando, en efecto, que el incumplimiento de nuestra doctrina sobre la garantía de la inmediatez en la segunda instancia y casación penal, sentada en nuestra STC 167/2002, de 18 de septiembre, y perfilada y enriquecida por las posteriores SSTC 184/2009, de 7 de septiembre, y 88/2013, de 1 de abril, en los términos que luego se recordarán, continúa siendo desconocida o mal aplicada de manera persistente por tribunales de apelación y también en sede de casación, lo que nos ha llevado a admitir y estimar otros recursos de amparo por este mismo motivo (SSTC 125/2017, de 13 de noviembre; 73/2019, de 20 de mayo; 88/2019, de 1 de julio; 149/2019, de 25 de noviembre, y 1/2020, de 14 de enero). Ello no resulta incompatible, claro está, con que cumpliéndose *prima facie* los requisitos de fondo para su admisión por dicha causa de especial trascendencia constitucional, el examen definitivo en sentencia de la queja haya deparado su desestimación porque las resoluciones impugnadas no incurrieron en ese incumplimiento de doctrina (SSTC 105/2016, de 6 de junio, y 35/2020, de 25 de febrero). No en vano, ha puesto de relieve este tribunal que «no existe una correlación simétrica entre la fase de admisión y la de decisión, ni mucho menos vinculación del tribunal a que las cuestiones que dotaron de especial trascendencia constitucional al recurso se traduzcan forzosa y miméticamente en el núcleo de la decisión que finalmente se adopte, toda vez que la estructura del razonamiento, el orden conforme al cual han de estudiarse las quejas ante nosotros esgrimidas, u otras razones pueden impedirlo» [STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3, y, en el mismo sentido, 37/2019, de 26 de marzo, FJ 3 b)].

B) Las garantías de publicidad, intermediación y contradicción en vía de recurso devolutivo cuando se impugna una sentencia penal dictada en primera o única instancia, siempre que la revocación de la absolución con subsiguiente condena, o el agravamiento de la impuesta previamente, comporte modificar los hechos probados de la recurrida, ha venido a exigirse por este tribunal: (i) a partir de la STC 167/2002 para la revalorización de medios de prueba personal, en tanto manifestación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE); y (ii) a partir de la STC 184/2009, como una manifestación del derecho de defensa (art. 24.2 CE), a fin de oír personalmente al condenado respecto de los cargos formulados en su contra en el recurso. Garantía esta última que la STC 88/2013 recondujo y unificó dentro del arco de protección del derecho a un proceso con todas las garantías. Asimismo, y en lo que importa destacar, la doctrina de la STC 167/2002 asumida desde entonces, declara que no resulta precisa la celebración de vista cuando la revisión efectuada por el tribunal superior resulte ser una cuestión estrictamente jurídica que no altere las bases fácticas de la sentencia de primera o única instancia. Son pasajes significativos de la STC 88/2013, FFJJ 7 a 9, los siguientes:

«7. El alcance de las garantías constitucionales para quien resulta condenado en la segunda instancia, tras revisar una previa absolución, fue objeto de un detenido análisis, inspirado en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, o de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania), por el Pleno de este Tribunal Constitucional en la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, según la cual el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4, o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)–, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha destacado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración –como es el caso de pruebas documentales (así, STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)–; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en esta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de

recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6)».

[...]

8. Este tribunal ha realizado una lectura para complementar las garantías del acusado en la segunda instancia en la STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, señalando que, también de conformidad con la misma doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogida en la STC 167/2002, en aquellos casos en los que se condena en segunda instancia, revocando una previa absolución, o se agravan sus consecuencias, debe igualmente atenderse a la eventual exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE).

[...]

9. La duplicidad de derechos fundamentales que se consideran concernidos en proyección de las doctrinas establecidas en las SSTC 167/2002 y 184/2009 ha llevado a que este tribunal haya realizado un análisis independiente de ambas cuestiones en algunos pronunciamientos (así, SSTC 184/2009; 142/2011, de 26 de septiembre, o 153/2011, de 17 de octubre). Ahora bien, atendiendo al desarrollo, fundamentación y evolución de las doctrinas jurisprudenciales derivadas de las SSTC 167/2002 y 184/2009, se pone de manifiesto no solo la íntima interconexión de los criterios sentados con dichos pronunciamientos, sino también que tienen un fundamento común, al englobarse de manera inescindible la exigencia de intermediación probatoria y el derecho del acusado absuelto a ser oído, que no es sino una concreta manifestación del principio de contradicción, en el más genérico derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). De ahí que este tribunal también haya optado en otros pronunciamientos por hacer un análisis integrado y conjunto de ambos aspectos (así, SSTC 135/2011, de 12 de septiembre, FJ 3, y 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).

[...]

En este contexto, si bien hay supuestos en los que resulta posible diferenciar más claramente los aspectos de intermediación de la valoración probatoria y del derecho del acusado a ofrecer al órgano judicial su testimonio personal, y proyectar un análisis independiente de ambos, resulta más adecuado que queden conjuntamente englobados como manifestaciones concretas dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en su proyección a la segunda instancia. [...]

En conclusión, de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, intermediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal».

