



Roj: **STS 1934/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1934**

Id Cendoj: **28079120012018100258**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2018**

Nº de Recurso: **1147/2017**

Nº de Resolución: **262/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1580/2016,**
STSJ ICAN 438/2017,
STS 1934/2018

RECURSO CASACION núm.: 1147/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 262/2018

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 31 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 1147/2017, interpuesto por **D. Sixto** representado por la procuradora D.^a María Dolores González Company bajo dirección letrada de D. Alfonso Trallero Masó y por **D. Cirilo** representado por la procuradora D.^a Sara Díaz Pardeiro bajo dirección letrada de D. José Gerardo Ruiz Pasquau contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Gran Canaria, de fecha 27 de marzo de 2017 por la que se estima en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal del Jurado dictada el 25 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria .

Interviene el **Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado.**

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria instruyó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 con el núm. 1/2012 por delito de cohecho contra D. Sixto ,



D. Cirilo y otro no recurrente y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Sexta, en la que vista la causa por el Tribunal del Jurado (Rollo núm. 17/2014) dictó sentencia en fecha 25 de junio de 2016 que contiene los siguientes **hechos probados**:

« **PRIMERO:** Por los Sres. Miembros del jurado se ha declarado probado que el acusado Cirilo , abogado, en fecha indeterminada le había ofrecido a su cliente, el también acusado Mauricio , empresario e importador mayorista de artículos de regalo, artesanía y recuerdos típicos, la intervención de un funcionario que conocía en la Aduana del Puerto de La Luz y de Las Palmas, para que a cambio de una cantidad de dinero, este funcionario se encargase del despacho de la mercancía que iba a traer por vía marítima, si por la Autoridad de Aduanas se decidía su revisión, funcionario que haría la vista gorda con la mercancía que traería de forma ilegal.

El funcionario a quien se refería Cirilo era su cuñado, el acusado Sixto , funcionario de vigilancia aduanera en la aduana marítima del Puerto de La Luz y de Las Palmas, quien tenía como función la apertura e inspección material de los contenedores que la administración de aduanas marca como sospechosos en base a diferentes criterios como sanitarios o delincuenciales, tras lo cual levanta acta que se une al DUA (documento único aduanero) que permite la salida o despacho del contenedor para su entrega a su propietario.

Ante tal ofrecimiento, unos días antes del 21 de julio de 2011, el acusado Mauricio se puso en contacto con quien entonces era su abogado, el acusado Cirilo , pero en esta ocasión Sixto no pudo intervenir pese a que había sido avisado por Cirilo , toda vez que el contenedor nº MRKU 6676681 procedente de China importado por Mauricio con mercancía falsa de la marca "*I Love Gran Canaria*", estaba asignado para la revisión por otros compañeros.

Sin embargo, esta operación sí que se llegó a culminar en, al menos, otras dos ocasiones más.

En concreto, en una primera ocasión, en relación al contenedor TEMU 2321366 importado por Mauricio desde China, respecto al que Sixto gestionó que se le diese el visto bueno para su despacho, autorizándose el despacho del mismo el 3 de agosto de 2011, pese a que no reunía las condiciones legales, percibiendo por ello la cantidad de 300 euros.

Y, en una segunda ocasión, en enero de 2012, fecha en que Mauricio volvió a llamar a Cirilo para que indicase a Sixto que traía un nuevo contenedor con número de referencia TGHU 655291, en el que traía figuras falsas de cerámica que imitaban la marca "Diablo de Timanfaya", para que de nuevo despachase la mercancía, indicándole las cajas que no debía revisar. Mauricio para lograr la intervención de Sixto , le pagó la cantidad de 350 euros, y otros 50 euros a Cirilo .

De ésta forma, el 11 de enero de 2012 Sixto acudió a la revisión del contenedor importado por Mauricio y despachó el mismo como si estuviera todo correcto.

Mauricio procedió a transar con los titulares de la patente "El Diablo de Timanfaya" a los efectos de la reparación de los perjuicios que les hubiera podido causar.

Cirilo , que no ostenta la cualidad de funcionario público, actuó como intermediario o persona interpuesta en los comportamientos realizados por Sixto y Mauricio , realizando actos necesarios sin los cuales el funcionario Sixto no los habría podido llevar a efecto.

SEGUNDO: También se ha declarado probado que Mauricio , desde un primer momento reconoció su participación real en los hechos, confesando los hechos a los agentes de la Guardia Civil y que la colaboración de Mauricio confesando los hechos y su participación en los mismos, tuvo una gran intensidad, la colaboración fue absoluta y ha facilitado la investigación y el castigo de los culpables.

También se estimó probado que Mauricio ha procedido a reparar en cuanto ha estado a su alcance, los perjuicios que haya podido causar su actuación.

Y, por último, quedó igualmente probado para los Sres. Miembros del Tribunal del Jurado que el procedimiento ha sufrido un retraso extraordinario e indebido cuando estuvo paralizado del 9 de mayo al 5 de noviembre de 2012 y del 10 de julio de 2014 al 29 de enero de 2015, que no es atribuible a ninguno de los acusados y no guarda proporción con la complejidad de la causa».

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

«Que condene al acusado Mauricio como responsable de un delito continuado de cohecho ya definido, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de confesión y las atenuantes simples de reparación del daño y dilaciones indebidas, a las penas de PRISIÓN de 1 año, 1 mes y 15 días y multa de 4 meses y 15 días a razón de una cuota diaria de nueve euros y pago de la tercera parte de las costas.



Condeno al acusado Cirilo como responsable de un delito continuado de cohecho ya definido, con la concurrencia de la atenuante simple de dilaciones indebidas, a las penas de PRISIÓN de 2 años y 3 meses y multa de 9 meses con una cuota diaria de nueve euros y pago de la tercera parte de las costas.

Absuelvo a Cirilo del delito de tráfico de influencias, como alternativamente se ha calificado su conducta por su defensa.

Condeno al acusado Sixto como responsable de un delito continuado de cohecho ya definido, con la concurrencia de la atenuante simple de dilaciones indebidas, a las penas de PRISIÓN de 4 años y 6 meses y multa de 18 meses con una cuota diaria de nueve euros, así como a la pena de de INHABILITACIÓN especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 10 años y 6 meses y pago de la tercera parte de las costas.

Se acuerda la SUSPENSIÓN DE LA PENA de prisión impuesta a Mauricio durante dos años a condición de que no vuelva a cometer ningún delito, con apercibimiento en otro caso de poder revocarse el beneficio que ahora se acuerda».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Sixto y D. Cirilo que fue impugnado por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Gran Canaria, en fecha 27 de marzo de 2017, en el Rollo de Apelación Tribunal del Jurado núm. 2/17 , cuyo fallo es el siguiente:

«Que debemos estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Sixto contra la sentencia de fecha 25 de junio de 2016 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado nº 1/2012 proveniente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Las Palmas, confirmando la misma a excepción de lo referido a la condena del recurrente, la cual queda fijada en la pena de prisión de 4 años y 6 meses, y multa de 15 meses con una cuota diaria de 9 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 9 años y 6 meses y al pago de la tercera parte de las costas.

