

Roj: **STS 6560/2013 - ECLI:ES:TS:2013:6560**Id Cendoj: **28079120012013101051**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/12/2013**Nº de Recurso: **229/2013**Nº de Resolución: **1024/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 3538/2012,**  
**STS 6560/2013**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Diciembre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por los procesados **Sixto y Abelardo** representados por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, y **Eliseo**, representado por el Procurador D. Pablo Trujillo Castellano, **Laureano Y Teodoro**, representados por la Procuradora D<sup>a</sup> María Sonia Posac Ribera, contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la **Audiencia Provincial de Sevilla**, con fecha **10 de octubre de 2012**, que les condenó por delitos de contrabando. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida El Abogado del Estado. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de Sevilla, instruyó Procedimiento Abreviado nº 150/2010, contra Eliseo, Sixto, Argimiro, Abelardo, Felicísimo, Laureano y Teodoro, por delitos de cohecho, contrabando y contra la salud pública, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, que con fecha 10 de octubre de 2012, en el rollo nº 1214/12, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

**"Primero .-** En los primeros meses del año 2008 los acusados **D. Eliseo, D. Argimiro y D. Sixto**, brigada de la Guardia Civil en situación de activo en aquellas fechas, cuyas circunstancias personales ya constan, se pusieron de acuerdo para introducir en la península por el puerto de Sevilla labores de tabaco procedentes de las Palmas de Gran Canaria sin abonar los obligados derechos aduaneros e impuestos.- **Segundo .-** Para facilitar esa introducción el acusado **Sixto**, actuando de acuerdo con los otros dos, contactó con el acusado **D. Abelardo**, sargento de la Guardia Civil en situación de reserva, de circunstancias asimismo reseñadas, del que el primero sabía que había estado destinado en la Oficina de Análisis de Investigación fiscal, Sección Puerto de Sevilla, para que contactase con algún agente de ese cuerpo con ese destino que pudiese facilitar el pase de los sucesivos envíos sorteando la vigilancia aduanera.- En la creencia de que entre sus funciones estaba la de decidir los contenedores de mercancía que llegados al puerto salían del mismo sin pasar una inspección física (el llamado "circuito verde"), Abelardo ofreció a un antiguo subordinado suyo, el guardia civil NUM000 destinado en la Oficina de Investigación Fiscal de la Guardia Civil en el Puerto de Sevilla, 6.000 euros por cada contenedor con labores de tabaco que, una vez le fuera identificado, desviase al citado "circuito verde", lo que éste, aunque no estaba tal capacidad de decisión entre sus funciones, manteniendo en tal creencia al acusado, simuló aceptar tras hablar con sus superiores y ser autorizado al efecto para irles transmitiendo puntualmente la información que obtuviera de la trama organizada.- **Tercero .-** Al tiempo el acusado Argimiro se concertó con el también acusado **D. Felicísimo**, igualmente circunstanciado, para que participara en la recogida de los contenedores con las labores de tabaco cuando llegasen al puerto de Sevilla, así como para ayudarle en su