Aunque la doctrina enunciada habla de la segunda instancia, la misma resulta totalmente extensible al ámbito del recurso de casación (entre otras, SSTC 172/2016, de 17 de octubre; 125/2017, de 13 de noviembre; 1/2020, de 14 de enero, y 35/2020, de 25 de febrero); llegando a advertir la STC 172/2016, en su FJ 8, que la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias declarando que el acto de la vista del art. 893 LECrim no está contemplado para la práctica de pruebas en casación, y que el Pleno de dicha Sala dictó un acuerdo no jurisdiccional el 19 de diciembre de 2012, estableciendo que «la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído

personalmente antes de la decisión del recurso no es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley».

C) La doctrina de referencia conduce a la desestimación del motivo, en las dos vertientes que se plantean por la demanda:

a) Así, en primer lugar, respecto de la consideración *ex novo* por la sentencia de casación del colectivo de Terrassa en el que se integraba el recurrente, como una «organización criminal», no cabe considerar que con ello se haya acometido una labor de revisión de los hechos probados en la instancia, ni la revalorización de pruebas personales. Por el contrario, se trata de una estricta operación de calificación jurídica de los hechos, que pasan de subsumirse en el tipo básico del art. 368 CP («[l]os que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos», agravado según el art. 369.1.5 CP por tratarse de cantidad de notoria importancia), por el que condenó la audiencia, al tipo autónomo y agravado del art. 369 *bis*, párrafo primero, CP («[c]uando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos»), por el que ha condenado el Alto Tribunal en el ejercicio de sus funciones de vigilancia del Derecho (nomofilaxis).

Resulta indiscutido por el recurrente que la expresión «organización criminal» del art. 369 *bis*, párrafo primero, CP, entraña un concepto jurídico cuya determinación en abstracto remite al art. 570 *bis* del mismo Código, a tenor del cual: «A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos». Se trataba entonces de determinar si los elementos que determinan dicha organización concurren o no (subsunción) a partir de los hechos probados. Esto es lo que, a petición del fiscal en su recurso, lleva a cabo la Sala sin añadir hechos nuevos ni modificar las bases fácticas fijadas por la audiencia, en los fundamentos de Derecho trigésimo cuarto y trigésimo quinto de la sentencia impugnada. Parte para ello de la distinción entre los conceptos de «codelincuencia», «grupo criminal» y «organización criminal», con cita de preceptos jurídicos y de jurisprudencia previa, pasando a continuación a rebatir los argumentos dados por la sentencia de instancia para no calificar los hechos como organización criminal.

En sostén de esa distinta subsunción, la sentencia de casación reproduce algunos de los pasajes de la sentencia de instancia, no de manera retórica sino para apoyarse en ellos justamente para llegar a la nueva calificación jurídica, hasta el punto de poner de relieve la propia contradicción de la audiencia al emplear estas frases que niegan la existencia de una estructura jerárquica («[actuaba el grupo de Terrassa] con una falta clara de dependencia jerárquica y distribución de funciones [...]»), con otras que simultáneamente la afirman («[Atik Kamdad] ocupaba una posición de coordinación preeminente entre los demás familiares [...] encargándose de la supervisión de los grupos que se encargaban del transporte de la ilícita mercancía, decidiendo a veces y sobre la marcha los vehículos y personas que debían efectuar cada desplazamiento [...] sí les daba frecuentes instrucciones telefónicas [...] su hermano el también procesado Adil Makdad [...] ejercía las mismas funciones en los períodos temporales en los que Atik Makdad se ausentó en Marruecos [...]»).

Y no son esas las únicas afirmaciones de la sentencia de instancia que reconocían esa estructura jerárquica, así por ejemplo: «para la apreciación de la organización

criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones [...]. Que ello acontezca de cierta manera en el presente caso, aunque no con toda claridad, en una aproximada distribución de funciones entre los miembros de la familia Makdad [...]» (fundamento de Derecho undécimo). O: «[...] si bien precisamente permite acreditar un cierto nivel de dirección y control del acusado Atik Makdad en el grupo o colectividad criminal de Terrassa, lo que viene asimismo acreditado por las conversaciones intervenidas a Mohamed Makdad y mantenidas con Atik Makdad, en el que este le daba instrucciones al primero [...]» (fundamento de Derecho decimocuarto de la sentencia de instancia).

A partir de esos hechos probados, que son los mismos, y de las pruebas que los fundan (intervenciones telefónicas, testificales de la policía, y declaraciones de los acusados), que tampoco difieren, la Sala de casación rebate que la falta de prueba de un acuerdo inicial entre todos los integrantes de dicho colectivo, o la falta de prueba de un determinado reparto de ganancias entre ellos, o la falta de prueba de que cada uno de los miembros desarrollaban una función concreta y única en todas las operaciones de transporte de la droga, o en fin, que no se probara la actuación coordinada entre esa batería y la de Sant Joan Despí, pudieran traducirse, como sostenía la audiencia, en circunstancias impeditivas para calificar a tal grupo como organización criminal del art. 369 *bis* CP. No es, por tanto, que se alteren los hechos probados para decir que esos aspectos sí están probados, sino que la falta de prueba de los mismos no es jurídicamente relevante para evitar calificar sus actividades como organización criminal. Esto es lo que razona la Sala del Alto Tribunal en los indicados fundamentos de Derecho de su sentencia, y sobre ello vuelve de nuevo para explicar correctamente lo realizado, en los fundamentos de Derecho quinto a octavo del auto desestimatorio de la nulidad de actuaciones. Nada hay en esto que vulnere las garantías constitucionales invocadas.