Que desestimamos íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación de don Cirilo contra la sentencia de fecha 25 de junio de 2016 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado nº 1/2012 proveniente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Las Palmas.

No se efectúan imposición de costas en esta alzada».

CUARTO.- En fecha 5 de mayo de 2017, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria dictó auto de aclaración de sentencia que contiene la siguiente parte dispositiva:

«LA SALA ACUERDA

Aclarar la omisión llevada a cabo en la sentencia respecto del motivo alegado por la defensa de don Cirilo en el acto de la vista, desestimándolo este motivo de recurso y confirmando en su integridad el fallo dictado por esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia mediante sentencia de fecha 27 de marzo de 2017 ».

QUINTO.- Notificada en forma las anteriores resoluciones a las partes personadas, se preparó recurso de casación por laS representaciones de D. Sixto y D. Cirilo , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

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

Recurso de D. Sixto

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como del 504 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE , a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 y al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE .

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como del 504 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

Motivo Tercero.- (Subsidiario de los dos anteriores). Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como del 504 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por



vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE en su vertiente de obtener una respuesta fundada a las pretensiones deducidas.

Recurso de D. Cirilo

Motivo Primero.- Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por el cauce casacional del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se prepara recurso de casación por infracción de derechos constitucionales, por entenderse vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones regulado en el artículo 18.3 de la Constitución Española, así como a un proceso con todas las garantías regulado en el artículo 24.2 de la Constitución Española

Motivo Segundo.- Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por el cauce casacional del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se prepara recurso de casación por infracción de derechos constitucionales, por entenderse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, regulado en el artículo 24.2 de la Constitución Española por no existir prueba de cargo válida, eficaz y suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia y, de forma subsidiaria, por inaplicación del principio de in dubio pro reo.

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, en relación con la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24.1 de la Constitución Española y falta de motivación (por inexistencia) previsto en el artículo 120 de la Constitución Española, lo que acreditaría que el recurrente no tiene relación, ni cometió, ningún hecho con relevancia penal.

Motivo Cuarto.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 424.1, en relación con el artículo 419, del Código Penal regulador del delito de cohecho.

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley del número primero del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 28, apartado b), regulador de la figura jurídica del cooperador necesario y, consecuentemente, por inaplicación del artículo 29 regulador de la participación en concepto de cómplice.

SÉPTIMO.- Conferido traslado para instrucción, cada uno de los recurrentes se adhirió a los motivos interpuestos por el otro; el Abogado del Estado así como el Ministerio Fiscal interesaron la inadmisión, solicitando subsidiariamente la desestimación de todos los motivos de los recursos interpuestos así como de las adhesiones formuladas; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

OCTAVO- Por providencia de esta Sala se señala el presente recurso para vista y fallo el día 17 de mayo de 2018, celebrándose la misma con la asistencia del letrado D. Alfonso Trallero Masó en defensa de D. Sixto que informa sobre los motivos de su recurso y el letrado D. José Gerardo Ruiz Pasquau en defensa de Cirilo que se ratifica en su escrito de recurso e informa solicitando la nulidad de la prueba; D^a Elena Saenz Guillén, Abogada del Estado que impugna los recursos soliciando su inadmisión y subsidiariamente su desestimación y D. José Antonio del Cerro, representante del Ministerio Fiscal, que solicita la confirmación de la sentencia del TSJ de Las Palmas e informa ratificándose en su informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Sixto

PRIMERO.- Este recurrente, funcionario de vigilancia aduanera, condenado por un delito continuado de cohecho, formula el primer motivo por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 y al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE.

1. Afirma el quebranto del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE, pues entiende que la intervención de sus comunicaciones telefónicas, acordada por Auto de fecha 19 de julio de 2011, cuya declaración de nulidad impetra y cuyo resultado ha servido de base para la condena, se hizo con patente ausencia de motivación y de indicios suficientes para autorizarla, con la consecuente vulneración del derecho fundamental invocado, sin que la sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias haya dado una respuesta al efecto respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, cuya infracción igualmente denuncia.



Expone como antecedentes: a) el Juzgado de Instrucción nº 3 de las Palmas de Gran Canaria incoó procedimiento DP 3433/2011 frente a D. Isidro , en base a una investigación policial iniciada a raíz de una denuncia telefónica anónima de fecha 11 de junio de 2008 (tres años antes de la incoación de diligencias previas); b) por oficio de fecha 6 de julio de 2011, la Guardia Civil, invocando como única razón la referida denuncia anónima presentada tres años atrás, solicita al Juzgado de Instrucción nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria la interceptación de las comunicaciones del Sr. Isidro , con remisión al atestado elaborado días antes; c) inexplicablemente, el Juzgado de Instrucción nº 3 de Las Palmas procede, cuatro días después de recibir dicho oficio, al sobreseimiento libre y archivo de las DP 3433/2011 , lo que se hace por auto de fecha 11 de julio de 2011, pero abre acto seguido un nuevo procedimiento con el número DP 3434/2011, en cuyo seno efectivamente se acuerdan, por auto de auto de 7 de julio de 2011, las referidas escuchas telefónicas del Sr. Isidro ; d) fruto de la intervención telefónica acordada respecto del Sr. Isidro , en fecha 18 de julio de 2011 se habría producido una conversación entre aquél y quien la policía refiere como Sixto (referida a una cita en la calle Modem, en una nave, sin cartel); e) ese mismo día, la Guardia Civil interesa la intervención del teléfono titularidad del recurrente; que fue efectivamente acordada por auto del siguiente día 19 de julio de 2011 y prorrogada sucesivamente hasta el mes de enero de 2012.

De donde concluye que tal conversación era harto insuficiente para justificar la intervención y que esta queja en apelación, no obtuvo respuesta, pues la Sala Civil y Penal se remite a un Auto previo, que carece de la motivación que le es exigible, pues lejos de ilustrar sobre cuáles fueron los datos objetivos que, respecto del recurrente, avalarían la adopción de la medida de intervención de su teléfono, se ciñen al hecho de que fue acordada en base a la información policial recibida y a que el motivo de la petición radicaría en "descubrir con qué agente de aduanas contactaba el tal Isidro ".

2. Como indica el recurrente, la sentencia 86/2018, de 19 de febrero , compila la doctrina jurisprudencial en esta materia:

"El derecho al secreto de las comunicaciones puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social (STC núm. 281/2006, de 9 de octubre y STS núm. 766/2008, de 27 de noviembre), por lo que trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales. Por ello la protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse (SSTS núm. 367/2001, de 22 de marzo y núm. 1377/1999, de 8 de febrero)".

"El derecho al secreto es independiente del contenido de la comunicación, debiendo respetarse aunque lo comunicado no se integre en el ámbito de la privacidad (SSTC núm. 70/2002, de 3 de Abril y núm. 114/1984, de 29 de noviembre)".

"Pero, sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación (art. 8º del Convenio Europeo). Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que constituye un interés constitucionalmente legítimo y que incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos, orientándose su punición por fines de prevención general y especial. El propio art 18.3 CE prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial (STS núm. 246/1995, de 20 de febrero , entre otras muchas)".

"En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos".