transporte y descarga en el lugar que el propio Argimiro buscó. Felicísimo aceptó a sabiendas del tipo de mercancía de que se trataba y la finalidad a que se destinaba.- Dicho lugar lo buscó contactando Argimiro con el acusado **D. Laureano** , también circunstanciado, quien le alquiló una nave de su propiedad sita en el Kilómetro 2 de la carretera de Utrera, con pleno conocimiento de que se destinaba a depósito de las labores de tabaco hasta su distribución. Tras informarle de sus planes Argimiro igualmente concertó con el acusado D. Teodoro , ya circunstanciado, hijo del dueño de la parcela, para que con éste ayudara en la descarga de las labores de tabaco y en la vigilancia de la mercancía depositada.- **Cuarto** .- Completada la organización, siendo conocido por los acusados a través de Sixto y de Abelardo que la vigilancia aduanera del Puerto de Sevilla, siempre que se recibía por primera vez un contenedor de una agencia de transportes, efectuaba un registro material del mismo, el acusado Sr. Eliseo , personalmente o a través de tercero, envió desde Las Palmas de Gran Canaria un primer contenedor por medio de la agencia "Vecindario, S.L." dirigido a la entidad "Copustiladi, S.L." (sociedad de la que los acusados conocían su nombre y dirección, sin que conste cómo obtuvieron tales datos) con mantillo para plantas. Contenedor que el día 6 de junio de 2008 fue recogido por los acusados sin incidencias.- **Quinto** .- El día 17 de julio de 2008 el acusado Eliseo personalmente o a través de tercero, a través de la misma agencia "Vecindario, S.L.", que desconocía lo tramado, envió desde Las Palmas de Gran Canaria al puerto de Sevilla un contenedor, con número " NUM001 " dirigido a través de la "Consignataria Estévez" de Sevilla, de nuevo a la empresa "Copustiladi, S.L.", en el que iban labores de tabaco disimuladas tras sacos de mantillo.- El buque que transportaba el contenedor atracó en Sevilla sobre las 21'30 horas del día 21 de julio. El contenedor fue desestibado al día siguiente 22 sobre las 10 horas.- Los acusados Argimiro y Felicísimo acudieron en la mañana del 22 de julio a la citada consignataria, que ignoraba el ilegal tráfico, y pagaron de las tasas e impuestos recibiendo los documentos para hacerse cargo del contenedor. Documentación que sobre las 13 horas de dicho día proporcionaron a D. Gregorio , chófer de la empresa "Transportes Sevillanos, S.A." que había sido contratada para el transporte del contenedor, cuyo contenido real no era conocido por sus empleados.- Utilizando la cabeza tractora con remolque matrícula ....-JVD el conductor del camión recogió el contenedor y sobre las 12 horas salió del recinto aduanero portuario sin que el contenedor fuera registrado, no habiendo tenido el guardia civil NUM000 ninguna intervención en ello.- Tras recibir telefónicamente instrucciones del acusado Argimiro , el camionero transportó el vehículo hasta una gasolinera cercana a Los Palacios desde donde aquél lo condujo hasta un camino cercano utilizando para ello el vehículo de su propiedad matrícula WU-....-WT acompañado de Eliseo . Posteriormente el "Peugeot" se marchó, quedando el camión a la espera hasta que poco después llegó el acusado Felicísimo conduciendo el vehículo "Volvo" matrícula ....-XWZ quien indicó al camionero que le siguiera hasta la nave más arriba mencionada, donde el Gregorio desenganchó el remolque con las labores de tabaco abandonando el lugar utilizando la cabeza tractora.- El mismo día, pocas horas después, los agentes de la Guardia Civil que de forma disimulada habían seguido al camión con el contenedor detuvieron a los implicados e incautaron el contenedor.- **Sexto** .- El contenedor fue registrado apareciendo un total de 375.000 cajetillas de tabaco, todas sin sellos y precintos acreditativos del pago de impuesto, distribuidas de la siguiente forma: 80.000 cajetillas de "Winston", valoradas en 200.000 euros; 50.000 cajetillas de "Ducados Rubio", valoradas en 115.000 euros; 50.500 cajetillas de "Fortuna", valoradas en 126.500 euros; 87.500 cajetillas de "Elixir", valoradas en 188.125 euros; 7.000 cajetilla de "Ducal", valoradas en 14.700 euros, y 100.000 cajetillas de "CK", valoradas en 210.000 euros (un total de 854.075 euros y 375.000 cajetillas de labores de tabaco).- **Séptimo** .- La deuda aduanera y tributaria ha sido fijada en 1.903.296,20 euros por la Sección Especial de Gestión Tributaria de la Agencia Tributaria. De ese total la deuda aduanera ascendía a 188.527,50 euros.- **Octavo** .- Tras la detención del acusado Sixto se registró la taquilla que utilizaba en las dependencias de la 406 Comandancia de la Guardia Civil en la que estaba destinado, hallándose dos trozos de hachís con un peso de 142 gramos, un porcentaje del 6'24% de tetrahidrocannabinol y un valor de 632,32 euros, que no consta que destinase a su comercialización." (sic)

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

**"FALLO:** Condenamos a **D. Eliseo** , **D. Sixto** , **D. Argimiro** , **D. Abelardo** , **D. Felicísimo** , **D. Laureano** y **D. Teodoro** , como autores penalmente responsables de un **delito intentado de contrabando** ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las siguientes penas:

1) **ONCE MESES DE PRISIÓN** , con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **MULTA DE 800.000 euros** , con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 24 días, para cada uno de los cuatro primeros mencionados.

2) **SIETE MESES DE PRISIÓN** , con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **MULTA DE 500.000 euros** , con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 15 días, para cada uno de los tres restantes (Sres. Felicísimo , Laureano y Teodoro ).

Igualmente les condenamos al pago por cada uno de 1/21 parte de las **costas** que hayan podido devengarse en la tramitación de esta causa.



Absolvemos libremente a **D. Eliseo** , D. Argimiro y D. Abelardo del delito de **cohecho** del que han sido acusados, declarando de oficio 1/3 de las costas de esta instancia.

Absolvemos libremente a **D. Sixto** del delito contra la **salud pública** del que ha sido acusado, declarando de oficio 1/3 de las costas de esta instancia.

*En pago de **responsabilidades civiles**, los condenados indemnizarán conjunta y solidariamente al Estado en la cantidad de 1.714.718,70 euros. Para ejecutar la pena de multa y la responsabilidad civil estése al tenor del artículo 4 bis de la Ley Orgánica 12/11995 .*

**Sin esperar a la firmeza** de la sentencia, reclámese del Juzgado instructor la remisión de las piezas separadas de responsabilidades pecuniarias debidamente concluidas con arreglo a Derecho.

*Decretamos el **comiso** de las labores de tabaco ocupadas a los condenados, que se adjudicarán al Estado, remitiéndose a tal efecto comunicación al Comisionado del Mercado de Tabacos.*

Igualmente decretamos el **comiso** y destrucción de las sustancias ocupadas al acusado D. Sixto .