b) La misma suerte desestimatoria corre la misma queja, ahora en relación con la consideración del recurrente como «jefe» de la mencionada «organización criminal» de Terrassa. De nuevo nos encontramos con un concepto normativo inserto en el tipo autónomo del art. 369 *bis* CP, ahora en el párrafo segundo («[a] los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero»), y con una serie de hechos declarados probados por la sentencia de instancia que se toman como fundamento de la sentencia de casación para alcanzar el resultado de subsunción en el tipo agravado, operación esta última a la que no llegó la audiencia por no haber declarado la existencia de la organización criminal. Esos hechos probados de la sentencia de instancia, que evoca luego la de casación, son justamente los que reconocen una cierta estructura jerárquica en el grupo a resultas de las funciones que tenía el recurrente, y por tanto no se ha producido una nueva revalorización de pruebas personales ni la alteración de los hechos probados. Se desestima por tanto este primer motivo de la demanda de amparo.

3. Examen del motivo de vulneración del principio acusatorio (art. 24.2 CE).

A) Aunque el presente recurso, ya se ha explicado, se admitió a trámite porque concurría una de las causas de especial trascendencia constitucional en conexión con otra queja distinta de la demanda a la que ahora nos ocupa, ello no es óbice lógicamente para el examen de esta última, siendo doctrina reiterada de este tribunal la de que «la especial trascendencia constitucional se exige del recurso y no de cada uno de los motivos en concreto» [STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 3. En el mismo sentido, entre otras últimamente, SSTC 1/2020, de 14 de enero, FJ 2, y 97/2020, de 21 de julio, FJ 2 B) a)].

Se alega por el recurrente que las resoluciones impugnadas han conculcado la garantía del principio acusatorio en el trámite de sentencia (art. 24.2 CE), al aplicar la Sala Segunda del Tribunal Supremo al recurrente el tipo agravado del art. 369 *bis*, párrafo segundo, CP, como jefe de la organización criminal de Terrassa, sin haberlo solicitado de manera expresa el fiscal en su recurso de casación. Para resolver esta queja procede remitirnos como fuente de doctrina a la STC 47/2020, de 15 de junio, que recogiendo y sistematizando otras resoluciones anteriores, señala sobre este derecho fundamental, también conocido como de congruencia o correlación entre las

pretensiones de la acusación y la defensa y la sentencia, en el fundamento jurídico 3, destacando a los efectos de este amparo los siguientes pronunciamientos de los apartados a) y c):

«a) En la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 4, citada por la demandante ya desde el momento en que interpuso el incidente de nulidad de actuaciones que sería inadmitido *a limine* por la audiencia, el Pleno de este tribunal recordó lo expuesto en la STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 3, reiterando que, aunque el principio acusatorio no aparezca expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para entender protegidos por el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación para comprender un haz de garantías adicionales. En este sentido, se resaltó la vinculación del principio acusatorio tanto con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación, como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial.

Por lo que afecta al fundamento del deber de congruencia entre la acusación y el fallo, como manifestación del principio acusatorio contenida en el derecho a un proceso con todas las garantías, la citada sentencia expuso su directa relación, principalmente, con el derecho a la defensa y a estar informado de la acusación; de modo que si el juzgador se extralimita en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferentes de los pretendidos por las acusaciones, priva a la defensa de la necesaria contradicción. Este deber de congruencia encuentra su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías: el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento, pues un pronunciamiento judicial que vaya más allá de la concreta pretensión punitiva solicitada por quienes sostengan la acusación, implicará la invasión por el órgano judicial de competencias reservadas constitucionalmente a aquellas acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitarla; ello conduciría, además, a una pérdida de su necesaria posición de imparcialidad, con efectos sobre el derecho a un proceso con todas las garantías (SSTC 123/2005, FJ 4; 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2, o 170/2006, de 5 de junio, FJ 2).

Así pues, la vinculación entre la pretensión punitiva sostenida por las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con lo solicitado por aquellas. Lo cual responde a la necesidad no solo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los distintos participantes en el proceso penal (arts. 117 y 124 CE). De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre acusación y fallo, por parte de una resolución judicial, debe venir dado no solo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir contradictoriamente los elementos de la acusación, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden (STC 155/2009, FJ 4, siguiendo a la STC 123/2005, de 12 de mayo).

De otra parte, en cuanto al alcance del deber de congruencia respecto a la pretensión punitiva, el juzgador queda constitucionalmente sometido a un doble condicionamiento: fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico viene determinado por los hechos objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación, como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal; el órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que varíen sustancialmente la acusación, ni realizar la subsunción con ellos. El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realice la acusación y la consiguiente petición sancionadora. Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el

ejercicio del *ius puniendi*, el juez podrá condenar por un delito distinto del solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad, de manera que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que, el órgano judicial, modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio (STC 155/2009, FJ 4, y jurisprudencia allí citada).