"De esta manera en la investigación, impulsada por quienes tienen reconocida legal y constitucionalmente la facultad de ejercer la acusación, no se puede, en ningún caso ni con ningún pretexto, adoptar medidas que puedan afectar a dichos derechos constitucionales, sin la intervención imparcial del Juez, que en el ejercicio de esta función constitucional, que tiene atribuida con carácter exclusivo, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales (STS núm. 248/2012, de 12 de abril)".

"No puede olvidarse que las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento para las intervenciones telefónicas son de las más estrictas que existen en el ámbito del derecho comparado, en primer lugar porque en muchos ordenamientos de nuestro entorno no se exige autorización judicial, siendo suficiente la intervención de una autoridad gubernativa, y en segundo lugar porque en aquellos en que se exige la autorización judicial,



generalmente ordenamientos de corte anglosajón, no se imponen al Juez las exigencias de motivación establecidas por nuestra jurisprudencia (STS núm. 635/2012, 17 de julio)".

"Sin embargo, la normativa legal reguladora de las intervenciones telefónicas es parca y carece de la calidad y precisión necesarias, por lo que debe complementarse por la doctrina jurisprudencial. Las insuficiencias de nuestro marco legal han sido puestas de manifiesto tanto por esta misma Sala, como por el TC (SSTC núm. 26/2006, de 30 de enero , 184/2003, de 23 de octubre , 49/1999, de 5 de abril) y el TEDH SSTDH de 18 de febrero de 2003, *Prado Bugallo contra España* y de 30 de julio de 1998 , *Valenzuela Contreras contra España*). La LECrim dedica a esta materia el art. 579 , en el Título VIII del Libro II, y las nuevas normas legales sectoriales no complementan adecuadamente sus insuficiencias, que requieren imperativamente y sin más demoras una regulación completamente renovada, en una nueva Ley procesal penal que supere la obsolescencia de nuestra legislación decimonónica".

"Lo que por fin se ha producido por la reforma operada por LO. 13/2015, artículo único, apartados trece y catorce, introduciendo los nuevos artículos 588 bis apartados a) a K) y 588 ter apartados a) a i)".

"En cualquier caso, para la validez constitucional de la medida de intervención telefónica se refiere exigiendo la concurrencia de los siguientes elementos: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad, y f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica".

"Elementos que constituyen los presupuestos legales y materiales de la resolución judicial habilitante de una injerencia en los derechos fundamentales, y que también se concretan en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Klass y otros* , sentencia de 6 de septiembre de 1978 ; caso *Schenk* , sentencia de 12 de julio de 1988; casos *Kruslin* y *Huvig* , sentencias ambas de 24 de abril de 1990 ; caso *Ludwig* , sentencia de 15 de junio de 1992 ; caso *Halford* , sentencia de 25 de junio de 1997 ; caso *Kopp* , sentencia de 25 de marzo de 1998 ; caso *Valenzuela Contreras* , sentencia de 30 de julio de 1998 ; caso Lambert, sentencia de 24 de agosto de 1998 ; caso *Prado Bugallo* , sentencia de 18 de febrero de 2003 , etc)".

"En relación con el requisito de la motivación es doctrina reiterada de esta Sala y del Tribunal Constitucional que constituye una exigencia inexcusable por la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención (STC 253/2006, de 11 de septiembre), pero también que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (Sentencias Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 1240/98, de 27 de noviembre , núm. 1018/1999, de 30 de septiembre , núm. 1060/2003, de 21 de julio , núm. 248/2012, de 12 de abril y núm. 492/2012, de 14 de junio , entre otras), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios".

"Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (SSTC 123/1997, de 1 de julio , 165/2005, de 20 de junio , 261/2005, de 24 de octubre , 26/2006, de 30 de enero , 146/2006, de 8 de mayo y 72/2010, de 18 de octubre , entre otras, y SSTC de 6 de mayo de 1997 , 14 de abril y 27 de noviembre de 1998 , 19 de mayo del 2000 , 11 de mayo de 2001 , 3 de febrero y 16 de diciembre de 2004 , 13 y 20 de junio de 2006 , 9 de abril de 2007 , 248/2012, de 12 de abril y 492/2012 , de 14 de junio, entre otras) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal, cuando se ha solicitado y emitido (STS 248/2012, de 12 de abril)".

"La motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente (STS núm. 636/2012, de 13 de julio). Pero la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada sí, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención (STS núm. 248/2012, de 12 de abril), contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (doctrina jurisprudencial ya citada, por todas STC 72/2010, de 18 de octubre). Resultando en ocasiones redundante que el Juzgado se dedique a copiar y reproducir literalmente la totalidad de lo narrado extensamente en el oficio o dictamen policial que obra unido a las mismas actuaciones, siendo más coherente que extraiga del mismo los indicios especialmente relevantes (STS núm. 722/2012, de 2 de octubre)".

"En la motivación de los autos de intervención de comunicaciones deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición o, incluso, de la convicción de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues de reputar suficiente tal forma de proceder, resultaría que la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental vendría a depender, en la práctica, exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna



clase, lo que no es admisible en un sistema de derechos y libertades efectivos, amparados en un razonable control sobre el ejercicio de los poderes públicos (Sentencias de esta Sala 1363/2011, de 15 de diciembre y núm. 635/2012, de 17 de julio)".

"Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida (STS núm. 635/2012, de 17 de julio)".

"Han de ser objetivos en «un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona» (STC 184/2003, de 23 de octubre)".

"Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que «permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse» (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass* , y de 15 de junio de 1992, caso *Ludi*) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim , en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1 LECrim) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3 LECrim) (STC 167/2002, de 18 de septiembre)".

"En definitiva, el control posterior sobre la decisión que acordó la medida debe revelar que el Juez tenía a su alcance datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso así como acerca de la utilidad de la intervención telefónica, de forma que quede de manifiesto que aquella era necesaria y que estaba justificada (STS núm. 635/2012, de 17 de julio)".

"Bien entendido por lo que respecta a las prórrogas y a las nuevas intervenciones telefónicas acordadas a partir de los datos obtenidos en una primera intervención, las exigencias de motivación anteriormente expuestas han de observarse también en la resolución acordada con carácter previo a acordar la prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita presunta a la inicialmente ofrecida (SSTC 49/99 del 5 abril , 171/99 de 27 septiembre , 202/2001 de 15 octubre , 269/2005 el 24 de octubre)".

"Igualmente ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de datos obtenidos en la primera. Ciertamente el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indicativos de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediabilmente las ulteriores de ellas derivadas (SSTC 171/99 del 27 septiembre , 299/2000 de 11 diciembre , 184/2003 del 23 octubre , 165/2005 de 20 junio , 253/2006 de 11 septiembre)".