**Remítase copia** de esta sentencia, con indicación de que en su día se comunicará su firmeza, a Asesoría Jurídica de la IV Zona de la Guardia Civil para constancia en el Expediente gubernativo nº NUM002 tramitado a los condenados Sres. Sixto y Abelardo ." (sic)

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por Eliseo , Sixto , Abelardo , Laureano y Teodoro , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** Las representaciones de los recurrentes, basan sus recurso en los siguientes motivos:

*Recurso de Sixto y Abelardo*

1º.- Por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas prevista en el art. 18.3 de la CE .

2º.- Por vulneración de la presunción de inocencia de conformidad con el art. 5.4 de la LOPJ de la CE .

3º.- Por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías de conformidad con los arts. 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la CE .

4º.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de conformidad con el art. 24.2 de la CE, en relación el 5.4 de la LOPJ .

*Recurso de Eliseo*

1º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 inciso segundo, por contradicción en los hechos probados.

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim ., por error en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que revelan la equivocación del juzgador.

3º.- Por vulneración de la presunción de inocencia, al amparo del art. 24.2 de la CE , en relación con los arts., 852 de la LECrim . y 5.4 de la LOPJ .

*Recurso de Laureano y Teodoro*

1º.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ , 852 de la LECrim . y 24.2 de la CE .

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849 de la LECrim . por error de hecho en la apreciación de la prueba derivada de documentos que revela la equivocación del juzgador.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 12 de diciembre de 2013.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Sixto y Abelardo



**PRIMERO.- 1.-** Como vulneración de precepto constitucional invocando el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siquiera procedería hacerlo del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega que se incurrido en *ilicitud probatoria* por haberse llevado a cabo la intervención de comunicaciones telefónicas sin el cumplimiento de los requisitos y presupuestos del **artículo 18.3 de la Constitución**.

Considera el recurrente que la delación por un Guardia Civil de la corrupta propuesta que le habría formulado otro, el coacusado Sr. Abelardo, no legitimaba la intervención judicial ordenada, ni siquiera tras cumplimentar las exigencias judiciales con ocasión de una inicial denegación de aquellas intervenciones.

La protesta se refiere con más énfasis a la intervención de las conversaciones llevadas a cabo por el recurrente, dada la **neutralidad de las obtenidas con ocasión de la primera intervención y que sirvieron de justificación judicial para esa intervención del recurrente**.

Añade la queja que el resultado obtenido en esa investigación incide en antijuridicidad que se conecta a los obtenidos como consecuencia de tal resultado informativo por otras fuentes de prueba.

**2.-** Entendió el Tribunal de instancia que las intervenciones fueron lícitamente ordenadas. Advierte que el juicio de necesidad y proporcionalidad ha de efectuarse *ex ante*. Es decir en la concreta situación que precede a la adopción de la medida.

Desde luego la situación presentada, cuando se ordena la primera intervención de comunicaciones, es de constatación de tan evidentes indicios de criminalidad, que ni el recurrente pone en cuestión la legitimidad de la orden. Ni por la evidencia de los indicios, ni tampoco cabría cuestionarla por la proporcionalidad de la medida. Que un superior de la Guardia Civil haga ostensible la oferta de soborno a un inferior para la introducción fuera de vigilancia de un contenedor a través de las instalaciones aduaneras no permite duda alguna al respecto.

Desde luego la delación del funcionario, cuya corrupción se procuraba, justifica la inicial decisión de intervenir las comunicaciones a través de la línea que el mismo indica.

Respecto a la proporcionalidad, la sentencia recuerda que, dada la condición del funcionario cuya corrupción se intentó en vano, era de prever, no solamente estabilidad, sino una cierta organización en los beneficiarios de su fallida colaboración. Y desde luego la naturaleza del delito no permitía exclusiones *ab initio*.

En cuanto al alcance de la medida, posteriormente, a las conversaciones del recurrente, la sentencia recuerda como no fue solamente el resultado de la inicial intervención, sino también la colaboración del funcionario usuario de la línea allí intervenida, junto con la sistemática observación instaurada por otros agentes policiales, las fuentes que suministraron los datos que aconsejaron la lícita ampliación de lo que había de intervenir.

Que en el curso de aquella primera intervención se identifique un interlocutor -el aquí recurrente Sr. Sixto - respecto del cual, recuerda la sentencia de instancia, se contaba además con las manifestaciones de un Guardia Civil, de soborno inútilmente intentado por su integridad, y con las observaciones realizadas por otros agentes, suministra base suficiente para la ampliación de las líneas utilizadas en comunicaciones, razonablemente tenidas por vinculadas al hecho delictivo objeto de investigación. Así, la cuenta dada por la sentencia sobre la relación entre la conversación grabada, de las mantenidas con ocasión de la primera intervención, y la cita del titular de la nueva línea con el Guardia no corrompido, suministra base suficiente para vincular al aquí recurrente con el delito investigado.

De esta manera se pudo contrastar el contenido de las conversaciones del recurrente con el funcionario no corrupto, que las iba comunicando a los investigadores, y también como en las mismas se refería al concierto de una cita del recurrente con su interlocutor y como se refería a una actuación del coacusado Sr. Abelardo en el acuartelamiento de la Guardia Civil. Información harta suficiente para inferir una poco discutible implicación del aquí y ahora recurrente en la actividad ilícita que el Sr. Abelardo propuso al agente denunciante.