[...]

c) Finalmente, es también doctrina de este tribunal que la ausencia de indefensión debe respetarse en cada instancia. Lo cual, desde la perspectiva del principio acusatorio, implica que el sostenimiento de pretensiones acusatorias resulta igualmente exigible en la fase de apelación de la sentencia (SSTC 163/1986, de 17 de diciembre, FJ 3; 168/1990, de 5 de noviembre, FJ 2; 11/1992, de 27 de enero, FFJJ 3 y 4; 83/1992, de 28 de mayo, FJ 1, o 283/1993, de 27 de septiembre, FFJJ 4 y 5). De este modo, no basta con que el principio acusatorio haya tenido efectividad en la primera instancia, para entender cumplidas sus exigencias en la segunda instancia si no se reformula en ella la pretensión: la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia debe existir en todas las instancias judiciales (STC 100/1992, de 25 de junio, FJ 2; también SSTC 28/1981, de 23 de junio; 240/1988, de 19 de diciembre; 53/1989, de 22 de febrero, y 168/1990, de 5 de noviembre). Conforme a ello, la inexistencia de acusación en la apelación o su defectuoso planteamiento en dicho grado no pueden entenderse suplidos, en modo alguno, por la primera acusación, ya que «en un sistema acusatorio deben entenderse igualmente excepcionales los poderes de actuación *ex officio* del juez lo mismo en la primera que en la segunda instancia» (STC 240/1988, de 19 de diciembre, FJ 3, por remisión a la STC 84/1985, de 8 de julio).

La pretensión acusatoria debe constar, además, debidamente exteriorizada, rechazándose las formas tácitas o implícitas como manera de satisfacer el principio acusatorio exigible en cada una de las instancias penales (STC 47/1991, de 28 de febrero, FJ 2, por remisión a la STC 163/1986). Este tribunal no se refiere con ello a supuestos de simple confirmación de la sentencia de primera instancia, sino a aquellos casos en los que, sin formularse acusación en grado de apelación, sea condenado quien no lo fue en la instancia anterior bien porque no fue acusado, bien porque resultó absuelto (SSTC 163/1986; 53/1987, de 7 de mayo, o 11/1992, de 27 de enero), así como a aquellos casos en los que el tribunal ad quem agrave la sentencia de instancia sin previa solicitud por alguna de las partes personadas (SSTC 17/1987, de 13 de febrero, y 19/1992, de 14 de febrero). Ahora bien, debe tenerse especial cuidado en no confundir la inexistencia de acusación con la calificación jurídica errónea que hayan podido efectuar el Ministerio Fiscal u otras acusaciones, puesto que el órgano judicial, si así la considera, no estaría vinculado por la tipificación o imputación que en ella se efectúe (SSTC 163/1986, 47/1991 y 11/1992).

B) La aplicación de la doctrina de referencia conduce a la desestimación de la presente queja. El motivo primero del recurso de casación del fiscal plantea, precisamente, que el colectivo de Terrassa debe calificarse como organización criminal del art. 369 *bis* CP porque posee una estructura jerárquica, reproduciendo los pasajes de la sentencia de instancia en los que se hace un reconocimiento de este hecho individualizando en la persona del aquí recurrente la dirección de dicha organización. Entre otros, el escrito del fiscal reproduce los siguientes (i) «Atik Makdad, ocupaba una posición de coordinación preeminente entre los demás familiares, al ser el pariente mayor de todos ellos, y amigos que iban a formar los diversos grupos de Terrassa, encargándose ocasionalmente de la gestión de la compra de la droga en origen, de su venta en el punto de destino y en ocasiones, de la supervisión de los grupos que se encargaban del transporte de la ilícita mercancía, decidiendo a veces y sobre la marcha los vehículos y personas que debían efectuar cada desplazamiento para el aprovisionamiento de la droga, pero sin controlar permanentemente las actividades del resto de los componentes del colectivo, aunque sí les daba frecuentes instrucciones telefónicas, disponía sobre las muestras de sustancia y sobre el destino de la sustancia

almacenada, ordenando pagos, interviniendo personalmente en ocasiones puntuales para solucionar problemas e incluso llegando a costear los gastos de asistencia letrada derivados de tales actuaciones. En estrecha colaboración con el anterior, su hermano el también procesado Adil Makdad, alias Negro, ejercía las mismas funciones en los períodos temporales en los que Atik Makdad se ausentó a Marruecos»; (ii) «[Adil Makdad] trasladaba las instrucciones de Atik relacionadas con la actividad delictiva, actuando como intermediario, en las comunicaciones de su hermano con el resto de miembros del colectivo criminal y con terceros que colaboraban con ellos y compartiendo con él el desarrollo de la actividad delictiva».

Con palabras del fiscal, se desprende de la sentencia de instancia que el llamado colectivo de Terrassa «es un colectivo estable con un centro de decisiones o eje central asumido por dos de los procesados Atik Makdad y Adil Makdad sustituyendo este al primero en sus funciones cuando aquel no se encuentra en España que gestionan, supervisan, deciden, disponen, ordenan y dan instrucciones telefónicas al resto de los componentes de la agrupación; una estructura en la que cada uno de los integrantes tiene asumida una función con distinto grado de responsabilidad [...]». Y de nuevo reproduciendo un pasaje de la sentencia de instancia: «Atik Makdad, siguió manteniendo la jefatura y control, en cierta medida, del colectivo criminal de Terrassa, dando órdenes, instrucciones y directrices».