"Bien entendido, como se dice en SSTS 645/2010 de 14 de mayo y 413/2015 de 30 de junio , que la intervención de un nuevo teléfono del mismo titular o la prórroga temporal de una intervención telefónica que inicialmente ha sido autorizada por concurrir motivos justificados, solo tiene de específico la prolongación en el tiempo de esa intervención ya ordenada legítimamente, lo que es necesario entonces justificar y lo que se exige en tal caso motivar en la nueva resolución decisoria no se extiende a lo que se justificó, ponderó y valoró en el Auto originario habilitante, sino la ampliación temporal de lo mismo más allá del periodo inicialmente concedido cuando lo que apoya la nueva intervención o prórroga no es propiamente un cúmulo de indicios nuevos o diferentes de los que fueron expresados y valorados en la intervención, sino estrictamente la subsistencia de aquéllos, es decir el mantenimiento, la mera vigencia en el tiempo de la misma necesidad. Si la una y otra en cuanto tales ya se sometieron al control judicial no es preciso ponderar de forma redundante lo ya ponderado antes, y será únicamente objeto del control la justificación de la prórroga en lo que supone de concesión de un nuevo periodo temporal para una intervención ya justificada (STS 1008/2013 de 8 de enero de 2014)".

"Por ello, como hemos precisado en SSTS 974/2012 de 5 diciembre , 83/2013 de 13 febrero , 877/2014 del 22 diciembre) , en los autos que restringen derechos fundamentales, el tipo de juicio requerido cuando, aparece cuestionada por vía de recurso la existencia de los presupuestos habilitantes de la medida limitativa y la corrección jurídica de su autorización ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva ex ante, o lo que es lo mismo, prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido como consecuencia de la actuación policial en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada. Porque éste resultado, sin duda persuasivo en una aproximación extrajurídica e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la injerencia. De otro modo, lo que coloquialmente se designa como éxito policial sería el único y máximo



exponente de la regularidad de toda clase de intervenciones; cuando, es obvio, que tal regularidad depende exclusivamente de que éstas se ajusten con fidelidad a la Constitución y a la legalidad que la desarrolla. Lo contrario, es decir, la justificación ex post, sólo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del art. 11.1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no todo, del art. 24 CE (STS. 926/2007 de 13 de noviembre). Esa obligada disociación del resultado finalmente obtenido de sus antecedentes, para analizar la adecuación de éstos, considerados en sí mismos, al paradigma constitucional y legal de pertinencia en razón de la necesidad justificada, es, precisamente, lo que tiñe de dificultad la actividad de control jurisdiccional y, con frecuencia, hace difícil también la aceptación pública de eventuales declaraciones de nulidad. Como ponía de manifiesto la sentencia de esa misma Sala de 21 de septiembre de 1999 , que, a la vez, señalaba el alto significado pedagógico de decisiones de esa clase cuando dictarlas resulte obligado en una correcta lectura de los preceptos de referencia. Por ello, en el caso presente el auto inicial de la intervención telefónica debe valorarse a la vista de los elementos y datos disponibles en el momento de su adopción, sin que la insuficiencia de los resultados obtenidos o la existencia posterior de otras pruebas, que desvirtúen su contenido incriminador o incluso su misma relevancia jurídica, afecten a la legitimidad inicial de la medida restrictiva del derecho fundamental".

3. En autos, pese a las alegaciones del recurrente, las exigencias jurisprudenciales antes indicadas, fueron observadas.

Así, en cuanto a la concreción de los antecedentes que otorgaron los datos objetivos que motivaron la autorización judicial de la intervención, conviene repasar el contenido del "informe" ("diligencia del resultado de gestiones" y "diligencia de exposición") del atestado NUM000 , cuya referencia encabeza la solicitud de la intervención, que obraba ya en las actuaciones y por ende los datos allí expresados eran conocidos por el Instructor y que además, se integra por expresa remisión en la motivación del Auto de 19 de julio de 2011:

- El 11 de junio de 2008, se recibe una llamada en la que una persona con acento magrebí que no quiso identificarse, comunica que en el muelle de la Luz y de las Palmas desde hace diez o quince días hay un contenedor de la empresa NUR, esperando para salir; que contiene artículos falsificados. La empresa NUR, está en c/Tomás Morales 22, siendo el responsable Isidro . La tienda se dedica a alfombras y tiene un local cercano muy pequeño, pero detrás de un mueble pegado a la pared hay una puerta que da a un almacén de grandes dimensiones, donde se encuentran los productos falsificados. Ya han salido del muelle cuatro contenedores iguales. Y que el tal Isidro está pagando a un Agente de Aduanas para que le deje pasar.

- Documentada la llamada y su contenido, por efectivos de la ODAIFIS, se procedió a efectuar gestiones para comprobación de lo narrado. Y efectivamente, en la c/Tomás Morales 22, se encontraba una pequeña tienda de alfombras, con el rótulo de "NUR, alfombras persas y orientales", regentada por Valentín y su hijo Isidro y el NIF de la empresa correspondía al DNI de Isidro .

- Vista su existencia, se solicitó a la Dependencia Provincial de Aduanas, información sobre si en días previos al día 11 de junio, había llegado al puerto, contenedor a nombre de Isidro o de la empresa DUR; contestando que entre el 1 de enero de 2007 y el 11 de junio de 2008, Isidro , había efectuado la importación de tres contenedores, entre ellos el MSCU757727/0, el 2 de junio de 2008, procedente de China, al que le fue asignado circuito rojo (para inspección física por funcionario de Aduanas antes de ser despachado), la que se llevó a cabo en el almacén de depósito temporal de Transportes Curbelo, quien informó que la inspección se realizó el día 4 de junio y que finalizada fue trasladada la carga a la puerta de un almacén situado en la calle Luis Benítez Inglott nº 26 de las Palmas de Gran Canaria; y al día siguiente fueron a recogerlo al mismo lugar, ya vacío; siendo ese el mismo operativo que en las dos ocasiones anteriores.

- A partir de ese momento montaron un discreto dispositivo de vigilancia sobre la persona de Isidro y sobre los locales de Carmelo y Heraclio ; y a la vez se realizaron gestiones ante diferentes consignatarias del puerto para detectar la llegada del nuevo contenedor a su nombre; pero sucedía que cada vez que se detectaba alguno y se pretendía paralizar para inspección, ya había sido inspeccionado por efectivos de la Dependencia Provincial de Aduanas y se había efectuado el despacho aduanero.

- Rutina que siguió hasta el día 16 de junio de 2011, donde al analizar la carga del buque Concordia, se detectó el contenedor MSKU 176107/8, consignado a Isidro ; por lo que se propuso para reconocimiento no intrusivo de la carga; y trasladado el contenedor a este efecto, el día 20 de junio tuvo lugar la inspección física, en la que estuvieron presentes el destinatario y propietario de la mercancía D. Isidro y un empleado suyo; en el curso de la cual, se procedió a la apertura del contenedor y a la práctica, un pasillo lateral derecho hasta el fondo, extrayéndose todas las cajas de ese lado y comprobándose su contenido y al llegar al fondo, tras quedar solo un agente pues el otro acudió a dependencias oficiales a buscar linternas, en ese momento, el propietario de la mercancía, comentó al agente que allí estaba, que dentro de contenedor había mercancías que no estaban



declaradas, que se trataba de prendas falsificadas, que no quería tener problemas y que tenía doce mil euros y que si había alguna forma de arreglar la situación.

- Requerido entonces para que sacase todo lo que se encontraba en el contenedor sin declarar, extrajo 92 bultos, en cuyo interior había un total de 9833 artículos, prendas y calzado deportivo de marcas conocidas y alto valor económico, presuntamente falsificados.