No es necesario incidir en superfluas erudiciones, ni un amplio excursus sobre los valores democráticos comprometidos, siendo de excusada cita la doctrina constitucional, jurisprudencial o del TEDH, por ser harta conocida. Bastará con que recordemos la constante exigencia de que la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, por supuesto judicialmente establecida, requiere la concurrencia de un presupuesto ineludible para su legitimidad constitucional: concurrir los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre: **a)** la existencia de un delito; **b)** que éste sea grave y **c)** sobre la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados.

Todo lo cual concurría por lo antes dicho en este caso.

Por ello el motivo se rechaza.





**SEGUNDO.-** El segundo de los motivos denuncia que la declaración de hechos probados no contaría con el aval probatorio que el artículo 24 de la Constitución exige para tener por lícitamente enervada la garantía de *presunción de inocencia*.

Pero tal afirmación parte de la previa estimación del anterior motivo. Porque la falta de prueba vendría no de su ausencia, sino de su validez.

Rechazado el primero de los motivos debemos pues rechazar este segundo.

También respecto del recurrente Sr. Abelardo , como diremos posteriormente al examinar la denuncia de vulneración de tutela judicial por supuesta falta de motivación. En todo caso es poco aceptable la tesis de este recurrente que se pretende acotada al fracasado intento de corrupción. La detección o no de intervención de este recurrente Sr. Abelardo en conversaciones telefónicas intervenidas no resta razonabilidad y coherencia a la conclusión de que le unía un pacto global de todo el programa delictivo con los coacusados, sin el cual carece de explicación razonable su protagonismo en el indiscutido intento de corrupción del vigilante que se quería sobornar.

**TERCERO.- 1.-** También la alegación de una vulneración de precepto constitucional justifica el motivo tercero. Se afirma que lo que califica de " *entrega vigilada*" del tabaco intervenido no fue lícitamente cumplimentada, por lo que se habría producido una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el artículo 24 de la Constitución .

Parte el recurrente de que esa fue la técnica empleada en la investigación y que **ni habría procedido esa técnica, pues el delito de contrabando no tiene entidad para justificarla, ni se llevó a cabo observando las formas previstas** en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**2.-** La entrega vigilada se autoriza, en la forma que el precepto invocado establece, cuando las remesas a controlar han sido ya **determinadas en la medida de lo posible respecto a su objeto**. Tal dato ha de enunciarse en la autorización. Lo que implica un previo resultado investigador y la disponibilidad por los agentes policiales respecto de esa circulación.

Diverso es el supuesto en que un objeto continente potencial de una materia sospechosa de ilicitud, pero de condiciones desconocidas, se encuentra ya circulando y, al ser detectada, se instaura una vigilancia para poder determinar el momento de su intervención con la mayor eficacia sobre la disponibilidad del objeto y descubrimiento de datos útiles para el descubrimiento de las personas criminalmente responsables.

Desde luego ni siquiera se alega por el recurrente que la actuación policial haya derivado en la más mínima merma de sus posibilidades de defensa, ni en el debilitamiento de la validez y potencialidad probatoria de lo así obtenido por la actuación policial.

El motivo se rechaza.

**CUARTO.-** Con invocación del derecho a la *tutela judicial efectiva*, se pretende en el cuarto motivo que no es razonable "el discurso que la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta".

Basta recordar que la jurisprudencia constitucional, como la de este Tribunal Supremo, exige para estimar cometida esa vulneración que una plena ausencia de toda motivación o el carácter patente de arbitrariedad en la argumentación.

Así lo recordábamos en la reciente STS 908/2013 de 26 de noviembre : *La decidida opción del sistema procesal penal español, en el enjuiciamiento de determinados delitos, por el denominado sistema de instancia única genera comprensibles esfuerzos por abrir cauces para la impugnación de las resoluciones desfavorables de la instancia. Y así que se intente conferir a garantías constitucionales un contenido que no les es propio.*

*Eso ocurre en el presente caso al invocar vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial pretextando que la motivación de la sentencia recurrida es insuficiente por excluir la valoración conjunta de indicios que los recurrente postulan.*

*Conviene recordar que el contenido de dicha garantía constitucional no ampara la mera discrepancia con la retórica argumentadora de la resolución que se impugna. Con tal laxitud el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal abriría la casación a todo el espectro de posibilidades de refutación propias de la más amplia concepción de la apelación.*

*El Tribunal Constitucional reconduce el amparo bajo tal alegato a los supuestos de clara arbitrariedad o indiscutible irracionalidad en la motivación dada por el acto del poder jurisdiccional, o bien, obvio es, a la total falta de todo esfuerzo en la exposición de las razones asumidas por quien dicta dicha resolución, tanto para afirmar premisas de hecho como para afirmar la subsunción de esos hechos en la norma jurídica ( SSTC 147/1999 ,*



25/2000 , 87/2000 , 82/2001 , 221/2001 , 55/2003 , 223/2005 , 276/2006 , 177/2007 , 134/2008 y 191/2011 ). La arbitrariedad puede reprocharse, tanto cuando la sentencia parte de premisas que sean de manera patente erróneas , como cuando está ausente toda coherencia en la vinculación de esas premisas con las conclusiones afirmadas, o dicha vinculación de manera evidente no se ajusta a pautas de lógica y experiencia.