De manera congruente con este planteamiento, en el párrafo de conclusiones de su escrito el fiscal solicita la condena por el art. 369 *bis*, párrafos primero y segundo, CP, siendo este último el precepto que contiene el tipo agravado para los jefes de la organización criminal y que, de otro modo, no tendría sentido que lo invocara. Párrafo de conclusiones que, además, cierra con la referencia a la «imputabilidad plena del procesado Atik Makdad».

El escrito brindó pues a la defensa del aquí recurrente y a este la oportunidad de conocer la pretensión acusatoria promovida en su contra, que era la misma ya sostenida por el fiscal en la instancia, y que correctamente resuelve la Sala *ad quem*, sin que para su acogimiento esta última haya conculcado el principio acusatorio (art. 24.2 CE).

4. *Examen del motivo de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), considerada la tramitación en su conjunto del procedimiento de casación.*

Finalmente, en cuanto a la tercera y última queja de la demanda de amparo, formalizada de manera subsidiaria para el caso de desestimarse las dos anteriores, tampoco puede prosperar. Se alega como vulnerado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en relación con el derecho a un proceso equitativo del art. 6 CEDH, bajo una perspectiva de conjunto de lo sucedido en el procedimiento de casación. Sin embargo, al identificar las circunstancias que llevarían a esa consideración global, la demanda se limita a verter otra vez las dos quejas previas (ruptura de la intermediación y del acusatorio), aunque ahora desglosadas en seis puntos (excluimos el enunciado como número 3, por lo que luego se dirá), sin aportar nada nuevo. Siendo así, una vez rechazado en los fundamentos jurídicos anteriores de la presente sentencia que aquellas dos vulneraciones constitucionales se hubieren producido, ningún dato añadido ofrece la demanda para recalificarlas como irregularidades procesales susceptibles de haber menoscabado «en su conjunto» las posibilidades de defensa y contradicción del recurrente en dicho procedimiento de casación.

Lo único que alega la demanda aparte de aquellas quejas es el que aparece como punto número 3, consistente en que el recurso del fiscal debió ser inadmitido por la Sala del Tribunal Supremo, con aplicación del art. 884.4 LECrim («[c]uando no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición»). Ahora bien, así tan escuetamente expuesto lo que se denuncia es si acaso una supuesta infracción legal, que se sitúa extramuros de este amparo por mucho que se la quiera categorizar como parte de una lesión del art. 24.2 CE. Además, nada se dijo al respecto en el incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia, ni consta que lo hiciere

antes de recaer esta última, por lo que su deducción en este amparo incurriría en el óbice procesal del art. 44.1 c) LOTC.

El rechazo a esta última queja, unido al de las anteriores, conduce como consecuencia a la desestimación de todo el recurso.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la demanda presentada por don Atik Makdad.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de febrero de dos mil veintiuno.—Encarnación Roca Trías.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3917-2019

Con respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta. Considero que hubiera debido ser estimatoria por vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE) por haberse agravado la condena del demandante de amparo en la segunda instancia sin haberle dado la oportunidad de ser escuchado por el órgano judicial que ha agravado su responsabilidad penal.

1. *Precisiones sobre la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la condena o agravación de la responsabilidad penal en la segunda instancia.*

1. Comparto la extensa exposición de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la condena o agravación de la responsabilidad penal en la segunda instancia contenida en la sentencia. Mi discrepancia con la opinión mayoritaria radica en la aplicación de esta jurisprudencia en el caso enjuiciado.

La cuestión controvertida es determinar si las discrepancias que se suscitaban en el recurso de casación —que en este caso cumplía, a la vez, la función de una segunda instancia revisora— suponían (tomando prestada la expresión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) «conocer de un asunto de hecho y de Derecho y estudiar la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia en su conjunto» (STEDH de 20 de septiembre de 2016, asunto *Hernández Royo c. España*, § 11), en cuyo caso hubiera sido preciso otorgar un trámite de audiencia al acusado en respeto a sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE).

2. En mi apreciación, las cuestiones planteadas en el recurso de casación en este caso son semejantes a las que se suscitaban en los asuntos resueltos en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, asunto *Lacadena Calero c. España*, y de 13 de junio de 2017, asunto *Atutxa Mendiola y otros c. España*, en que también se estimaron recursos de casación. En estos casos se condenó en la segunda instancia a quienes habían sido absueltos en la primera y en el que estamos enjuiciando se apreciaron determinadas agravaciones que se consideraron no procedentes en la primera instancia con fundamento en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo. En ambos casos no se produjo alteración de la declaración de hechos probados.

En todos los casos el Tribunal Supremo (i) resolvía primero cuestiones estrictamente jurídicas de interpretación de un precepto sustantivo en divergencia con las apreciaciones del órgano judicial de instancia. Inmediatamente después (ii) aplicaba esta interpretación al supuesto de hecho declarado probado en la instancia para, finalmente, efectuar un juicio en su conjunto de la culpabilidad o agravación de la responsabilidad penal del acusado a partir de la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para ello.