Ciertamente, el contenido del oficio en el que se insta la solicitud de intervención, aún cuando se encabeza con el número del atestado y se alude a la diligencia de informes, es más parco, pero resulta obvio que el Instructor, tiene presente el estado descrito de las diligencias, cuando en el Auto de 7 de julio de 2011, de concreta y expresiva manera, así las recoge en su motivación fáctica, con expresa remisión al 'informe' del referido atestado, obrante en las actuaciones:

Sobre Isidro , según información obrante en la unidad de la sección fiscal del puerto de la luz, Guardia Civil, se desprende que este se pudiera estar dedicando a introducir mercancías falsificadas, desde antes de la recepción del anónimo a que se hace referencia en el mismo, día 11 de junio de 2008, ya que el mismo cita que habían salido con anterioridad cuatro contenedores con mercancías falsificadas. Verificadas las actuaciones pertinentes a fin de comprobar los hechos. Que el pasado 21 de junio de 2011 a Isidro se le imputó un delito relativo a la propiedad industrial, según consta en diligencias policiales de esta unidad Núm NUM001 , entregadas en este juzgado el 22 de junio de 2011.

Que según dicha información anónima, los contenedores salían del muelle porque Isidro pagaba a un agente de aduanas. Que en las citadas diligencias se hace mención a que el Isidro intentó ofrecer dinero (12.000 euros) al guardia civil con TIP NUM002 . Lo que permite inferir que esta práctica la ha llevado a cabo con otros agentes.

Se puede considerar todo como creíble, ya que todo lo aportado en el informe , se ha comprobado como cierto, tanto la dirección de la tienda, como los delitos de propiedad industrial y de presunto cohecho.

4. De igual modo la observancia de normas constitucionales y ordinarias concorde nuestra doctrina jurisprudencial, es predicable en relación al Auto de 19 de julio, donde se autoriza la intervención del teléfono del recurrente.

En el oficio donde se solicita adoptar la injerencia, se indica la existencia de dos conversaciones mantenidas por Isidro , a través del número NUM003 , cuya intervención se autorizó el pasado 7 de julio:

i) La primera del NUM004 , donde se indica que Isidro espera en esa semana un container, que concreta como día de llegada el día 19.

ii) La segunda, del NUM005 , donde concierta un encuentro con el llamante, que se identifica como Sixto .

Así como que en las gestiones de identificación conducen a que la primer llamada la realiza Victoria , agente de aduanas; y la segunda, Sixto funcionario de Aduanas destinado en la Dependencia Provincial de la Aduana e impuestos especiales de las Palmas de Gran Canaria siendo su función principal la inspección de contenedores.

Lo que igualmente recoge el Auto autorizante, así como los antecedentes del Auto del día 7 de julio; de donde racionalmente concluye que *de lo expuesto parece que Sixto pudiera estar realizando actos para facilitar la perpetración de los delitos investigados pudiendo obtener algún tipo de beneficios personal o económico.*

De modo, que no cabe tildar la investigación, como general o prospectiva, ni basada en informaciones confidenciales no contrastadas; sino que por contra, tanto la solicitud como la autorización judicial con remisión al 'informe' del atestado, obrante previamente en las actuaciones, en relación al primer auto, con la adición de relaciones esclarecidas ante la llegada inminente de la recepción de un nuevo container, se apoyan en indicios y hasta en evidencias de la existencia de un delito, son resultado de actuaciones policiales mantenidas en el tiempo, que tras el inicial anónimo, permitieron el acopio de datos y elementos objetivos altamente significativos de la realidad de conductas relacionadas.

Es constante jurisprudencia (vd. sentencia 203/2015, de 23 de marzo) que en relación a las comprobaciones efectuadas por las fuerzas policiales tras esa denuncia anónima, no es razonable confundir la entidad de los indicios necesarios para irrumpir en el derecho al secreto de las comunicaciones, con los que pueden servir de base a un auto de procesamiento o a una inculpación formal. Los que legitiman la autorización judicial de intervención telefónica han de representar algo más que simples conjeturas o suposiciones, más o menos aventuradas. Pero no puede exigirse de ellos la solidez de una "provisional casi certeza".

La consecuencia es que "no se puede decir que una interceptación telefónica carezca de justificación por haber sido concedida en virtud de meras sospechas siempre que éstas sean razonables y estén suficientemente fundadas, convirtiéndose en indicios. Precisamente por esto, la Policía debe ofrecer al Juez -y éste debe



exigirla- su razón de ciencia, es decir, los motivos en que basa su sospecha para que el Juez esté en condiciones de apreciar si se trata realmente de una sospecha razonable y fundada y si, en consecuencia, la intervención que se le solicita, con la restricción del derecho fundamental que lleva consigo, es proporcional al interés invocado por los Agentes de las Autoridad".

5. Por otra parte, razona la STS núm. 567/2013, de 8 de mayo, el escenario en esta fase preliminar es muy diferente al del momento del juicio oral en que sí se impone una "duda metódica" sobre los elementos de cargo, usando la expresión cartesiana acuñada en un marco reflexivo (metafísica) muy diferente pero que es plástica. No es necesaria una a modo de "mini-instrucción" previa judicial que siga a la investigación policial y preceda a la injerencia. En absoluto. No existe irregularidad o déficit alguno en el hecho de que el oficio policial no fuese acompañado de documentos acreditativos de las vigilancias, informaciones, antecedentes, expresión de la identidad de todos los agentes que intervinieron, cronología exacta de los seguimientos.

La veracidad o solidez del indicio no puede confundirse con su comprobación judicial. Cuando, siendo posible, no se refrenda por una investigación judicial previa e improcedente en este momento el indicio o noticia disponible, de ello se sigue que, de ser falso, el auto habilitante no se sustentará en indicios auténticos. Pero no que, de ser verdadero, el indicio razonable del delito deje de ser tal por el solo hecho de no haberse constatado mediante una actuación judicial redundante y casi burocrática. Datos objetivos, como las vigilancias o comportamientos del sospechoso, son comprobables testificalmente, número y circunstancias de los contenedores despachados siendo el sospechoso el destinatario, puede ser objeto de constatación documental, número y entidad de los objetos intervenidos es dato que proviene en su integridad de procedimientos tramitados en el Juzgado, cuyo titular autoriza la injerencia que el recurrente cuestiona.

El motivo se desestima; obran indudables indicios objetivos, susceptibles de comprobación, que posibilitan el juicio de proporcionalidad (dado la entidad del bien jurídico tutelado, su gravedad y el método operativo empleado), que concorde la resolución recurrida, resulta debidamente ponderado. Ni resulta óbice procesal alguno a las anteriores consideraciones que mediara resolución de sobreseimiento libre respecto del contenedor con prendas de marca falsificadas importado por Isidro, en cuanto era atinente exclusivamente a los delitos contra la propiedad industrial, por cuanto al haberse intervenido en el puerto, aún no había operado comercialización alguna de dichas prendas.

SEGUNDO. - El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como del 504 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

El motivo se formula como tributario del anterior, en cuanto que se argumenta que con la nulidad de las intervenciones telefónicas y de las pruebas derivadas de esa injerencia, no resta prueba suficiente para condenar al recurrente, pues solo quedarían las declaraciones del coacusado D. Mauricio y la diligencia de inspección del folio 619, que entiende insuficiente como corroboración objetiva de una conducta inapropiada del recurrente, y menos de la recepción de una cantidad de dinero por llevarla a cabo.