El Tribunal Constitucional, como recordaba nuestra STS 138/2013 de 6 de febrero , afirmó que existe arbitrariedad cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulta fruto del mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo ( SSTC 244/1994 , 160/1997 , 82/2002 , 59/2003 y 90/2010 ).

A lo que se ha añadido, no sin discrepancias, que, para el caso de las sentencias absolutorias: No cabe... entender que ..... pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del porqué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad" ( STC 115/2006 ).

Basta la lectura de la sentencia recurrida para poner en evidencia la gratuidad de la queja. La sentencia abunda en la exposición del decurso de la investigación y el conocimiento que se fue teniendo de la intervención de cada autor. Información que en el acto del juicio oral se tradujo en el resultado de los medios probatorios practicados.

El testimonio del agente NUM000 revela los intentos corruptores del Sr. Abelardo y la relación entre el envío del contenedor y la sucesión de llamadas entre coacusados. El seguimiento de vehículos al camión que portaba el contenedor. La identificación de los usuarios de esos vehículos, los contactos entre el conductor del camión y uno de esos sujetos que iban en vehículo acompañando, son razones que satisfacen la exigencia motivadora.

En cuanto al recurrente Sr. Abelardo , la intervención de búsqueda corrupción del testigo policial, que encomiablemente se mantuvo éticamente indemne frente a sus pretensiones y facilitó la ulterior persecución, lleva a la conclusión que estaba concertado con los demás autores, de suerte que la diversificación de funciones no les excluye de la responsabilidad criminal derivada del total programa delictivo, que todos asumieron y al que todos contribuyeron activamente.

El motivo se rechaza.

*Recurso de Eliseo*

**QUINTO.- 1.-** En el primero de los motivos insta la nulidad de la sentencia derivada de un supuesto quebrantamiento de forma por incurrir aquella, en el parecer del recurrente, en "*expresiones contradictorias*".

La contradicción vendría constituida por la afirmación de que el envío de la mercancía intervenida se imputa al recurrente bajo una doble posibilidad: o bien que los envió personalmente o bien que se valió de un tercero.

**2.-** La inexistencia de contradicción es patente: no hay dos enunciados sino uno solo en el que la sentencia establece que fue el recurrente quien dominó el hecho del envío, resultando indiferente que la materialización de la remisión se hiciera personalmente por el acusado o valiéndose de un tercero.

Podrá discutirse si esa indeterminación es o no compatible con las exigencias de la premisa fáctica para poder establecer la imputación del delito al recurrente. Pero lo que no cabe es cuestionar que la sentencia en su único enunciado deja claro que es lo que considera relevante y probado.

El motivo se rechaza.

**SEXTO.- 1.-** En el segundo de los motivos pretende que se declare que *la relación de hechos probados de la sentencia recurrida cae en error* . La corrección pretendida consistiría en la adición de otros datos, con las consecuencias que pretenderá bajo el motivo siguiente sobre vulneración de presunción de inocencia.

Los datos fácticos que deberían completar la declaración de probados de la recurrida serían: **a)** que se encontraba en la estación "Santa Justa" a la misma hora que la sentencia afirma que estaba en el lugar de depósito del contenedor continente del tabaco intervenido; **b)** que en el momento de la detención, se dirigía a una reunión, neutra penalmente, y no participaba por tanto en el hecho delictivo que se le imputa y **c)** que no estuvo presente ni en la reunión de una Barriada de Sevilla el día 22 de julio de 2008 ni durante el traslado del contenedor de ilícito contenido.

Para cumplir el requisito procesal del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que invoca, señala los billetes de tren AVE de fecha 22 de julio de 2008, fotografías, justificantes de operaciones sobre mercancías y un apoderamiento a su favor.

**2.-** Por lo que se refiere a los presupuestos y requisitos de este motivo de casación recordábamos en nuestra STS 655/2013 de 17 de julio , citando la STS nº 1160/2011 de 8 de noviembre que son los siguientes:



**a)** El presupuesto del que ha de partirse es que haya habido un error en la construcción del "factum", incluyendo extremos no acontecidos o excluyendo otros sucedidos. El motivo de casación fundado en error en la valoración de la prueba admite, no solamente la exclusión de afirmaciones que se estimen erróneas, sino también la inclusión de afirmaciones omitidas en la sentencia contra la que se recurre.

**b)** Su ámbito lo indica el precepto invocado cuando exige que el error sea puesto de manifiesto por un documento que, si en la redacción hoy vigente no se exige que sea fehaciente, no puede estar en contradicción con cualquier otro medio de prueba.

La razón de tal excepción es, precisamente, que tal medio de prueba puede ser valorado con inmediatez por el Tribunal de casación. Es decir que la posición de éste en la recepción de ese elemento de juicio se produce en identidad de condiciones que las que caracterizaban su recepción por el Tribunal de la instancia.