La primera labor de interpretación de un precepto penal de carácter sustantivo es estrictamente jurídica. No resulta, pues, preciso un específico trámite de audiencia. La segunda labor, sin embargo, en la medida en que suponga entrar en contacto con los hechos para hacer una labor de subsunción que comprenda no solo los elementos objetivos, sino también otros subjetivos del tipo penal, implica inevitablemente –con independencia de que no se alteren los hechos probados–, por un lado, entrar en contacto con estos hechos, cosa que no excluye la necesidad de su reinterpretación. Por otro, supone estudiar la culpabilidad o inocencia en conjunto sobre estos hechos, frecuentemente acreditados a partir de prueba personal que el órgano judicial que finalmente condena no ha tenido la oportunidad de presenciar con la debida intermediación. Esta segunda labor, en respeto a los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE), exige, al menos, dar la posibilidad al acusado de dirigirse al órgano judicial que va a declarar la agravación de su responsabilidad.

II. *La aplicación de la jurisprudencia constitucional al caso concreto.*

3. En el presente caso, la controversia que se planteaba en el recurso de casación reside en que respecto del demandante de amparo no se habían considerado concurrentes en la primera instancia las circunstancias agravatorias de pertenencia a organización criminal (art. 369 *bis*, primer párrafo, CP) y condición de jefe de ella (art. 369 *bis*, segundo párrafo, CP) en el delito contra la salud pública por el que había sido condenado (art. 368 CP).

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia considera que la controversia desarrollada en la casación era meramente jurídica fundándose en que solo afectaba a la interpretación que cabía hacer de dichas circunstancias agravatorias. Por tanto –concluye– no era constitucionalmente necesario que el acusado hubiera tenido la oportunidad de dirigirse al tribunal que finalmente apreció aquellas circunstancias, con el resultado de la elevación de una pena de tres años y seis meses de prisión a otra de diez años de prisión y de la duplicación de la cuantía de la multa impuesta.

Discrepo de esa apreciación.

Ninguna objeción cabe, desde la perspectiva constitucional, a que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en tanto que órgano jurisdiccional superior en el orden penal (art. 123.1 CE), declare cuál debe ser la interpretación de estas circunstancias agravatorias de la responsabilidad del delito contra la salud pública y de cuál es la diferencia entre la codelinuencia, el grupo criminal y la organización criminal, ni los requisitos necesarios para apreciar cuándo concurre la jefatura de una organización criminal.

Sin embargo, los razonamientos de las sentencias de casación ponen de manifiesto que la labor desarrollada por el órgano judicial de casación no se limitó a cumplir esta función interpretativa de las circunstancias agravatorias del art. 369 *bis* CP (atendiendo a la nueva configuración que se realiza en la sentencia de casación de ambas circunstancias), sino que, acto seguido, llevó a cabo una labor sobre la que no se había podido pronunciar el órgano de instancia: el análisis desde esta nueva perspectiva de los hechos probados y de las valoraciones probatorias en relación con pruebas personales realizadas con la debida intermediación. Finalmente concluyó que sí concurría la existencia de una organización –y no un mero grupo criminal– y que, además, su jefatura correspondía al demandante de amparo.

Esta actividad, ciertamente, se desarrolló sin alterar la declaración de hechos probados. Esto no excluye en absoluto el hecho de que se entró en contacto con los

hechos probados y las valoraciones probatorias realizadas sobre pruebas personales no practicadas en presencia del tribunal de casación para concluir sobre la culpabilidad en relación con el conjunto de estos hechos como constitutivos de un subtipo agravado del delito contra la salud pública hasta casi triplicar la pena privativa de libertad. Esta actividad, en los términos exigidos por la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubieran exigido otorgar al hoy demandante de amparo la oportunidad de dirigirse al tribunal que le condenó.

4. La sentencia de instancia, en lo que se refiere a la absolución del demandante de amparo en relación con la aplicación del subtipo agravado del art. 369 *bis* CP por integración en organización criminal y ostentar su jefatura, incluyó en la declaración de hechos probados, entre otras afirmaciones, las siguientes:

(i) los diversos acusados «iban interviniendo en diversos momentos, grupos y ocasiones, sin que conste acreditado no obstante que fueran a compartir el provecho económico que obtuvieran entre todos y según un convenio de reglas de reparto en función del respectivo protagonismo criminal, pero que conformaron un entramado codelictual para introducir en nuestro país importantes cantidades de sustancia estupefaciente»;

(ii) «no ha resultado suficientemente acreditado que todo el colectivo dispusiera de una estructura organizativa jerárquica con un núcleo responsable, situado en su eje central, y con reparto claro de funciones, pero sí que actuaban como "baterías o grupos independientes" formados en cada caso por entre tres o cinco personas que transportaban la sustancia» y que «estos grupos se conformaban con integrantes del colectivo de la familia Makdad, amigos de los mismos y a veces con personas externas al mismo pero en directa colaboración con ellos»;

(iii) que tampoco resultaba suficientemente acreditado que los acusados, «que se reunían parcial y frecuentemente en inmuebles y locales comerciales propiedad de algunos de ellos o de sus familiares [...], lo verificaran para la planificación de la actividad ilícita objeto de enjuiciamiento ni [...] se les convocara por quienes aparentemente pudieran ser los integrantes de mayor responsabilidad»; y

(iv) que cabe distinguir dos grupos operativos distintos independientes entre sí pero interrelacionados, uno de los cuales se conformaba por los acusados de la familia Makdad, en el que el resto de procesados se referían al demandante de amparo como *Rais* (jefe), y que, «si bien con una falta clara de dependencia jerárquica y distribución clara de funciones [...] ocupaba una posición de coordinación preminente entre los demás familiares, al ser el pariente mayor de todos ellos [...], pero sin controlar permanentemente las actividades del resto de los componentes del colectivo, aunque sí les daba frecuentes instrucciones telefónicas, disponía sobre las muestras de las sustancias y sobre el destino de la sustancia almacenada, ordenando pagos, interviniendo personalmente en ocasiones puntuales para solucionar problemas e incluso llegando a costear los gastos de asistencia letrada derivados de tales actuaciones».