Desestimada la referida nulidad, las declaraciones del coacusado, afirmando que abonó las cantidades solicitadas por el buen fin de las diligencias que había interesado, han sido confirmadas por las conversaciones telefónicas y mensajes por esa misma vía, debidamente aportados al proceso, tal como expresa el Jurado al exponer la sucinta motivación del veredicto

TERCERO.- El tercer motivo formulado, subsidiario de los dos anteriores, es por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE en su vertiente de obtener una respuesta fundada a las pretensiones deducidas.

1. Denuncia que en el tercer motivo del recurso de apelación, por infracción del artículo 24.1 CE, atendiendo la prueba practicada, de base razonable que la justifique, sistematizaba su desarrollo en cuatro apartados; y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, optó por analizar la existencia de prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia de forma global, pero dejó absolutamente incontestado el apartado referido a la absoluta irracionalidad de la valoración de la prueba, o la absoluta ausencia de ésta, para declarar probado que: *"en relación al contenedor TEMU 2321366 importado por Mauricio desde China, Sixto gestionó que se le diese el visto bueno para su despacho, autorizándose el despacho el mismo 3 de agosto de 2011, pese a que no reunía las condiciones legales, percibiendo por ello la cantidad de 300 euros"*

Cuando además, añade, existen las manifestaciones de Dña. Mariana, D. Elias y D. Leonardo (respectivamente Coordinadora del Departamento de Aduanas, técnico de Hacienda y funcionario de vigilancia aduanera), quienes declararon en el acto del Juicio Oral que el Sr. Sixto no tenía capacidad para autorizar el levante de la mercancía ni modificar los controles acordados por los actuarios técnicos de Hacienda,



jerárquicamente superiores a la categoría funcional; y a los folios 867 a 896 de las actuaciones, en los que obra la documentación remitida por la Agencia Tributaria, constatándose, en primer lugar que el contenedor fue examinado en el scanner el 4 de agosto de 2011 y despachado el siguiente día 5, y no el 3 de agosto de 2011 como erróneamente se recoge en la sentencia; en segundo lugar, que la comprobación del contenedor en el scanner por el operario correspondiente arrojó el resultado de 'no sospechoso', sin que el mismo fuera abierto, y en tercer lugar, que fue la subinspectora actuaria Dña. Amalia quien dio el visto bueno y autorizó el levante de la mercancía el día 5 de agosto de 2011.

De donde concluye, que el recurrente no interviene.

2. Pese a las aseveraciones del recurrente, la cuestión sí fue analizada, pues el Tribunal Superior, alude tanto a las declaraciones de Mauricio como a las conversaciones intervenidas y a la explicación que de las mismas se dan en la sentencia del Tribunal del Jurado:

El motivo aducido por el recurrente no puede prosperar en esta alzada. Conforme resulta del acta del veredicto emitido por el Jurado y de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, dictada con la adecuada observancia de la obligación que impone el artículo 70.2 de la LOTJ, la conclusión y convicción condenatoria que obtiene el Jurado se funda en prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia. Consta acreditado a través de la prueba de declaración-confesión del condenado Mauricio la intervención de éste y de los otros dos condenados en la realización de los hechos. Además de ésta prueba, también a través de las conversaciones de las escuchas telefónicas, de la testifical y de la documental obrante a las actuaciones, la acreditación de los hechos referidos a los tres contenedores que recogen los hechos probados, con la salvedad que existe respecto del primer contenedor que, si bien es cierto que el condenado Sixto se encontraba fuera de la Isla, es también cierto que de haber estado en ella, posiblemente hubiera procedido como en los posteriores, pues es lo que aparentemente se aprecia. Aun así, no existe condena por este hecho y se reconoce que no hubo participación de los cuñados en el paso de este contenedor por la Aduana, pues efectivamente Sixto se encontraba fuera de la Isla.

El lenguaje utilizado demuestra, como la sentencia razona, un lenguaje convenido para hablar de los hechos delictivos. El ofrecimiento del abogado Cirilo, de la prestación de servicios de su cuñado Sixto, para ayudarle a pasar contenedores conflictivos por la Aduana, también se encuentra acreditado; Las escuchas de las conversaciones demuestran igualmente la existencia del acuerdo a tres bandas existentes entre los condenados, al igual que el precio solicitado y pagado por el servicio prestado. Todos estos particulares han sido declarados probados por el Tribunal del Jurado y, por lo que respecta al ofrecimiento del apelante a despachar la mercancía, tal ofrecimiento se encuentra acreditado en los Hechos 1º, 2º, 5º, 6º, y 7º del apartado A) y 1º, 4º del apartado C). Por lo que respecta al hecho ya reconocido que en la revisión del primer contenedor el apelante se encontraba fuera de la Isla, ello no se pone en duda y, tanto la sentencia recurrida (último párrafo del Razonamiento Jurídico Segundo), como el Tribunal Popular han estimado dicha afirmación, (Hecho 3º del apartado A) del objeto del veredicto).

Ciertamente que tanto el abogado Cirilo como su cuñado, el funcionario de vigilancia aduanera Sixto, dieron una versión de los hechos que nada tenía que ver con lo realmente oído a través de las intervenciones telefónicas. Sin embargo, el Jurado no les dio credibilidad alguna y sí en cambio le dio credibilidad a la confesión del condenado Mauricio y a lo oído a través de la audición de las conversaciones telefónicas acerca de los hechos. Y en este sentido, y como ya se ha dejado constancia con la jurisprudencia citada, lo que realmente debe comprobar este Tribunal ad quem, es si ha existido una actividad probatoria basada en pruebas legítimamente obtenidas, y si su contenido permite establecer una conexión directa entre el hecho enjuiciado y la participación del recurrente. Este juicio crítico pertenece a la conciencia de la Sala sentenciadora que dispone de una inmediación y contradicción que no puede ser trasvasada a esta Sala que sólo puede apreciar, mediante el análisis detenido de los razonamientos empleados en la valoración de la prueba, si el camino seguido transcurre por la senda de la lógica y del buen sentido.

Y es que la propia sentencia recurrida realiza en el Fundamento de Derecho Tercero un pormenorizado análisis de la totalidad de la prueba práctica en el juicio oral con sustento en la decisión del Jurado, el cual da por probado los hechos que llevan a la condena de los tres encausados y desvirtúan la presunción de inocencia. Como ya se ha dejado constancia, el contenido de las escuchas telefónicas demuestran la realización de los hechos por parte de los hoy condenados, unido a la declaración-confesión de uno de ellos. Los hechos probados que se obtienen tanto de las propias declaraciones del acusado como de las pruebas documentales y testificales practicadas en el plenario a instancias de la acusación dio lugar a que el Jurado llegara a la conclusión de la culpabilidad de los apelantes y de don Mauricio.