**c)** Los requisitos son:

**1º.-** Que el mal denominado documento no se circunscriba a la mera documentación de otros elementos de naturaleza personal (declaraciones de testigos, informes de peritos e incluso documentación de inspecciones que reflejan percepciones de quien realiza la inspección).

Por ello, en principio, la documentación de la prueba pericial es ajena a la técnica de este cauce procesal. No obstante la Jurisprudencia ha admitido una clara expansión del ámbito en un supuesto restringido caracterizado porque: 1ª) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario y 2ª) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable ( SSTS. 182/2000 de 8 de febrero , 1224/2000 de 8 de julio , 1572/2000 de 17 de octubre , 1729/2003 de 24 de diciembre , 299/2004 de 4 de marzo , 417/2004 de 29 de marzo ).

Aún debe añadirse otra importante advertencia, como recordábamos en la sentencia antes citada, y es que la excepcional reconducción del informe o informes periciales a la categoría equivalente a la prueba documental no abre la vía para una nueva valoración de la prueba pericial documentada, sino que el Tribunal de casación ha de partir del enunciado reflejado en el informe documentado. Por ello, si el Tribunal de instancia ha puesto en relación tales enunciados con los producidos por otros medios de prueba, o cuestiona la conclusión reflejada en el dictamen escrito, por atender al resultado de sometimiento de los peritos autores del dictamen a contradicción en el juicio oral, ese dictamen emitido con anterioridad pierde la excepcional habilitación como documento a los efectos del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**2º.-** Que el Tribunal de Casación no tenga que valorar al tiempo otros medios de prueba de naturaleza personal en los que la inmediatez resulta trascendente para dicha valoración. Por ello se requiere que las declaraciones de los documentos no aparezcan contradichos por otros elementos probatorios, tenidos en cuenta por Tribunal de instancia..."

**3º.-** Que la conclusión discrepante de la declaración de hechos probados a modificar surja desde el documento mismo de manera directa y sin recurrir a inferencias , es decir que el documento sea suficiente desde su mera literalidad para constatar el error. Es decir que tales documentos acrediten el error por oponerse frontalmente y por sí mismos a lo declarado probado sin necesidad de interpretaciones o razonamientos que los complementen -lo que se conoce por "litero suficiencia"-.

**4º.-** Que tal modificación sea trascendente para la subsunción es decir que por su relevancia la resolución recurrida deba modificarse en el sentido de su parte dispositiva, al menos en parte.

Pueden verse, entre otras las Sentencias de este Tribunal Supremo núms. 248/09 de 11 de marzo , 440/09 de 30 de abril , la de 27 de mayo de 2009 y la nº 807/2009 de 13 julio .

**3.-** La declaración de hechos probados de la recurrida atribuye a D. Eliseo : **a)** la conversación telefónica con el Sr. Argimiro el día 17, **b)** su presencia en el vehículo Peugeot del Sr. Argimiro el día 22, tras salir el camión de Aduana sobre las 13.20 horas y **c)** la presencia en Utrera a las 20 horas de ese mismo día, donde fue detenido. Desde esas premisas concluye la sentencia el hecho principal imputado: autoría de la compleja operación de envío y entrada de la mercancía de contrabando.

La sentencia afirma haber atendido, para realizar la declaración de probados de los datos base desde los que infiere el hecho imputado, de las declaraciones de agentes policiales que hicieron seguimientos y de las comunicaciones intervenidas a los coacusados Abelardo y Argimiro . En cuanto a la identificación del



recurrente como participante en la conversación telefónica que tuvo lugar con Argimiro el 17 de julio, el Tribunal atiende a la audición que de la voz intervenida y del acusado hizo en juicio oral.

Por otra parte los datos, cuya añadidura pretende el recurrente, en la medida que los documentos invocados pueden constatar, no se demuestra por el recurrente que sean incompatibles con el relato incriminador de la sentencia. Estar entre las 17 y 18 horas en la estación de Santa Justa es compatible con haber estado a las 13 horas dirigiendo la salida del camión con ilícita mercancía para que viajara al destino prefijado. Y, por supuesto, con la posterior estancia en Utrera sobre las 20 horas del mismo día. En nada afecta al relato de la sentencia que hubiera establecidas unas relaciones comerciales por el recurrente con terceros para transacciones de esa índole en relación a otras mercancías. Y tampoco se entiende en qué medida esos documentos son incompatibles con la participación en una reunión en otro día anterior, que, además, resulta irrelevante en relación al hecho principal.

Así pues, la toma en consideración de otros medios probatorios, diversos de los invocados documentos, privan a éstos de la trascendencia casacional que se postula. Y los datos, que con los mismos se pretende acreditar, en cuanto compatibles con los afirmados en la sentencia, les hace irrelevantes respecto al sentido del fallo.

Por todo ello es claro que no se cumplen los requisitos y presupuestos que para el éxito del motivo exige la ley procesal y expusimos en el apartado anterior de este fundamento.

El motivo se rechaza.

**SÉPTIMO.- 1.-** En el tercero de los motivos denuncia la vulneración de *la garantía constitucional de presunción de inocencia* fundando la pretensión en que, por un lado no compareció el funcionario firmante del atestado que dio origen a su detención y, por otro lado, en la inexistencia de prueba que justifique la imputación de que el recurrente fue la persona que hizo el envío de la mercancía constitutivo de contrabando.