A partir de tales constataciones, la sentencia de instancia argumenta en su fundamento de Derecho XI que, si bien la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente, «la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra uno solo». También se insiste en que «para apreciar la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros [...], sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables

en los casos de codelinuencia [...]. Y ello, como se ha indicado en los hechos declarados probados, no ha resultado en absoluto acreditado».

A estos efectos, me parece relevante destacar que, como se pone de manifiesto en la sentencia de instancia, la afirmación de que no habían quedado acreditados todos estos extremos de la existencia de una organización ni de que en el vértice de esa organización estuviera el demandante de amparo se realiza atendiendo al hecho de que, junto a la declaración de este y de otros coimputados realizadas ante el órgano judicial, esta fue la apreciación extraída de la declaración de los principales testigos policiales de cargo que la realizaron a su presencia.

También creo determinante poner de manifiesto lo afirmado en el apartado XIII de los fundamentos de Derecho en que se declara, entre otros extremos, lo siguiente; (i) «debemos partir de la base de que a tenor de las pruebas practicadas, fundamentalmente del conjunto de intervenciones telefónicas practicadas y declaraciones testificales de los tres principales responsables de las mismas [...], al declarar como testigos en el acto de la vista, que no ya de meras sospechas policiales o indicios criminales propios de la fase de instrucción, no obstante en modo alguno resultó acreditado suficientemente que los procesados hubieran estado de acuerdo desde un primer momento en la verificación consecutiva de un conjunto de operaciones de encargo y transporte de droga desde Marruecos a España [...] ni que hubieran colaborado desde un primer momento de forma conjunta y estructuradamente bajo el seno de una estructura más o menos organizada dirigida por Atik Makdad [...], y destinada a la comisión de ilícitos penales de tráfico de drogas; ni tampoco el que desde un primer momento existiera una relación jerárquica entre ellos ajena a la familiar, ni incluso de dependencia funcional de unos respecto de otros, ni dirigida a compartir el correspondiente provecho económico en función de su individual labor acometida u desarrollada»; y (ii) «y ello por cuanto, como ha resultado recogido en los apartados de los hechos declarados probados, de la prueba practicada en el acto de la vista en juicio oral en base a los principios de inmediación y contradicción y en juicio racional y lógico conforme prescribe el artículo 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal, solamente ha resultado acreditado que los procesados se conocían entre sí, eran muchos parientes de la misma familia [...], y ello reconocido incluso por los propios agentes que depusieron como testigos [...], afirmando además que actuaban en dos baterías independientes una de la otra (grupo de Terrassa y grupo de Sant Joan Despí), pero el que ambos grupos estuvieran dirigidos por Atik Makdad, no deja de ser una apreciación y valoración subjetiva de la acusación».

Esto es, la conclusión de la sentencia absolutoria de instancia en relación con la existencia de una organización criminal y la condición de jefe del demandante de amparo se fundamentó, partiendo de la doctrina sobre la diferencia entre organización y grupo criminal y sobre los requisitos necesarios para apreciar una jefatura de la organización en los delitos contra la salud pública, en que, de conformidad con la prueba personal realizada con inmediación a su presencia, incluyendo la propia declaración del demandante de amparo, de diversos coimputados y de los agentes policiales que intervinieron en las intervenciones telefónicas y en la investigación, no quedaba acreditado ese concreto extremo, lo que impidió que se hiciera un pronunciamiento apreciando la concurrencia de un subtipo agravado del delito contra la salud pública cometido por organización criminal y ostentando su jefatura.

5. La sentencia de casación resolvió respecto del demandante de amparo el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, que sostuvo que se había cometido una infracción de ley al no aplicar al recurrente el subtipo agravado del art. 369 *bis*, párrafos primero y segundo, CP por la existencia de organización criminal y de su condición de jefe de ella. El resultado fue que se estimó el recurso de casación respecto de ambas cuestiones (fundamentos de Derecho trigésimo quinto y trigésimo sexto de la primera sentencia de casación) y se condenó al demandante de amparo por el subtipo agravado del art. 369 *bis* CP (fundamento de derecho segundo de la segunda sentencia de casación).

La sentencia de casación, en el fundamento de Derecho trigésimo quinto, discrepa sobre los requisitos necesarios para afirmar la existencia de organización criminal sustentada por el órgano judicial de instancia, afirmando que «se basa en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal. Es la conjunción de estabilidad temporal y complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al incremento en la capacidad de lesión en tanto que facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan». Añade que «para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos. Es preciso un reparto más perfilado de responsabilidades y tareas, pero sin llegar a exigir como parece derivarse de los razonamientos de la audiencia absoluta rigidez e impermeabilidad e infungibilidad total entre los miembros».

A partir de ello se declara que (i) «no hace falta que esté prediseñado un reparto de beneficios proporcional. [...] No es necesario acreditar repartos de dividendos u honorarios prefijados»; y (ii) «la variación temporal de funciones y roles tampoco deconstruye una organización. [...]. No hace falta un organigrama rígido con un reparto de funciones inmutable y preestablecido. Estamos hablando de organización criminal, no de una asociación legal con sus estatutos y sus normas y concretos y rígidos puestos de trabajo o funciones asignadas dentro de un organigrama estable. Unas ciertas dosis de informalidad son casi consustanciales a una organización criminal, salvo supuestos especiales –los menos– en que se impone una férrea disciplina (algunos grupos terroristas)». La conclusión es que, si bien «la sentencia rechaza la catalogación como organización delictiva, por ausencia de estructura jerárquica, reparto de responsabilidades y tareas con consistencia, rigidez y estabilidad temporal. No obstante, en el relato de hechos probados al describir a los colectivos que cometen los hechos imputados se vislumbra una estructura temporal y una descripción de funciones muy semejantes a las recogidas en la calificación con la que Ministerio Fiscal sostenía la existencia de una organización».

Es especialmente destacable, por lo que se refiere al debate sobre la concurrencia de organización criminal, la referencia que se hace en el fundamento jurídico trigésimo cuarto a que, si bien la sentencia de instancia contiene en su relato de hechos probados algunas afirmaciones categóricas sobre que no queda acreditada la existencia de una organización criminal, «atendiendo al conjunto del hecho probado y sin negar esos concretos extremos, se puede fiscalizar esa cuestión».

A continuación de esta exposición, la sentencia de casación aborda en el fundamento de Derecho trigésimo sexto si puede achacarse al demandante de amparo la condición de jefe de la organización. A este respecto, el análisis de la cuestión, muy sucinto, se refleja en que «si somos fieles al hecho probado Atik Makdad no puede ser apartado de esa categoría, aunque la sentencia trate de excluir una dependencia jerárquica. Atik está en una posición prevalente que dimana de todo el relato de hechos y lo informa. [...] Aparece como el muñidor de las operaciones; es quien contacta habitualmente con los proveedores; quien supervisa cada operación y, en su caso, imparte instrucciones concretas. Que sea conocido como Rais (no es necesario que esa expresión haya sido traducida por alguien en la causa; puede considerarse de conocimiento común) no es lo decisivo, pero sí es un dato que corrobora ese papel directivo, dentro lógicamente de la oficiosidad de una organización criminal respecto de la que sería absurdo exigir un nombramiento, un organigrama oficial o unos estatutos estableciendo funciones o dependencias. Los hechos probados al describir la conducta de Atik definen un sustrato del que surge con naturalidad la asignación de ese papel que atrae una penalidad agravada».

6. Toda esta descripción del *iter* discursivo de la sentencia de casación acredita, en los términos ya enunciados, que la conclusión agravatoria se conformó afirmando tanto

la existencia de una organización criminal como la jefatura que sobre ella ostentaba el demandante de amparo.

Esta afirmación no puede evitar fundamentarse, a pesar de que se mantiene formalmente inalterada la declaración de hechos probados, en serias discrepancias, como reconoce la propia sentencia de casación, con los hechos probados derivados de la valoración probatoria realizada por el órgano judicial de instancia sobre las relaciones existentes entre los diferentes acusados y la posición que ocupaba entre ellos el demandante de amparo a partir de una extensa y también compleja prueba personal desarrollada en su presencia, que incluía la propia declaración del recurrente, la de otros coimputados y la de varios agentes que efectuaron las intervenciones telefónicas y desarrollaron la investigación sobre los hechos enjuiciados. Esta labor trasciende aspectos estrictamente jurídicos al implicar un estrecho contacto con valoraciones probatorias basadas en pruebas personales que solo resultan constitucionalmente admisibles para agravar una responsabilidad penal en la segunda instancia si se hacen con respeto a la garantía de inmediación exigida en el art. 24.2 CE, cosa que en este caso no ocurrió.

En conclusión, considero que, en las circunstancias del caso, el debate que se desarrolló en el recurso de casación respecto de la responsabilidad penal del demandante de amparo por su integración en una organización criminal y su jefatura superaba los límites de las cuestiones estrictamente jurídicas que permiten excepcionar el principio constitucional de que la agravación de una condena en la segunda instancia solo puede hacerse dando la posibilidad efectiva al acusado de dirigirse personalmente al órgano judicial que finalmente aprecia una responsabilidad penal más grave. No desconozco que la tradicional regulación del recurso de casación dificulta en la práctica el cumplimiento –en todo caso inexorable– de las exigencias propias de la doble instancia penal y que la nueva regulación del recurso de apelación penal viene a solventar en parte estas dificultades, atendida la competencia que ahora se reconoce a la nueva Sala de Apelación de la Audiencia Nacional y a las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia para conocer de los recursos de apelación contra sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de las audiencias provinciales. Sin embargo, creo que la cuestión tiene gran importancia, pues la aplicación del criterio seguido en la sentencia de casación no solo implica, a mi juicio, una quiebra relevante en el sistema de garantías, sino que cabe predecir su extensión a los recursos de apelación penales como criterio jurisprudencial.

Madrid, a quince de febrero de dos mil veintiuno.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.