3. Efectivamente en la sentencia del Tribunal de Jurado se recoge en cuanto al segundo contenedor TEMU 2321366:



Recordemos que este segundo contenedor llega a Las Palmas en agosto de 2011. Los Sres. Miembros del Jurado, cuando motivan el hecho 5º del apartado A del objeto del veredicto, lo hacen de forma escueta, pero, si se nos permite, demoledora. Razonan así: "**Nos basamos en el mensaje del día 04.08.2011 a las 11:12:15 [Confirma contenedor TEMU 2321... Llámame. Sixto] en el que Sixto pide a Cirilo que le confirme que el contenedor es el TEMU 2321... y en el mensaje del día 09.08.2011 a las 09:43:57 [El viernes se entregó la tabla al diente sin problema. Mi amigo le cobra 200 y tú súmalo lo tuyo. Besos] confirmando la entrega de la "tabla" y el cobro del acto además que le sumara lo suyo**". Los mensajes aludidos, no solo son relevantes para incriminar a los acusados, sino que también echan por tierra la versión que desea dar Cirilo para exculpar a su cuñado.

(...)

Además obran las manifestaciones de Mauricio que contesta a preguntas del Ministerio Fiscal:

"Que **en julio de 2011** trajo otro contenedor para el que solicitó la ayuda de Cirilo y Sixto , que fue revisado por Sixto .

*Que el contenedor salió rojo, pero aun así salió despachado, que no lo recuerda. Que sí recuerda que **pidió la ayuda y pagó unos 300 euros** .*

Que Cirilo le pidió que le avisara con tiempo de la llegada de los contenedores, para pedir ayuda a Sixto con tiempo".

A la defensa de Cirilo , Mauricio dijo:

"Que en cuanto a los tres contenedores por los que pagó para pasar mercancías, que lo que sabe seguro es que pagó a Cirilo .

*Que **por este segundo contenedor pagó** .*

Que lo que él sabe de la intervención de Sixto es lo que Cirilo le contaba. Que lo que él dice es lo que Cirilo le contaba a él.

Que cuando en su declaración dijo que Cirilo le pedía cada vez más dinero, entiende que era para que no le pararan la mercancía.

Que al final él recibía la mercancía, no sabe si la paraban o no.

Que él lo que quería era que la mercancía entrase a su almacén".

A la defensa de Sixto , Mauricio dijo:

"Que a Sixto no lo conocía de nada ni le entregó directamente dinero a este.

Que nunca pensó que el dinero no le llegara a Sixto y se lo estuviera quedando Cirilo . Que él pagaba y recibía la mercancía en su almacén, la ilegal también".

Si a ello se une que el hecho probado afirma que " Sixto gestionó que se le diese [al contenedor] el visto bueno para su despacho ", lo que no implica intervención directa sino indirecta en el despacho; ninguna tacha de insuficiencia, tampoco de arbitrariedad, puede predicarse a la valoración probatoria descrita.

El motivo se desestima.

Recurso de D. Cirilo

CUARTO. - El primer motivo lo formula por Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por el cauce casacional del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de derechos constitucionales, por entenderse vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones regulado en el artículo 18.3 de la Constitución Española , así como a un proceso con todas las garantías regulado en el artículo 24.2 de la Constitución Española .

Sustancialmente este motivo coincide con los argumentos del primer motivo del anterior recurrente, por lo que ha de llevar igual suerte desestimatoria.

Pues además de lo allí narrado, de las conversaciones intervenidas al coacusado Sixto , resulta la obvia sospecha de la implicación del recurrente a partir del 26 de julio, sobre concretas inspecciones, posibilidad de incidir en ellas y estipendios si salen bien.

Sin que la queja sobre la persistencia en la intervención en el Auto de 4 de octubre de 2011, deba conllevar virtualidad alguna, pues lo allí afirmado no es la ausencia de actuación ilícita del funcionario; sino que no llegó a haberla porque no tuvo tiempo de realizarla, no por falta de disposición o rechazo alguno a la misma.



Disposición para la realización de las gestiones necesarias que cuando menos, integra un causa de sospecha bastante e indicio de la actividad ilegal investigada.

QUINTO. - El segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por el cauce casacional del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entenderse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, regulado en el artículo 24.2 de la Constitución Española por no existir prueba de cargo válida, eficaz y suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia y, de forma subsidiaria, por inaplicación del principio de in dubio pro reo.

1. Concluye en su argumentación que en el presente supuesto, la única prueba que existe de la supuesta entrega dineraria o dádiva es la autoincriminación del coacusado Mauricio, prestada precisamente en orden a beneficiarse, mediante una condena mínima siendo con ello evidente su interés directo, hasta el extremo que con ello consigue la aplicación de la atenuante de confesión, siendo sorprendente que pese a reconocer pagos, no fuese capaz de tan siquiera a especificar el lugar donde se efectuaron o la forma de entrega, circunstancias éstas y, en base a lo expuesto, por lo que se articula el presente motivo casacional al entender que no existe prueba válida, ni tan siquiera suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia, pues sin la existencia de dichas dádivas, difícilmente tendría encaje el tipo penal del cohecho, en cualesquiera de sus modalidades.

2. Ciertamente, como expresa la STS 675/2017, de 16 de octubre con abundante cita de la jurisprudencia constitucional y de esta propia Sala Segunda, las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio.

Sin embargo, hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece en calidad de testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino que lo hace como acusado, por lo que está asistido del derecho a no declarar en su contra y no reconocerse culpable y exento en cuanto tal de cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse de un relato mendaz. Superar las reticencias que se derivan de esta posición procesal exige de unas pautas de valoración de la credibilidad de su testimonio particularmente rigurosas, que se han centrado en la comprobación de inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones y la concurrencia de otros elementos probatorios que permitan corroborar mínimamente la versión que así se sostiene (STC 115/98, 118/2004, de 12 de julio o 190/2003, de 27 de octubre).

En todo caso, nuestra Jurisprudencia ha ido otorgando un valor creciente a las pautas objetivas de valoración de la credibilidad de la declaración del coimputado, expresando (SSTS 763/2013, de 14 de octubre ; 679/2013, de 25 de septiembre ; 558/2013, de 1 de julio ; 248/2012, de 12 de abril o 1168/2010, de 28 de diciembre, entre muchas otras) que la operatividad de la declaración del coimputado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia -cuando sea prueba única- podía concretarse en las siguientes reglas:

- a) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.
- b) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente, como prueba única, y no constituye por sí sola actividad probatoria de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia.
- c) La aptitud como prueba de cargo suficiente de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.
- d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.
- e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.
- f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado.

3. En autos obran las manifestaciones inculpativas de Mauricio, efectivamente, pero además, resultan plenamente corroboradas con las conversaciones y mensajes entre el recurrente y el coacusado Sixto, su cuñado y funcionario de Aduanas, parte de las cuales, como hemos visto ut supra, incluso las transcribe el jurado en su veredicto.

El motivo se desestima.

SEXTO. - El tercer motivo lo formula por infracción de Ley del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, en

relación con la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24.1 de la Constitución Española y falta de motivación (por inexistencia) previsto en el artículo 120 de la Constitución Española, lo que acreditaría que el recurrente no tiene relación, ni cometió, ningún hecho con relevancia penal.

1. Alude al apartado fáctico relacionado con el contenedor TEMU 2321366, importado desde China. La documentación que designa es:

i) Documentación remitida por la Agencia Tributaria, Delegación Especial de Canarias, Unidad Regional de Aduanas, que obra a los folios 867 a 896 de la causa.

ii) Documento Formulario Duas Escaneados que obra al folio 332 del Rollo de Sala.

iii) Oficio de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil de fecha 29 de agosto de 2011 que obra al folio 150.

2. La doctrina de esta Sala viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento. Dicho de otro modo, resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

A su vez, el art. 849.2 de la LECr, como explicita en su último inciso exige que esos documentos no resulten contradichos por otros elementos de prueba (por todas, STS 21/2016, de 16 de marzo).

De ahí que ninguno de los documentos invocados permitan sustentar este motivo, pues bien carecen de literosuficiencia, precisan de ulterior explicación o argumentación para acreditar lo que interesa al recurrente o incluso de prueba complementaria; o resultan contradichos por pruebas personales, ya fueren de quienes los originaron o de terceros, pues como acabamos de reseñar, esta norma no otorga preferencia alguna a la prueba documental. Con frecuencia en su argumentación el recurrente asevera que diversos de los documentos invocados, permiten acreditar un contenido que contradice determinadas declaraciones o testimonios; pues bien, la existencia de esa misma contradicción, ontológicamente hace decaer el motivo.

3. Consecuentemente, el motivo debe desestimarse; pues el hecho que se declara probado es que "Sixto gestionó que se le diese [al contenedor] *el visto bueno para su despacho*", lo que no implica intervención directa sino indirecta en el despacho; por lo que dichos documentos, referentes a que el contenedor fue examinado en el scanner el 4 de agosto de 2011, que la comprobación del contenedor en el scanner por el operario correspondiente arrojó el resultado de 'no sospechoso', sin que el mismo fuera abierto, y que fue la subinspectora actuaria Dña. Amalia quien dio el visto bueno y autorizó el levante de la mercancía no sirven para acreditar error alguno sobre la 'gestión' imputada; pues no relata el *factum* que fuera el inculpado quien directamente inspeccionara, diera el visto bueno o autorizara el levante. Mientras, que como ya se analizó en el fundamento tercero, existen pruebas acreditativas de esa gestión, a través de las declaraciones del coacusado Mauricio, sus conversaciones con el mismo y los mensajes y conversaciones entre el recurrente y el otro coacusado, su cuñado Sixto, funcionario de Aduanas.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO. - El cuarto motivo lo formula por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 424.1, en relación con el artículo 419, del Código Penal regulador del delito de cohecho.

1. Argumenta, expresado en sucinto resumen, que "realizar gestiones" no es constitutivo del delito de cohecho porque no es un acto contrario a los deberes del cargo.

2. El recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.



Por ello, sólo cabe analizar el adecuado juicio de subsunción jurídica, de modo que cualquier cuestión atinente a valoración probatoria, resta extramuros de su ámbito.

3. En cuya consecuencia debe partirse de la intangibilidad de los hechos probados, no de apócopos interesados de los mismos; y lo que afirma el hecho probado es que " Sixto gestionó que se le diese el visto bueno para su despacho (...) pese a que no reunía las condiciones legales, percibiendo por ello la cantidad de 300 euros". Y precisamente, dar el visto bueno aunque el contenedor no reunía las condiciones legales, es una actuación -a través de otro- contraria a los deberes de su cargo como funcionario de Aduanas.

Como indica el propio recurrente, el delito de cohecho del art. 419 CP, se caracteriza por:

1°. Como elemento subjetivo, el tratarse de funcionario público.

2°. Como elemento objetivo, que el acto de que se trate guarde relación con su función o cargo.

3°. Como acción, la de solicitar o recibir dádiva o presente, u ofrecimiento o promesa en atención a un comportamiento esperado; desde la reforma operada por LO 5/2010: para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo (o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar).

Por ello el funcionario deberá tener atribuidas competencias, al menos genéricas, para adoptar el acto objeto de soborno; lo que no equivale a que fuere el competente, en sentido material estricto, para adoptar el acto objeto del acuerdo. Así la STS /2012, de 14 de marzo:

No es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita la dádiva sea el encargado del acto sobre el que actúa el cohecho bastando que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho antes petición pacífica que resulta del propio tenor legal del tipo penal que refiere la recepción para la realización de ese acto en el ejercicio de su cargo. (STS 504/2003, de 2 de abril).

En efecto los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que el particular entienda que le es posible la realización del acto requerido, que en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino solo con ellas relacionado.

Elementos todos ellos declarados probados; Sixto, funcionario de vigilancia aduanera en la aduana marítima del Puerto de La Luz y de Las Palmas, quien tenía como función la apertura e inspección material de los contenedores que la administración de aduanas marca como sospechosos en base a diferentes criterios como sanitarios o delincuenciales, tras lo cual levanta acta que se une al DUA (documento único aduanero) que permite la salida o despacho del contenedor para su entrega a su propietario; a cambio de dinero, bien directamente, despachaba un concreto contenedor como si estuviera todo correcto o hacía gestiones a tal fin.

4. Por último, debemos precisar que este ilícito, no precisa un daño a la causa pública, entendido como "perjuicio verificado y acreditado", al margen del torcimiento que conlleva del principio de imparcialidad u objetividad en el desempeño de la actividad pública; el daño material a que hace referencia el recurrente con cita de la STS 1114/2009, de 12 de noviembre, como expresa el propio contenido de esa resolución es el predicado en el delito de revelación de secretos del artículo 417, pero no es exigido en el cohecho.

El motivo se desestima.

OCTAVO. - El quinto y último motivo lo formula por Infracción de ley del número primero del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 28, apartado b), regulador de la figura jurídica del cooperador necesario y, consecuentemente, por inaplicación del artículo 29 regulador de la participación en concepto de cómplice.

1. Entiende que su actuación, fue la propia del cómplice, pues lo único que hizo fue poner en contacto al empresario con su cuñado; que su actuación fue meramente accesoria y auxiliar.

2. Como antes indicamos, el motivo exige partir de la intangibilidad del relato histórico y los hechos probados, indican que Cirilo, que no ostenta la cualidad de funcionario público, actuó como intermediario o persona interpuesta en los comportamientos realizados por Sixto y Mauricio, realizando **actos necesarios sin los cuales** el funcionario Sixto no los habría podido llevar a efecto.

Expresado de otra manera, su participación, no se limitaba a poner en contacto, sino que era el muñidor de los acuerdos para el indebido despacho de las mercancías a cambio de precio, de modo que el motivo debe ser desestimado.



NOVENO.- En materia de costas rige el art. 901 LECr , que para caso de desestimación del recurso, prevé su imposición al recurrente.

FALLO

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

- Declarar NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Sixto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Gran Canaria, de fecha 27 de marzo de 2017 por la que se estima en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal del Jurado dictada el 25 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria , por delito de cohecho; y ello, con expresa imposición de las costas causadas por su recurso, al recurrente.

- Declarar NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Cirilo , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Gran Canaria, de fecha 27 de marzo de 2017 por la que se estima en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal del Jurado dictada el 25 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria , por delito de cohecho; y ello, con expresa imposición de las costas causadas por su recurso, al recurrente

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco Vicente Magro Servet