Reproduce a modo actuario los resultados de las pruebas practicadas en la vista del juicio oral. En tal trance llega a afirmar que no se "produjo reproducción de grabaciones de ningún tipo" ni durante ni antes del interrogatorio del recurrente, por lo que aquellas grabaciones no fueron sometidas a contradicción en juicio.

Tras ello estima que de aquella prueba deriva como acreditada la tesis de ajeneidad respecto de los hechos: ni mantuvo conversación telefónica el 17 de julio, ni se reúne la mañana del 22 de julio en la Barriada de Los Remedios de Sevilla, ni acompaña en el Peugeot al Sr. Argimiro , ni se encuentra en el lugar en que se hace la intervención del tabaco objeto de contrabando.

**2.-** Respecto a la presunción de inocencia reiterábamos en nuestra STS 726/2013 de 1 de octubre que: *la doctrina del Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido de la garantía de presunción de inocencia señalando como elementos del mismo:*

**1º)** *que exista una mínima actividad probatoria ;*

**2º)** *la exigencia de validez en los medios de prueba que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación. Así pues la convicción del Juzgador debe atenerse al método legalmente establecido para obtenerla, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción, igualdad y publicidad;*

**3º)** *que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado;*

**4º)** *la motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio;*

**5º)** *a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria , siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano.*

*Así lo han recordado las Sentencias Tribunal Constitucional nº 22/2013 de 31 de enero , citando la doctrina que arranca ya de la STC nº 31/1981 de 28 de julio y la STC nº 142/2012 de 2 de julio que recuerda la sentencia Tribunal Constitucional nº 128/2011 .*

*Tal general doctrina ha de completarse con alguna precisión de esos no del todo determinados parámetros del canon constitucional.*

**a)** *Así, en cuanto al control de la razonabilidad de la motivación con la que se pretende justificar, más que demostrar, la conclusión probatoria, hemos resaltado que, más que a la convicción subjetiva del juzgador, ha de acreditarse que pueda asumirse objetivamente la veracidad de las afirmaciones de la imputación . Para*





*predicar tal objetividad debe constatarse la inexistencia de vacío probatorio , porque se haya practicado medios de prueba que hayan aportado un contenido incriminador. Pero, además, la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos debe permitir predicar de la acusación una veracidad que se justifique por adecuación al canon de coherencia lógica que excluya la mendacidad de la imputación, partiendo de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por premisas correctas.*

**b)** *Aunque aquella objetividad no implique exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que no concurre cuando existen alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las objeciones a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten dudas razonables sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.*

*Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.*

*Puede decirse, finalmente, que, cuando existe una duda objetiva , debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.*

*Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y*

**c)** *El control de la inferencia en el caso de prueba indiciaria implica la constatación de que el hecho o los hechos bases (o indicios) están plenamente probados y los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.*

*La razonabilidad de esta inferencia exige, a su vez, que se adecue al canon de su lógica o coherencia , siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, y también al canon de la suficiencia o carácter concluyente , excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia ( STC nº 117/2007 ).*

*El control de la motivación ha de valorar si el razonamiento expuesto en la resolución recurrida está asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes".*

*( Sentencias TS núms. 762/12 de 26 septiembre , 638/12 de 16 de julio y 648/12 de 17 de julio , reiterando lo dicho en la núm. 542/12 de 21 de junio, resolviendo el recurso nº 1358/2011 y SSTS núms. 122/2012 de 22 de febrero , 103/12 y 99/12 de 27 de febrero , 1342/11 de 14 de diciembre , 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre , 1385/11 de 22 de diciembre , 1270/2011 de 21 de noviembre , 1276/11 de 28 de noviembre , 1198/11 de 16 de noviembre , 1192/2011 de 16 de noviembre , 1159/11 de 7 de noviembre ).*

**3.-** *Pues bien la exposición del recurrente en cuanto a la prueba practicada es tan prolija como inútil. Con farragoso entretenimiento expone lo que los medios de prueba no pusieron de manifiesto. Pero olvida atender a las muy concretas razones que la sentencia hace de los datos que justifican sus conclusiones.*

*Con tanta brevedad como singular el tino el Ministerio Fiscal, resalta la fortaleza retórica de la argumentación de la sentencia, precisamente aludiendo a los puntos que hicimos referencia al tratar la denuncia de supuesto error valorativo de la prueba.*

*La argumentación de la sentencia, en efecto, pertrecha adecuadamente la justificación externa de la premisa de hechos de que parte:*

*Tal primera conclusión ha de tenerse por **razonable** en virtud de la prueba que el Tribunal atiende.*

*El Tribunal identifica con la doble audiencia la voz del recurrente con la del interlocutor D. Argimiro , el 17 de julio. El Tribunal señala como el contenido de esa conversación hace referencia a particulares totalmente compatibles con el pacto de envío y entrega de una partida de mercancía ilícita. Finalmente el Tribunal atiende al acompañamiento físico del recurrente respecto de la persona de D. Argimiro . Si no plenamente, como uno de los acompañantes del vehículo Peugeot que sirve de Cicerone inicial al camión del transporte, sí, desde luego, cuando a las 20 horas del día 22 de julio son detenidos.*



Tal razonabilidad no es excluida por las alegadas falta de acreditación de otros datos. Como la falta de acreditada relación con otros acusados. O, incluso, la presencia en los lugares que se indican de la Barriada de los Remedios de Sevilla la mañana del día 22, o en el lugar en que el camión es intervenido.

Por ello la segunda conclusión que ha de admitirse es el de la **coherencia interna , conformea canon de lógica y de experiencia**, entre esos datos, razonablemente justificados por la prueba externa, y la inferida participación del recurrente en todo el complejo procedimiento, que lleva desde el pacto inicial de envío hasta la entrega final de lo enviado.

Finalmente esa imputación deriva de modo harto **concluyente** en la media que los indicios conducen a ella de suerte que las objeciones, con las que se pretende articular una tesis alternativa -el recurrente es ajeno al hecho delictivo y su detectada presencia obedece a otras explicaciones-, ni tienen sustento probatorio suficiente ni, en cualquier caso, es incompatible ese resultado con la tesis de la imputación.

Por ello el motivo se rechaza.

Recurso de Laureano y Teodoro

**OCTAVO.- 1.-** El primero de los motivos alega vulneración de la garantía constitucional de *presunción de inocencia* por estimar que la declaración de hecho probado, en lo que afecta al hijo y padre recurrentes, no se justifica en la sentencia con "ninguna valoración de la prueba ni justificación alguna".

Por el contrario sostiene, a modo de tesis alternativa, que el Sr. Laureano pactó el arriendo de su propiedad a D. Argimiro , pero sin conocer el destino ilícito que ésta daría. Mientras que el Sr. Teodoro en nada intervino ni mantuvo trato alguno con los coacusados.

**2.-** Conforme a la doctrina que dejamos expuesta en el anterior fundamento jurídico, la conclusión a que llega la sentencia de instancia se muestra razonable en cuanto a su justificación externa. Es decir existe prueba de los hechos no discutidos, como es la **recepción del contenedor en el inmueble de los recurrentes** . La prueba directa sobre comportamientos de los recurrentes propios de quien hace **vigilancia** de seguridad, aparece acreditada por la observación de agentes policiales. Que el inmueble de los recurrentes **no era el destino** de la mercancía está acreditado por la prueba documental que refleja que el destinatario era la empresa Copustiladi SL. Además la referencia a las conversaciones intervenidas, cuyo texto no se hace expreso ni por la sentencia ni por los recurrentes, constituye, según la recurrida, otro elemento más corroborador de que esa llegada del contenedor no es ajena la voluntad de los acusados aquí recurrentes.

Pero además la conclusión se muestra coherente con tal premisa desde una perspectiva interna y de sujeción a lógica y máximas de experiencia. La inferencia de que quien presta sus instalaciones y adopta medidas de seguridad para la guarda en aquellas de una mercancía ilícita es consciente de tal ilicitud, es indiscutiblemente lógica y conforme a experiencia común.

Si, finalmente tal inferencia es concluyente porque ninguna otra ha sido alegada con visos de credibilidad. Desde luego no se niega, al menos por D. Laureano que alquilara la nave, ya que se limita a protestar falta de consciencia del destino a dar por el que con él contrató. Con independencia de que nada aporta para avalar esa acrítica ingenuidad con el contratante, es lo cierto que los actos de cautela detectados por los agentes policiales desplegados por los recurrentes se compadecen mal con la versión de falta de conocimiento de destino ilícito que se protesta.

Y respecto a D. Teodoro cabe reiterar la línea argumental de la sentencia cuando hace expresión también de su comportamiento de vigilancia, propia de quien tiende a ocultar su comportamiento, precisamente por conscientemente ilícito

El motivo se rechaza.

**NOVENO.-** En el segundo de los motivos, con amparo en el número segundo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se pretende errónea la conclusión relativa titularidad dominical -del Sr. Laureano - de la nave puesta a disposición de quien depositaba allí el contenedor de mercancía ilícita. Y también rebate la ubicación del Sr. Teodoro en el lugar de los hechos a las 15 ó 16 horas.

Baste decir que la titularidad dominical es intrascendente para la imputación de los hechos que justifican la condena, tanto más cuanto que no se cuestiona siquiera que se ofertara su uso a los coacusados por parte del ese recurrente.

Lo segundo que no se invoca documento alguno, como exige el precepto citado para fundar el motivo, sino que el recurrente se limita a restar credibilidad al testimonio asumido por la sentencia de instancia.

El motivo era pues inadmisibles, y, ya en este trance, debe ser, y es, rechazado.



**DÉCIMO.-** De conformidad con el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por Sixto , Abelardo , Eliseo , Laureano Y Teodoro , contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la **Audiencia Provincial de Sevilla**, con fecha **10 de octubre de 2012** , que les condenó por delitos de contrabando. Con expresa imposición de las costas causadas en sus recursos de casación.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJPOJ