



Roj: **STS 4356/1999 - ECLI:ES:TS:1999:4356**

Id Cendoj: **28079120011999103723**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/1999**

Nº de Recurso: **2103/1998**

Nº de Resolución: **457/1999**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Junio de mil novecientos noventa y nueve.

En los recursos de casación por vulneración de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por los acusados Pedro Antonio , Millán , Augusto , Serafin y Eloy , contra Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz, que les condenó por delitos de contrabando y falsedad, los Excelentísimos Señores Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como recurridos los acusados Jesús Ángel , estando representado por el Procurador Sr. Olivares Santiago, y Leonardo , siendo representado por la Procuradora Sra. Cano Ochoa; y ostentando la representación de los acusados recurrentes los Procuradores Sra. Ortíz Cañavate Levenfeld, por Pedro Antonio ; Sra. Díaz Solano, por Millán y Serafin ; Sra. Castro Rodríguez, por Augusto ; y Sr. Estrugo Muñoz, por Eloy ; respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 3 de los de Algeciras incoó procedimiento abreviado con el número 16 de 1996, contra Pedro Antonio y seis más, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Cuarta) que, con fecha siete de enero de mil novecientos noventa y ocho, dictó Sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<1º.- Los acusados Serafin , Millán , Pedro Antonio , Eloy y Augusto , todos ellos, menos el último, empleados del " DIRECCION000 .", propiedad del también acusado Jesús Ángel , en tiempo no concretado, pero comprendido entre el segundo semestre del año 1991 y del primer trimestre de 1992, se concertaron, al menos en seis ocasiones, para extraer del Depósito de dicha entidad sito en el Puerto de Málaga, muelle nº 1, local 1-M, otras tantas partidas de tabaco de procedencia americana, simulando que eran destinadas a su embarque en el Puerto de Algeciras, en los buques de bandera marroquí, IBN-BATOUTA, BOUEHAZ y BISMILLAHA, cuando, en realidad, dichas partidas eran desviadas y vendidas, libres de impuestos, dentro del territorio nacional.

2º.- Las referidas partidas de tabaco de procedencia americana, estaban integradas, al menos, cada una de ellas, por cincuenta cajas conteniendo cincuenta "cartones" cada una de ellas y cada "cartón" diez cajetillas de veinte cigarrillos, con un valor total por partida, que se estima en cuatro millones seiscientos mil (4.600.000) pesetas, y una defraudación de derechos aduaneros e impuestos especiales estimado, también por partida, en tres millones cuatrocientas treinta y siete mil ciento ochenta y cinco (3.437.185) pesetas.

3º.- Para la realización de dicho tráfico ilícito, el Delegado de Algeciras de dicha entidad - DIRECCION000 .- acusado Serafin , reclamaba cada una de las referidas partidas al también acusado Eloy , Jefe de Almacén de la misma empresa en Málaga, quien se encargaba de cargar la mercancía y entregarla con la correspondiente documentación -Documentos Únicos Aduaneros o "DUAS"-, al también acusado Augusto ; que trabajaba





habitualmente para la empresa como conductor de vehículos de transporte y que, en una furgoneta de su propiedad y debidamente precintada, la sacaba del recinto aduanero diligenciando la salida en el control de la Guardia Civil de servicio de Resguardo de la Aduana de dicho Puerto de Málaga, trasladándola a lugar previamente convenido y no determinado, al parecer en las inmediaciones del Aeropuerto de Málaga, donde en forma que no consta, pero nuevamente con la intervención personal del acusado Eloy , era descargada y entregada a terceras personas no identificadas, que previo pago del precio convenido, que se estima comprendido entre las veinte y las treinta mil pesetas por caja, según oscilaciones del mercado, la destinaban al consumo en el territorio nacional.

4º.- Los DUAS correspondientes a dichas mercancías desviadas de su destino y diligenciados en la forma indicada a la salida del Puerto de Málaga, eran entregados pro el propio Augusto , en Algeciras a Serafin , quién, a su vez, la entregaba a uno de los apoderados, agentes de aduanas de la misma empresa en la Delegación de Algeciras y también acusados, Millán o Pedro Antonio , quienes también con perfecto conocimiento de que el envío de tabaco reseñado en dicha documentación no había llegado al Puerto de Algeciras, procedían a su presentación en las Oficinas de la Administración de Aduanas del Puerto de Algeciras, donde, sin comprobar físicamente los correspondientes funcionarios -Gestores de Aduanas- la presencia, cantidad y demás condiciones de la mercancía -comprobación no preceptiva-, era autorizado su embarque en los buques de destino, embarque que el mencionado acusado, Millán , simulaba, firmando la correspondiente diligencia, ya fuese a nombre del también acusado Leonardo , Guardia Civil de servicio de "confronta" en Muelle distinto al de embarque, o de otro "confronta" real o supuesto, o ya fuese con una rúbrica ilegible.

5º.- Los beneficios obtenidos de este tráfico, eran distribuidos, al parecer igualitariamente, entre los acusados Serafin , Millán , Pedro Antonio y Eloy , estimándose han percibido, cada uno de ellos, por razón de los hechos objeto de enjuiciamiento, cantidades totales del orden de los dos millones cien mil pesetas a los dos millones doscientas mil pesetas, en tanto que el acusado Augusto , percibía por cada uno de los transportes de referencia, una cantidad cuyo importe no consta.

(sic) 7º.- El ya mencionado acusado Millán , el día 29 de abril de 1992 -antes, por tanto, de iniciado el procedimiento judicial., confesó a la Guardia Civil, la existencia de estos hechos, comprobándose que él mismo había firmado, en lugar del correspondiente Guardia Civil de servicio de "confronta", cuarenta y ocho diligencias de embarque, en los DUAS obrantes en la causa a los folios 574, 576, 579, 585, 590, 594, 602, 609, 614, 618, 620, 622, 629, 633, 641, 645, 649, 652, 654, 656, 658, 660, 662, 664, 666, 668, 670, 672, 674, 676, 679, 682, 684, 686, 688, 692, 690, 695, 699, 703, 707, 1.881, 501, 543, 541, 711, 714 y 718, de los cuales los seis últimos fueron por él firmados a nombre de "confrontas" reales o supuestos, y asimismo se comprobó que en veinte ocasiones, habiendo salido partidas de tabaco del DIRECCION000 ., de Málaga, correctamente documentadas con los preceptivos DUAS para embarque en Algeciras, ello no obstante, las correspondientes "tornaguías" no fueron devueltas a la Oficina Aduanera de Málaga.

8º.- Los acusados Jesús Ángel , Eloy , Augusto , Serafin , Millán , Pedro Antonio y Leonardo , eran todos ellos a la sazón mayores de edad y carecían de antecedentes penales.>>

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

<<FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos:

1º) A los acusados Serafin y Millán , como autores criminalmente responsables de un delito continuado de contrabando en concurso medial con un delito continuado de falsedad cometida por particular en documentos oficiales, delitos ya definidos y con la concurrencia en el segundo de dichos acusados de la circunstancia atenuante de confesión de las infracciones, a la pena, a Serafin , de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y a Millán , a la de UN AÑO, ONCE MESES Y DIECISÉIS DÍAS DE PRISIÓN, con idéntica accesoria a la antes mencionada, y a cada uno de ellos, además, a una pena de MULTA DE VEINTIOCHO MILLONES (28.000.000) DE PESETAS, con arresto sustitutorio de treinta días para caso de impago por insolvencia, así como al pago, también por cada uno de los dos acusados, de dos trigesimoquintas partes de las costas procesales.

2º) A los acusados Pedro Antonio , Eloy y Augusto , como autores criminalmente responsables de un delito continuado de contrabando, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos, de UN AÑO Y DIEZ MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y MULTA DE VEINTIOCHO MILLONES (28.000.000) DE PESETAS, con arresto sustitutorio de treinta días para caso de impago por insolvencia, así como al pago, por cada uno de ellos, de una trigesimoquinta parte de las costas procesales causadas.





Y debemos absolver y absolvemos a Jesús Ángel y Leonardo , de la totalidad de los delitos de contrabando, falsedad y cohecho de que han sido acusados en esta causa, y a Serafin y Millán , Pedro Antonio , de los delitos continuados de falsedad cometida en documento oficial por funcionario público y cohecho de que también fueron acusados en la causa, declarando de oficio veintiocho trigesimoquintas partes de las costas procesales.

Los acusados Serafin , Millán , Pedro Antonio , Eloy y Augusto , abonarán al Estado en concepto de indemnización de daños y perjuicios, por iguales partes y solidariamente, la suma de VEINTE MILLONES SEISCIENTAS VEINTITRÉS MIL CIENTO DIEZ (20.623.110) PESETAS.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas en esta Sentencia, será de abono todo el tiempo que los condenados hayan permanecido privados de libertad por razón de esta causa, de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Reclámese del Instructor las piezas de responsabilidad civil de los acusados y notifíquese en forma esta Sentencia, incluida notificación a los Servicios Jurídicos del Estado.>>

3.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por vulneración de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por los acusados Pedro Antonio , Millán , Augusto , Serafin y Eloy , 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 los recursos.

4.- Las representaciones de los acusados recurrentes basaron sus recursos de casación en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de Pedro Antonio :

MOTIVO PRIMERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto la Sentencia que se recurre resulta manifiestamente contradictoria en los hechos que declaran probados.

MOTIVO SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del punto 3º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto la Sentencia que se recurre no ha resuelto todos los puntos que han sido objeto de la defensa, dándose por tanto la llamada incongruencia omisiva o fallo corto.

MOTIVO TERCERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del punto 3º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto en cuanto no ha resuelto la Sentencia recurrida la nulidad pretendida por todas las defensas.

MOTIVO CUARTO.- Dentro del marco contenido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que a su vez desarrolla el artículo 53 de la Constitución Española, por vulneración de preceptos constitucionales, como son los artículos 9.3, 10.1, 18.1, 18.3, 24.1 y 55.2 de la Constitución Española que establecen el derecho en las comunicaciones y garantías en sus recepciones.

MOTIVO QUINTO.- Dentro del marco contenido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que a su vez desarrolla el artículo 53 de la Constitución Española, por vulneración de preceptos constitucionales. La base en la que se apoya el presente motivo viene determinada en los artículos 9.3, 10.1, 18.1, 18.2 de la Constitución Española que determina el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Igualmente sostiene con base jurídica este motivo la Ley 22/95, de 17 de julio, sobre garantías de la presencia judicial en los registros domiciliarios.

MOTIVO SEXTO.- Dentro del marco que regula el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que a su vez desarrolla el artículo 53 de la Constitución Española, es motivo de casación por infracción de preceptos constitucionales al entenderse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna.

Motivos aducidos en nombre de Millán :

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por entender vulnerado el derecho de defensa.

MOTIVO SEGUNDO.- Con carácter subsidiario del anterior, por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española, por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Motivos aducidos en nombre de Augusto :





MOTIVO PRIMERO.- Con amparo en lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia que la Sentencia ahora censurada viola por no aplicación del artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto en el mismo se reconoce el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales en relación con el artículo 103 del mismo precepto legal con el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MOTIVO SEGUNDO.- Con idéntico amparo procesal que el motivo anterior, se denuncia que la Sentencia censurada viola los artículos 17.1.2 y 3 y 24.2 de la Constitución Española en cuanto que en el primero se declara y protege el derecho a la libertad individual y en el segundo la presunción de inocencia.

MOTIVO TERCERO.- Con amparo procesal en lo dispuesto en el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de forma, y al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 24.1 y 2 (utilización de los medios de prueba pertinentes, prohibiendo la indefensión).

MOTIVO CUARTO.- Con carácter subsidiario de los tres anteriores, por infracción de precepto constitucional al amparo del número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por entender vulnerado el derecho de defensa (art. 24.2 C.E.) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.).

Motivos aducidos en nombre de Serafin :

MOTIVO PRIMERO.- Por vulneración de preceptos constitucionales. Vulneración del derecho de defensa, derecho a un proceso público con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, todo ello referido al Auto de incoación del procedimiento abreviado (o de conversión en proceso abreviado) de 21 de julio de 1993, derecho consagrado en el artículo 24 de la Carta Magna, todo ello en relación con los artículos 211 y 212 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que determinan el plazo para recurrir las resoluciones judiciales.

MOTIVO SEGUNDO.- Por vulneración de preceptos constitucionales, del derecho de defensa y asistencia de Letrado, y de ser informado de todos los derechos constitucionales que el acusado de un delito le asisten - artículos 17.1.2 y 3 y 24.2 de la Constitución Española y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- (acusación que pesa sobre él, a no declarar si no quiere, a no hacerlo contra sí mismo, y a no confesarse culpable).

MOTIVO TERCERO.- Por vulneración de preceptos constitucionales, derecho a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en los artículos 9.3, 10.1 y 18.1 y 2 de la Norma Suprema, en relación con los requisitos procesales que para cualquier registro disponen los artículos 545 y 550 a 560 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de precepto constitucional y por infracción de Ley y de doctrina legal. Al amparo del número 9.3, 10 y 251 de la Carta Magna, por infracción del principio de legalidad y de seguridad jurídica, y por infracción de precepto legal.

MOTIVO QUINTO.- Por vulneración de preceptos constitucionales, derecho al secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas, regulado en los artículos 9.3, 10.1, 18.1 y 3, 24.1 y 50.2 de la Constitución Española, todo ello en relación con la vulneración de los principios de intermediación y contradicción regulados en el artículo 24.2 de la misma Ley de Leyes.

MOTIVO SEXTO.- Por vulneración de preceptos constitucionales, de presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española de 1987.

MOTIVO SÉPTIMO.- Por vulneración de preceptos constitucionales, derecho a un proceso público con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, recogido en el artículo 24.2 de la Ley de Leyes, en relación con el artículo 17.1 de la misma Constitución en cuanto al derecho a la libertad, en relación con el principio de igualdad en aplicación de la Ley.

MOTIVO OCTAVO.- Por infracción de Ley y de doctrina legal, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto que dados los hechos que se declaran probados se han infringido normas sustantivas que han de ser tenidas en consideración y en concreto el artículo 392.1.3º, en relación con los artículos 390.3º, 74 y 77 del Código Penal, en relación con el apartado b) del artículo 28 del Código Penal.

MOTIVO NOVENO.- Por infracción de Ley y doctrina legal, y al amparo del artículo 849.1 de la Ley Procesal Penal, por cuanto que a la luz de los hechos que se declaran probados se han infringido normas sustantivas de obligado cumplimiento, así como preceptos penales de obligada aplicación, en concreto la Ley de contrabando de 13 de julio de 1982, la de 12 de diciembre de 1995, ambas en relación con el Real Decreto de 29 de diciembre de 1992 y el Tratado de Maastrich de 1 de enero de 1993, como fecha de entrada en vigor, y Reglamento de C.E.E. núm. 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre, y Convenio Tir de 14 de noviembre de 1975, y Circular 15/12/87 RAL 2.702; y los artículos 74, 77, 390 y 392 de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, y 14.3 del antiguo Código Penal.

MOTIVO DÉCIMO.- Por infracción de Ley y error en la apreciación de la prueba, al amparo del mismo número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, además del párrafo 3º del artículo 88 y 741, ambos de la misma Ley Procesal, al existir error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador y que son contradictorios con otras pruebas.

MOTIVO DECIMOPRIMERO.- Por infracción de preceptos constitucionales, por infracción del principio de legalidad y de seguridad jurídica, consagrado en los artículos 9.3, 10 y 25.1 de la misma Carta Magna, en relación con el principio acusatorio.

MOTIVO DECIMOSEGUNDO.- Al amparo de lo establecido en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, y al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por inobservancia del derecho a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 del texto constitucional.

Motivos aducidos en nombre de Eloy :

MOTIVO PRIMERO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por haberse producido infracción de precepto constitucional, y más concretamente del artículo 24.1 de la Carta Magna, en cuanto que en el mismo se reconoce el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, todo ello en íntima relación con la infracción también producida del artículo 17.1.2 y 3 de la misma Norma legal, en cuanto que en él se declara y protege el derecho a la libertad.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por inobservancia del derecho a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la Constitución, y al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Ley.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de Ley y doctrina legal, al amparo del artículo 849.1º de la Ley procesal penal, por cuanto que a la luz de los hechos que se declaran probados se han infringido normas sustantivas de obligado cumplimiento, así como preceptos penales de obligada aplicación, en concreto la Ley de Contrabando de 13 de julio de 1982, la de 12 de diciembre de 1995, ambas en relación con el Real Decreto de 29 de diciembre de 1992 y el Tratado de Maastrich de 1 de enero de 1993 como fecha de entrada en vigor y Reglamento de la C.E.E. núm. 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre, y Convenio T.I.R. de 14 de noviembre de 1975, y Circular 15/12/87 RAL 2.702; y los artículos 74, 77, 390 y 392 de la Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre, y 14.3 del antiguo Código Penal.

5.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos impugnando todos los motivos aducidos; la representación del recurrido Jesús Ángel , se instruyó de todos los recursos oponiéndose a la admisión de los motivos tercero y cuarto del recurso de Augusto , cuarto y quinto del recurso de Pedro Antonio , y motivo primero de Serafin ; La representación del recurrido Leonardo se adhirió a todos los recursos presentados; las representaciones de cada uno de los recurrentes se instruyeron de los recursos de contrario adhiriéndose a lo manifestado en los mismos; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día doce de marzo de mil novecientos noventa y nueve. Atendiendo a la extensión de la causa, así como a la complejidad y proliferación de temas objeto de estudio, se dictaron dos Autos de prórroga de cuarenta y treinta días hábiles respectivamente. Finalizando la misma el día diecinueve de junio de mil novecientos noventa y nueve, fecha en la que se dicta esta Sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 7 de enero condena a los acusados Serafin Y Millán como autores de un delito continuado de contrabando en concurso medial con un delito continuado de falsedad cometida por particular en documentos oficiales; y a los acusados Pedro Antonio , Eloy y Augusto como autores de un delito continuado de contrabando. Los cinco condenados interponen separadamente sus recursos de casación sobre la base de doce, dos, seis, tres y cuatro motivos respectivamente. La coincidencia parcial en planteamientos y alegaciones de varios de ellos aconseja su examen conjunto, observando en su resolución un orden lógico y sistemático acomodado a lo exigido por el artículo 901 bis b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- El acusado Pedro Antonio alega como motivo primero al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la manifiesta contradicción entre diversos hechos declarados probados: de



una parte el que se refiere al concierto criminal entre los acusados, y de otro las descripciones de las conductas observadas por cada uno de ellos.

1./ La doctrina reiterada de esta Sala sobre este concreto quebrantamiento de forma exige para su apreciación: A) que la contradicción sea interna, esto es, que se dé entre los pasajes del hecho probado, pero no entre estos y los fundamentos jurídicos; B) que sea gramatical, es decir, que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter conceptual ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de contradicción "in terminis" de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de la otra; C) que sea manifiesta e insubsanable en cuanto oposición antitética y de imposible coexistencia simultánea y armonización, ni siquiera con la integración de otros pasajes del relato; y D) que sea esencial y causal respecto del fallo (Sentencias de 20 de abril de 1993; 15 de diciembre de 1994; 31 de enero de 1995; 9 de diciembre de 1996; 22 de mayo de 1998; entre otras).

2./ Estas exigencias no se dan en el presente caso: no hay oposición gramatical alguna entre los pasajes que el recurrente valora como contradictorios. En efecto la afirmación de que se concertó con los otros condenados para extraer partidas de tabaco del depósito de Málaga, no se opone a la descripción que el hecho tercero hace de los comportamientos de Serafin , Eloy y Augusto para sacar, transportar y entregar las partidas de tabaco; ni es contradictorio con las afirmaciones fácticas del hecho cuarto en que se dice que los "Duas" de las mercancías desviadas los entregaba Augusto a Serafin , y éste a Millán o a Pedro Antonio quienes conociendo el desvío procedían a su presentación en las Oficinas de Aduanas. No existiendo oposición gramatical alguna entre unos y otros pasajes del hecho probado ni siendo ninguna de sus partes antitéticas el motivo debe desestimarse.

TERCERO.- Los motivos segundo y tercero formulados por el mismo recurrente y residenciados en el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncian incongruencia omisiva de la Sentencia de instancia, porque no resuelve la solicitud de nulidad de sus declaraciones sumariales obrantes a los folios 64, 79 y 111, y de la diligencia de careo del folio 1.453 (motivo segundo) ni la solicitud de nulidad de la declaración prestada por el acusado Millán en las dependencias de " DIRECCION000 ." el 29 de abril de 1992 (motivo tercero).

1./ La doctrina reiterada de esta Sala viene declarando que existe este vicio procesal de incongruencia omisiva, referido a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, cuando no hay decisión de la pretensión o cuestión formulada, con relevancia para el sentido del fallo; pero teniendo en cuenta que la respuesta no necesita extenderse a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que la pretensión se sustente, y que no hay omisión apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita (SSTC 169/94; 91/95; y 143/95) lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC 263/93; y SSTS de 9 de junio y 1 de julio de 1997).

2./ En este caso la Sentencia de instancia dice en su Fundamento de Derecho Primero, dedicado a las cuestiones de nulidad planteadas por las defensas en el trámite del artículo 793.2, mantener el mismo criterio ya sustentado en la resolución denegatoria, dictada "in voce" en el Juicio Oral. Y en su Fundamento Quinto tras reiterar expresamente la validez "desde el punto de vista formal" de las declaraciones sumariales de los acusados Pedro Antonio y Millán recordando que ya había sido establecida esa validez por resolución "in voce" en el acto del Juicio Oral, razona extensamente su valoración "desde el punto de vista material" determinando su valor probatorio conforme a lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En definitiva la Sala no omitió pronunciarse sobre la cuestión jurídica planteada, puesto que decidió en sentido desestimatorio, de modo que con independencia del acierto de la decisión, cuya impugnación corresponde a otros cauces casacionales, no incurrió la Sala de instancia en la incongruencia omisiva que se censura.

En consecuencia los motivos segundo y tercero del recurso de Pedro Antonio deben ser desestimados.

CUARTO.- La supuesta ausencia de respuesta a la petición de nulidad de la ya citada declaración del acusado Millán también se plantea por éste en el motivo segundo de su recurso, formulado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial desde la perspectiva constitucional de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española.

1./ Alega en su apoyo que la Sentencia se remite a lo dicho en la resolución dictada in voce en el Acta de la vista, en la que se razonó únicamente que la cuestión había sido ya resuelta al desestimarse un recurso de queja interpuesto por otro acusado en el transcurso de la instrucción; recurso que a su vez se rechazó por falta



de legitimación del entonces recurrente, no afectado por la pretendida vulneración, y por entenderse que sería en el Plenario donde la Sala habría de decidir lo procedente en torno a la validez de la declaración impugnada. En definitiva lo que se alega es que en la instrucción quedó implejuzgada la cuestión, y que por ello la resolución in voce -a la que se remite la Sentencia- dictada en el acto de la Vista no decidió nada al reiterar lo resuelto durante el sumario.

2./ Este planteamiento sin embargo no se ajusta a lo sucedido: en el Juicio Oral al pronunciarse la Sala tras el turno de intervenciones previsto en el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Tribunal abordó esta cuestión de la invalidez de la declaración de Millán con una expresa y razonada decisión desestimatoria que consta al folio 15 del Acta. En ella, después de las referencias mencionadas a la decisión sumarial, añade: "en cualquier caso es lo cierto que esa declaración cuya nulidad se pretende fue íntegramente ratificada por su autor horas más tarde, una vez instruido de sus derechos y en presencia de Letrado, como fue igualmente ratificada al día siguiente a presencia judicial y también asistido de su Letrado, y en ulteriores diligencias de careo entre dicho declarante y otros acusados".

Lo anterior es de por sí una decisión motivada bastante para rechazar el alegato de una falta de respuesta vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva.

En consecuencia debe desestimarse el motivo segundo del recurso formulado por Millán .

QUINTO.- La misma suerte desestimatoria merece el motivo primero del recurso del acusado Augusto , formulado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1º de la Constitución Española, en relación con el 103 de la misma Norma y el 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no haber dado respuesta el Tribunal de instancia a la denuncia que en el acto del Juicio Oral hiciera de la violación de su derecho a la libertad individual por parte de las fuerzas de la Guardia Civil que llevaron a cabo su detención, al haberse extralimitado en el tiempo de duración de la detención preventiva.

1./ La Sala de instancia se ocupó de esta cuestión en el ámbito propio que corresponde al proceso penal en que se planteó; es decir, en cuanto la violación del derecho a la libertad pudiera afectar a la validez de las pruebas practicadas. Ésta era la perspectiva desde la que procedía resolver la cuestión, y desde ella la Sala dio expresa respuesta desestimatoria. Primeramente en el acto de la vista, al resolver sucesivamente las cuestiones de nulidad invocadas por los acusados, y entre ellas a los folios 16 y 17 del Acta, la vulneración del derecho a la libertad individual, señalando que esa alegación no planteada hasta entonces no podía amparar la pretensión de nulidad de actuaciones formulada, por más que de existir esas supuestas vulneraciones y de no hallarse prescritas las infracciones que de ellas pudieran derivar, se pudieran ejercitar las acciones procedentes ante quien correspondiese. Y ya en Sentencia reiteró la Sala su rechazo de la nulidad manteniendo la validez de la declaración prestada, que incluyó como un elemento más dentro del total conjunto probatorio.

2./ Existió pues respuesta judicial en sentido desestimatorio rechazándose expresamente lo planteado en el Juicio Oral dentro del ámbito que permite el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con resolución verbal, y luego en Sentencia con razonamiento escrito, y motivación suficiente para fundamentar lo que se decidía, que obviamente no eran todos los distintos problemas que en Derecho puede originar la vulneración del derecho fundamental del artículo 17 de la Constitución Española sino solo el que interesaba en el proceso penal sustanciado, es decir el del valor probatorio de la declaración prestada durante la detención. Cualquiera otra consideración resultaba ajena al proceso y por ello estaba justificada la referencia del Tribunal a la posibilidad de ejercitar otras acciones procedentes ante quien correspondiese.

El motivo por ello debe desestimarse.

SEXTO.- El motivo tercero del recurso de este mismo acusado - Augusto - se apoya en el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de forma, y en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.1º y 2º de la Constitución Española, denunciando la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

1./ Se alega que la Sala no acordó la práctica de la prueba propuesta y admitida consistente en la certificación del Libro de detenidos de los calabozos de la 234 Comandancia de la Guardia Civil. Según el recurrente el escrito remitido por la Comandancia en el que se informaba "de los días" en que el Sr. Augusto permaneció en los calabozos no se correspondía con lo interesado, que era una certificación acreditativa "de los asientos" del Libro de detenidos correspondiente a los días en que el Sr. Augusto permaneció en los calabozos de esas dependencias. Con ello se pretendía demostrar, además del tiempo que permaneció detenido, las veces que fue trasladado desde los calabozos a las dependencias de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial.

2./ El motivo debe desestimarse. En efecto, la Sala de instancia admitió y ordenó la práctica de la prueba propuesta; la contestación dada por la Guardia Civil sobre el número de días que duró la detención satisface la



información interesada porque la duración de la detención es lo relevante para la valoración de una supuesta vulneración del derecho fundamental invocado, y no el número de salidas del calabozo a las dependencias de la Policía, detalle que ni se incluyó expresamente en la solicitud interesada ni era relevante para determinar la validez y eficacia probatoria de la declaración prestada durante una detención preventiva en la que se observaron los límites constitucionalmente establecidos, que se refieren a la duración de la privación de libertad, no al número de movimientos desde el calabozo a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial.

Por ello el motivo tercero del recurso de Augusto debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- El motivo cuarto del recurso formulado por el acusado Augusto , y el primero del recurso interpuesto por el acusado A. Serafin , residenciados ambos en el número 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, plantean la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión (art. 24 C.E.), por no haberse notificado a Augusto el Auto de 21 de julio de 1993 que acordaba continuar lo actuado por los trámites del Procedimiento Abreviado, produciéndole indefensión. Esta indefensión la extiende Serafin a sí mismo -no obstante habersele notificado el Auto- con el argumento de que, empezando el plazo para recurrir desde la última notificación, la ausencia de ésta respecto a Augusto le impidió -dice Serafin - impugnar la resolución. Ambos recurrentes añaden la carencia de suficiente contenido motivacional en el Auto por no relatar los hechos ni determinar los delitos ni relacionar las personas imputadas. Los dos motivos deben rechazarse, desestimándose las distintas alegaciones en que se apoyan:

1./ Por lo que respecta a la falta de notificación reiteramos los criterios expuestos por esta Sala en la Sentencia de 22 de junio de 1998: A) el artículo 789 en su párrafo 5º establece las cuatro posibles resoluciones que el Juez puede adoptar una vez practicadas las diligencias previas: archivo de las diligencias; declaración de falta; inhibición al órgano competente; y continuación por el procedimiento ordenado en el Capítulo II. Aunque en la literalidad de la Ley sólo en los tres primeros casos está prevista la posibilidad de interponer recurso de apelación, debe entenderse que también en el cuarto -continuación del procedimiento abreviado, dando por terminadas las diligencias previas e iniciando la fase preparatoria del Juicio Oral- cabe la apelación y es necesaria la notificación del Auto dictado. Esta resolución habrá de notificarse a los que sean parte en el procedimiento, no solo a las partes formales, sino también al propio imputado, en tanto que parte material, es decir, esté o no personado en las actuaciones.- B) Por ello cuando dicha resolución no se ha notificado se comete una grave infracción procesal, pero ello no basta por sí mismo para la estimación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Además de la eventual vulneración del derecho por la existencia de un defecto procesal más o menos grave, es necesario acreditar la efectiva concurrencia de un estado de indefensión material o real.- C) En el caso presente la omisión de la notificación del Auto en que se acordó transformar las diligencias previas en procedimiento abreviado del Capítulo II (art. 790 y ss.) no supuso indefensión material: la indefensión invocada no se aduce por la imposibilidad de interesar alguna diligencia de investigación relevante en el recurso que habría podido interponerse contra el Auto finalizador de las diligencias previas. De hecho el recurrente en ningún momento se refiere a la perjudicial omisión de ninguna diligencia concreta, sino al hecho de la falta de notificación en cuanto impedimento para recurrir el Auto dictado. Una privación que en este caso no derivó de una resolución inadmitiendo un recurso cuya formulación se intentara, sino del ignorar la existencia misma del Auto recurrible, precisamente por no habersele notificado. Esto es importante porque si el plazo para interponer el recurso se cuenta desde que se notifica la resolución de que se trate por ser entonces cuando se conoce, no debe considerarse precluido cuando, sin haberse notificado antes, se da traslado al acusado de las actuaciones, tras la calificación por el Ministerio Fiscal; ya que, conociendo en ese momento el Auto puede formularse el recurso correspondiente, debiendo entonces el Instructor ordenar su tramitación y dejar sin efecto las actuaciones posteriores -en cuanto exigen necesariamente la firmeza de aquél-. Sólo en el caso de que se le hubiese inadmitido a trámite el recurso planteado cabría hablar de una indefensión, que por lo expuesto no concurre en el caso presente en que el imputado no recurrió el Auto de terminación de las diligencias previas cuando al dársele traslado de las actuaciones tuvo ya conocimiento del mismo.

2./ La falta de notificación a un imputado no impide la posibilidad de ser recurrido por otro imputado a quien se haya notificado el Auto de continuación del Procedimiento Abreviado. Al disponer los artículos 211 y 212 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el cómputo de los plazos para interponer los recursos se hará desde la última notificación, no se establece otra cosa que un único plazo preclusivo para todas las partes, con el efecto de que ninguna podrá después de consumarse interponer el recurso, pero no que se prohíba la impugnación antes del día inicial -el de la última notificación- por quien conociendo la resolución por habersele notificado quiera impugnarla. Otra interpretación supondría desconocer la naturaleza estrictamente preclusiva del plazo, -establecido con el solo fin de impedir el acto procesal después de su transcurso-, y convertir lo que es día inicial del cómputo en presupuesto objetivo condicionante de la facultad de recurrir. En definitiva: la significación jurídica de la última notificación consiste en que inicia el plazo cuyo transcurso impide la impugnación, no en que prohíba su impugnación con anterioridad por quien quiere recurrir la resolución que le ha sido ya notificada.





Por lo tanto el alegato del acusado Serafin carece de fundamento: si el Auto le había sido notificado es obvio que nada le impedía recurrirlo aunque no estuviera notificado a Augusto .

3./ La denunciada insuficiencia de motivación del Auto cuestionado debe igualmente rechazarse: una motivación es bastante si permite conocer las razones jurídicas tenidas en cuenta para decidir de conformidad con una determinada interpretación y aplicación de derecho ajena a toda arbitrariedad, y por ello controlar una eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos. La suficiencia depende de la naturaleza y contenido propios de lo decidido en la parte dispositiva de la resolución, que en el caso concreto del artículo 789.5º apartado cuarto es la procedencia de seguir el procedimiento ordenado en el Capítulo II del Procedimiento de urgencia por constituir el hecho un delito comprendido en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este Auto cumple así la función procesal concreta de determinar la clase de proceso a seguir por razón del hecho objeto del mismo, adecuando el procedimiento al tipo de delito cometido. Tal valoración jurídica de naturaleza objetiva es lo propio de esta concreta resolución, pues según la doctrina de esta Sala la exigencia de imputación subjetiva previa a la acusación en el Procedimiento Abreviado no precisa la forma de Auto, pudiendo tener lugar, tanto la imputación como la audiencia del imputado, en el mismo acto en que se informara de los derechos como tal (Sentencias de 4 de julio de 1997 y 25 de febrero de 1998). Ahora bien: aunque la valoración objetiva del hecho necesita el relato del que se califica como delito comprendido en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin el cual queda la decisión huérfana de verdadera motivación, su omisión, sin dejar de ser irregularidad procesal rechazable, no siempre produce verdadera y material indefensión. En el caso sometido ahora a nuestro enjuiciamiento los acusados habían prestado ya con anterioridad varias declaraciones ante el Instructor en calidad de imputados y con información de sus derechos sobre los hechos que se les atribuían pudiendo alegar lo que estimaran oportuno. No desconocían en verdad los hechos a que el Auto censurado se refiere y una vez notificado o conocido con el traslado de las Diligencias no interpusieron recurso alguno contra dicha resolución. No existe pues indefensión material y por consiguiente el alegato debe desestimarse.

Los motivos cuarto del recurso de Augusto y primero del recurso de Serafin deben ser desestimados.

OCTAVO.- Los motivos cuarto del recurso interpuesto por Pedro Antonio y quinto del formulado por Serafin , ambos al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncian la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, con invocación de los artículos 9.3, 10.1 y 18.1º y 3º, de la Constitución Española, y apoyo en argumentos semejantes.

1./ Se reprocha que la intervención telefónica acordada adoleciera de los siguientes defectos: que se acordara en Diligencias indeterminadas; que la solicitud policial de la intervención no estuviera razonada y apoyada en indicios suficientes; que el Auto autorizante fuese una resolución estereotipada sin motivación bastante con simple remisión a la solicitud policial; y que la intervención careciera del necesario control judicial, vulnerándose el principio de contradicción probatoria por su falta de unión a la causa. En el motivo de Pedro Antonio se postula la declaración de la nulidad de la intervención telefónica y de la subsiguiente prueba que de ella traiga causa con pronunciamiento absolutorio; y subsidiariamente la nulidad de la intervención y de la Sentencia de instancia que la Audiencia habría de dictar de nuevo sin tener en cuenta las escuchas ilegítimas.

La Sala de instancia desestimó esta cuestión en el acto del Juicio Oral, con resolución "in voce" razonando la suficiencia del cauce procesal de las Diligencias indeterminadas, y de la motivación por remisión a las razones justificativas expresadas de la solicitud policial, sin perjuicio de lo que en definitiva pudiera resolverse en la Sentencia. En ella el Tribunal de instancia admite en el Fundamento de Derecho Primero que la intervención fue "irregularmente practicada" pero afirma a continuación la irrelevancia de su resultado inocuo por no obtenerse de ella hecho, dato o indicio alguno que haya podido servir de base a actuaciones instructorias ulteriores; lo que convierte en ociosa la cuestión de su nulidad.

2./ La legitimidad de la intervención telefónica, en cuanto restringe el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, exige la existencia previa de verdaderos indicios de la comisión del delito y no meras sospechas o conjeturas, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiere comprobar y de la probabilidad de su existencia. Es también necesario que la resolución judicial habilitante se halle motivada suficientemente, con explicación razonada y razonable de acuerdo con la Ley y de los principios constitucionales. Y preciso resulta que haya proporcionalidad en las medidas, es decir que se adopte en caso de delitos graves en los que por las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo se aconseje su adopción (Sentencias de 18 de abril y 20 de mayo de 1994; 11 de mayo de 1998; 12 de febrero de 1999; entre otras). Dentro de estos parámetros de legitimidad se viene admitiendo la validez de la motivación por remisión al oficio policial de solicitud de la autorización judicial cuando con ello incorpora las razones que podrían justificar la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones (Sentencias de 31 de octubre y 28 de noviembre de 1994; 11 de diciembre de 1995; 4 de marzo y 26 de octubre de 1996; 7 de abril de 1997; y 20 de febrero de 1998).



Estas exigencias no se cumplen en el presente caso: el Auto obrante al folio 1.976 autorizando la intervención se remite en su hecho único a la solicitud policial; pero ésta se agota en los datos de identificación de los teléfonos y de las personas investigadas sin más justificación de lo pedido que el estar preparando "gestiones para iniciar una investigación con objeto de confeccionar posteriormente las correspondientes diligencias por supuesta falsificación en documento público". No existía pues investigación previa, ni expresión de indicio, dato o noticia justificativa del sacrificio del derecho al secreto de la comunicación; nada en definitiva que permitiese una valoración racional en función del criterio de proporcionalidad.

En tales condiciones la intervención telefónica careció de legitimidad.

3./ Ahora bien: constatado lo anterior, la invalidez de las escuchas carece de trascendencia al ser el contenido de las conversaciones extraño y por completo ajeno al hecho enjuiciado y a la participación de los acusados. Su expresa exclusión del acervo probatorio por la Sala, que apoya el relato fáctico en otros elementos de prueba, resulta de su misma intrascendencia material, o irrelevancia sustancial, y a partir de esa intrínseca inoperancia de su resultado, que la sentencia califica de "totalmente inocuo", deviene intrascendente la ineficacia probatoria derivada de la inobservancia de las exigencias condicionantes de su legitimidad y validez.

Cierto es que como esta Sala ha dicho reiteradamente la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental además de radicalmente nula no puede surtir efecto alguno en el proceso "contaminando las restantes diligencias que de ella derivan, trayendo causa directa o indirecta de la misma, ya que existe la imposibilidad constitucional y legal de valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes" (Sentencia de 5 de febrero de 1994), produciéndose así lo que la Sentencia de 15 de diciembre de 1994 ha llamado "efecto dominó". Pero este efecto expansivo de la invalidez no existe para las restantes pruebas cuando es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas (Sentencias de 9 de octubre de 1992 y 20 de mayo de 1994).

En este caso los elementos de prueba valorados por la Sala no traen causa directa ni indirecta de aquella intervención telefónica, justamente por la irrelevancia e inocuidad de su contenido que, como se comprueba por la simple lectura de las transcripciones obrantes en la causa, no arrojaron dato alguno que tuviese relación con el hecho aquí enjuiciado. El alegato de que no hay certeza de esa irrelevancia respecto a la parte de las escuchas no transcritas en los Autos debe rechazarse: no puede convertirse en verdad una mera hipótesis cuya comprobación impidieron los propios acusados cuando en la sesión de Juicio Oral celebrado el 9 de diciembre de 1997 presentó escrito uno ellos renunciando expresamente a la prueba de audición de las cintas - que estaba admitida-; lo que aceptó el Ministerio Fiscal "al igual que los demás letrados de los acusados" (folio 109 del Acta).

Por todo ello deben desestimarse el motivo cuarto del recurso de Pedro Antonio y el quinto del formulado por Serafin .

NOVENO.- El motivo quinto del recurso interpuesto por Pedro Antonio se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, con expresa invocación de los artículos 9.3, 10.1 y 18.1º y 2º de la Constitución Española. Se alega para ello que se practicó una entrada y registro de las "oficinas" y "dependencias" de la empresa " DIRECCION000 ." durante el cual se recogieron diversos documentos, sin haberse obtenido una previa autorización judicial habilitante, como es preceptivo en el registro de cualquier despacho profesional, amparado por la protección dispensada a los domicilios. Análogo planteamiento se hace en los motivos tercero y cuarto del recurso formulado por el acusado Serafin , por lo que procede su tratamiento conjunto.

1./ El examen de las actuaciones pone de relieve en primer lugar que no estamos ante un verdadero registro policial en el ámbito de una empresa privada. Se trataba del " DIRECCION000 .", es decir de una entidad con forma jurídica de Sociedad Limitada constituida con funciones de auxilio a la Administración Aduanera. Y fueron los propios Agentes de la Administración Aduanera quienes visitaron las oficinas en labores de "inspección" de los locales destinados a guardar los efectos sometidos a su control. En el curso de la inspección pidieron datos y documentos que no fueron "registrados" coercitivamente sino solicitados por los inspectores y entregados por los empleados, en el curso de una visita de inspección. En tales condiciones es cuando menos dudoso que los Agentes de Aduanas precisen de autorización judicial para el desempeño de su misión de inspección y control de los depósitos.

2./ En todo caso la autorización judicial era innecesaria en este caso. El artículo 18.2º de la Constitución Española protege como derecho fundamental de la persona la inviolabilidad del domicilio, de modo que ninguna entrada o registro puede hacerse en él, salvo que exista resolución judicial que lo autorice, que haya consentido el titular o que nos encontremos ante un caso de delito flagrante, y en términos semejantes aunque obviamente más detallados se pronuncian los artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



Es cierto que la Sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 1993, invocada en el recurso declaró que "el despacho de un ciudadano pertenece a su esfera de privacidad protegida por la Constitución, aunque no esté situado en el lugar donde el ciudadano tiene su domicilio particular en sentido estricto" porque "en la medida en la que el trabajo, la profesión y la industria tienen una importancia decisiva para la autorrealización de los ciudadanos, tales espacios no abiertos al público por sus titulares gozan de la protección que otorga el artículo 18.2 de la Constitución Española". Pero esta doctrina fue precisada por la Sentencia de 14 de abril de 1994 poniendo el acento en la nota de la apertura o no al público como criterio decisorio de la extensión protectora domiciliaria en relación con los locales en que se ejercitan actividades profesionales o negociales. Por ello si se trata de dependencias que reúnan nota de privacidad y exclusión de terceros cabrá hacer extensible la protección constitucional. Pero si se trata de locales comerciales abiertos al público la especial protección no existe. Se sitúan así fuera de su ámbito las oficinas de una empresa con servicio abierto a terceros, y los locales comerciales, que entran dentro de la definición de "lugares públicos" que el número 3º del artículo 547 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece (Sentencias de 21 de febrero y 8 de julio de 1994, entre otras). En este caso no estamos en un domicilio personal, ni en un despacho profesional privado. El recurrente se refiere repetidamente a "oficinas" y "dependencias", y se trata de una entidad mercantil, abierta al público que desarrolla actividades de abastecimiento de buques con depósito aduanero privado y almacén de avituallamiento. La naturaleza del lugar es ajeno al carácter de privacidad y exclusividad frente a terceros justificativo de la extensión de la protección domiciliaria.

En consecuencia deben desestimarse los motivos quinto del recurso de Pedro Antonio y, tercero y cuarto del recurso formulado por Serafín .

DÉCIMO.- El motivo segundo del recurso de Augusto , y el motivo primero del recurso formulado por el acusado Eloy , tienen de común que, al amparo del cauce casacional del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, postulan la ineficacia de sus respectivas declaraciones sumariales autoinculpatorias determinantes de su condena, sobre la base de que se prestaron con vulneración del derecho a la libertad proclamado en el artículo 17 de la Constitución Española, así como del derecho fundamental a la presunción de inocencia (Augusto) y el derecho a la tutela judicial efectiva (Eloy), del artículo 24 de la Constitución Española.

El planteamiento es sustancialmente el mismo: que estando sometidos a detención policial preventiva prestaron su confesión autoinculpatoria como consecuencia de las irregularidades cometidas en su detención que excedió la duración máxima autorizada y no cumplió las necesarias garantías en su forma de llevarse a efecto. En síntesis los extensos alegatos desarrollados en ambos motivos se refieren: a la superación del plazo de veinticuatro horas que para la detención establece el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; al mantenimiento de la privación de libertad más allá de lo estrictamente necesario; y a la inadecuación del lugar en que permanecieron detenidos. Los dos motivos deben desestimarse:

1./ En lo que respecta al tiempo legal máximo que puede durar la detención cautelar, el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone ciertamente que el detenido habrá de ser puesto en libertad o a disposición judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes. Sin embargo el artículo 520, según la redacción dada por L.O. 14/1983 de 12 de diciembre, y el propio artículo 17.2 de la Constitución Española determinan un plazo de setenta y dos horas. Aunque un cierto sector doctrinal ha sostenido que la Constitución Española establece una duración máxima que la Ley ordinaria puede restringir, viene en general entendiéndose que, siendo la Constitución Española norma jerárquicamente superior a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y posterior en el tiempo, ha modificado el artículo 496. Esta interpretación es la mantenida por esta Sala como por ej. en la Sentencia de 11 de octubre de 1988- considerando que debe prevalecer el texto constitucional cuyo criterio ha sido corroborado por la L.O. 14/1983.

En este caso el plazo de duración máxima de la detención fue escrupulosamente observado en ambos acusados: A) Eloy fue detenido por orden del Juzgado núm. 3 de Algeciras el día 8 de mayo cuando se encontraba en la ciudad de Málaga, cuyo Juzgado por no ser el de la causa ordenó su traslado y puesta a disposición del de Algeciras. El traslado se hizo poniéndose al detenido a disposición policial en Algeciras al día siguiente 9 de mayo, es decir mucho antes de finalizar el plazo legal de setenta y dos horas. En el Juzgado por su parte se le recibió una primera declaración el día nueve, y una segunda el día 11, celebrándose careo el día 12, fecha en la que dentro de las 72 horas siguientes a ser puesto a disposición judicial se decretó su prisión provisional.- B) Augusto fue detenido también por orden del Juzgado de Algeciras a las 17:00 horas del día 2 de mayo, en Málaga, desde donde fue trasladado por orden del Juzgado de esta Ciudad hasta Algeciras a cuya Comandancia llegó a las 22 horas del mismo día de su detención. Al día siguiente 3 de mayo la Guardia Civil le tomó manifestación con lectura de sus derechos, y el día 4 lo puso a disposición judicial, con entrega de las diligencias, ante el Juzgado de Instrucción de Algeciras. Ante el Juzgado prestó dos declaraciones antes de ser decretada su prisión provisional que fue acordada dentro de las 72 horas siguientes a ser el detenido





puesto a disposición del Juzgado.- No hubo pues en ninguno de los dos casos superación de los plazos legales establecidos para la duración de la detención policial y para la legalización de la situación del detenido.

2./ El plazo de setenta y dos horas es un límite máximo dentro del cual el detenido necesariamente ha de ser puesto en libertad o a disposición judicial. Pero dentro de ese plazo la detención preventiva no podrá durar más del tiempo necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. De manera que éste viene a ser un límite funcional y relativo que actúa dentro del límite objetivo y absoluto del plazo de las 72 horas. La extralimitación puede existir aun sin superar el límite máximo cuando la detención preventiva deja de estar justificada por la investigación, y se mantiene agotando innecesariamente el plazo de puesta en libertad o a disposición judicial. No se aprecia nada de esto en la detención cautelar de Eloy que, detenido el 8 de mayo en la ciudad de Málaga, fue puesto a disposición judicial al día siguiente en Algeciras. En el caso de Augusto, que llegó a Algeciras el mismo día de su detención, 2 de mayo, su puesta a disposición el día cuatro se considera por el acusado como una prolongación de la detención innecesaria una vez manifestó el día tres que sólo declararía ante el Juez. Sin embargo el escaso transcurso de tiempo -en el que no se agotó innecesariamente el límite máximo de duración de la detención policial- entre uno y otro momento no puede reputarse como vulneración del derecho fundamental invocado, y menos aún como obstáculo de la legitimidad de las declaraciones prestadas luego ante el Juez de Instrucción, con información de sus derechos, presencia de Letrado y observancia de todas las garantías legales. No se trata aquí de analizar en todos sus aspectos la supuesta vulneración aludida sino su incidencia negativa en la legitimidad del material probatorio; perspectiva desde la cual se postula en el motivo la nulidad de su declaración judicial autoinculpatoria. La nulidad debe rechazarse al no apreciarse ni la infracción del derecho fundamental que se aduce, ni conexión alguna entre el contenido de las declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción y el hecho de haber sido puesto a disposición judicial al día siguiente de expresar su negativa a declarar ante la Guardia Civil en lugar de hacerse de manera inmediata. Por las mismas razones se rechaza la censura que se hace por lo que se consideran malas condiciones materiales de las dependencias policiales en que permaneció privado de libertad: se trata de una cuestión ajena a la validez y contenido de las declaraciones autoinculpatorias prestadas ante la Autoridad Judicial con asistencia letrada y plenitud de garantías para el detenido.

Los motivos segundo de Augusto y primero de Eloy deben pues desestimarse.

UNDÉCIMO.- El motivo sexto del recurso interpuesto por el acusado Pedro Antonio, amparado por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que consagra el artículo 24-2º. Alega haber sido condenado en virtud de unas manifestaciones obtenidas bajo conductas vejatorias, violentas e intimidatorias y de unas pruebas no obtenidas con las garantías constitucionales necesarias y por ende ilegítimas, ya que no fue instruido de sus derechos en sus declaraciones de 30 de abril y 15 de mayo de 1992, y fue exhortado a decir verdad como testigo en la de 2 de mayo de 1992, siendo imputado. A esto se añade que todas esas declaraciones fueron negadas en el Juicio Oral, por lo que -dice el recurrente- no hubo prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia.

El motivo debe rechazarse. En efecto, las supuestas intimidaciones y vejaciones que se denuncian no tienen el menor fundamento real por cuanto no existe en Autos dato alguno que permita afirmar seriamente que sus declaraciones fueron obtenidas de ese modo ilegítimo. Se trata de una alegación carente de base que debe por ello rechazarse. De otra parte las infracciones que se dicen cometidas en sus sucesivas declaraciones no son ciertas: A) la de 30 de abril es una declaración que prestada ante la Guardia Civil en Algeciras cuando estaba detenido, en la que consta la previa lectura de derechos según el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, su manifestación de querer declarar y su designación de un Letrado concreto, en cuya presencia se practicó la declaración que suscribieron tanto el detenido como su Letrado. Y consta que terminada esta declaración el detenido solicitó hacer otra ampliatoria, que se practicó, previo aviso del Letrado, con la asistencia de éste.- B) Las de 2 y 15 de mayo son declaraciones sumariales prestadas ya ante el Juez de Instrucción de Algeciras. En la primera fue instruido "de sus derechos establecidos en el artículo 17 de la Constitución y en los artículos 520 y 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", y en la segunda de sus derechos conforme a los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir que en ambos casos se le informó de su derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, entre otros, por lo que mera constancia impresa en el encabezamiento del formulario de ser exhortado a decir verdad carece de relevancia alguna. Las dos declaraciones se prestaron con la asistencia del mismo Letrado voluntariamente designado desde su declaración policial, interviniendo además en la del 15 de mayo los Letrados de otros imputados. No hubo pues vulneración alguna en sus declaraciones sumariales, valoradas en su dimensión autoinculpatoria y como declaraciones de coimputado por la Sala de instancia que razona suficientemente su validez y verosimilitud en unión de las restantes pruebas de cargo. Habiendo prueba de cargo no existe vulneración de la presunción de inocencia.

El motivo por ello debe desestimarse.



DUODÉCIMO.- El motivo primero del recurso formulado por Millán al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial denuncia la vulneración del derecho a la defensa proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Según el recurrente su primera declaración, que dice prestada el 29 de abril de 1992, tuvo lugar sin instrucción de sus derechos y sin asistencia letrada. A pesar de ello se valora por la Sala de instancia como prueba de cargo. La misma alegación constituye el contenido del motivo segundo planteado por el acusado Serafin, que sin legitimación para invocar vulneración de derechos ajenos aduce la ineficacia de las iniciales manifestaciones realizadas por D. Millán ante los Agentes. Ambos motivos deben desestimarse.

La declaración a que se refieren los recurrentes no fue tal sino una mera diligencia en la que los Agentes que inspeccionaban las oficinas de la entidad hicieron constar las manifestaciones que durante la inspección hizo de manera espontánea D. Millán. No se documenta directamente ninguna declaración de éste, sino exactamente lo que los Agentes le oyeron decir, diligenciando su propia percepción como una incidencia más del acta de inspección. Posteriormente y dado el contenido de lo que denunciaba Millán en sus manifestaciones con graves imputaciones contra sí mismo y contra otras personas, se le recibió ya en el Cuartel de la Guardia Civil una verdadera declaración en calidad de imputado, después de ser informado de sus derechos y con asistencia de un Letrado; declaración en la que ratificó sus manifestaciones anteriores. Al día siguiente prestó declaración como imputado en el Juzgado de Instrucción y volvió a hacerlo varios días después ante el mismo Órgano (fs. 27 y 453) y en ambos casos con previa instrucción de sus derechos y con asistencia letrada, ratificando su anterior declaración policial. En consecuencia no existió la vulneración del derecho a la defensa que en los motivos se alega.

Procede la desestimación del motivo primero formulado por Millán y el motivo segundo formulado por Serafin.

DECIMOTERCERO.- El motivo séptimo del recurso de Serafin se formula en términos de extrema generalidad al alegar simultáneamente la vulneración del "derecho a un proceso público con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, recogida en el artículo 24.2 de la Ley de leyes, en relación con el 17.1º de la misma Constitución en cuanto al derecho a la libertad; en relación con el principio de igualdad en aplicación de la Ley". El apoyo del motivo estriba en que -según alega- fue psíquicamente forzado a prestar una declaración autoinculpatoria, por el Juzgado de Instrucción porque ponía sistemáticamente en libertad provisional sin fianza después de declarar a quienes reconocían su participación en los hechos.

El motivo carece de todo fundamento y debe rechazarse de plano la grave imputación que se hace al Instructor de instrumentalizar la privación cautelar de libertad sufrida por los inculpados, cuya decisión vino determinada por la gravedad de los hechos y la importancia de las cantidades defraudadas quebrantando la confianza depositada por la Administración, de una parte; y de otra por la necesidad de restringir a lo estrictamente necesario las privaciones cautelares de libertad, tal y como los acusados han invocado en otros motivos de sus recursos. Existiendo bases objetivas que justificaban la prisión provisional en los primeros momentos en que era posible, como dice el Ministerio Fiscal, la actuación de los imputados sobre los elementos de convicción que se estaban investigando, debe rechazarse toda otra intención o finalidad torticera en la adopción de las medidas cautelares.

El motivo séptimo del recurso de Serafin debe por lo tanto desestimarse.

DECIMOCUARTO.- El motivo sexto del recurso interpuesto por Serafin, se articula como motivo de cierre, invocando el derecho a la presunción de inocencia que se dice vulnerado por la nulidad de todas las actuaciones resultantes de lo expuesto en los motivos anteriores, es decir en los motivos primero a quinto. Es claro que la desestimación de todos ellos por las razones expuestas en nuestros precedentes Fundamentos conduce necesariamente a la desestimación del que ahora se examina, planteado en función de la estimación de los anteriores en el orden de su formulación.

Igual suerte desestimatoria corresponde al motivo duodécimo del mismo recurrente, articulado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también en éste por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El recurrente repite la tesis del motivo séptimo ya desestimado, pero referida ahora a las declaraciones inculpatorias de los otros coimputados, de quienes dice que también declararon psíquicamente constreñidos por un afán de lograr el beneficio de la libertad provisional. Se trata de una afirmación carente de fundamento porque nada permite afirmar seriamente y con rigor que hubiese relación alguna entre el sentido y contenido de sus declaraciones, inculpatorias para sí mismos y para los demás imputados, y las medidas cautelares adoptadas por el Instructor en el curso de las diligencias sumariales. Debe recordarse que la necesidad de atender a la presencia de posibles móviles espúreos en las declaraciones de un coimputado obedece no a una condición objetiva de su validez probatoria, sino a una exigencia de razonabilidad en la valoración de su credibilidad. En este caso la Sentencia dedica extensos razonamientos a la valoración de la prueba, incluida la integrada por las declaraciones de coimputados, que no se evidencian como ilógicas



o absurdas. Los motivos espúreos de los coimputados son mera alegación del recurrente, carente de un verdadero fundamento objetivo al no haber evidencia de relación alguna entre el contenido de las declaraciones y las medidas cautelares ordenadas por el Instructor, como ya se dijo al resolver el motivo séptimo, y en este otro se reitera con los mismos fundamentos.

Por lo dicho deben desestimarse los motivos sexto y duodécimo del recurso interpuesto por Serafin .

DECIMOQUINTO.- La vulneración del derecho a la presunción de inocencia constituye también el contenido del motivo segundo del recurso interpuesto por Eloy , residenciado en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El motivo debe desestimarse necesariamente. Es cierto que en el acto del Juicio oral negó su participación en el hecho criminal como también hiciera en su primera declaración judicial durante el sumario. Sin embargo dispuso la Sala de prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia: En primer lugar la declaración que el propio imputado prestó con todas las garantías ante el Juez de Instrucción de Algeciras en la que reconoció su participación; declaración autoinculpatoria cuya validez impugnó sin éxito en el motivo primero, ya desestimado en Fundamentos anteriores con razones que en este otro se dan por reproducidas para rechazar de nuevo la negación de validez que aquí reitera. En segundo lugar, contó la Sala de instancia con la declaración inculpatoria del coimputado Augusto , cuya validez quedó ya razonada al desestimar el motivo segundo de éste, y cuya verosimilitud no está empañada por ninguna motivación espúrea de obtención de ventajas en el ámbito de las medidas cautelares personales como ya quedó razonado con anterioridad, dándose aquí por reproducidos los argumentos expuestos.

El motivo segundo del recurso interpuesto por Eloy se desestima.

DECIMOSEXTO.- El motivo décimo del recurso de Serafin lo es por infracción de ley, y se formula al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba, invocando como documento acreditativo del error la escritura de poder otorgada por " DIRECCION000 ".

El motivo elegido sólo puede estimarse cuando el error fáctico se funda en una verdadera prueba documental -y no en prueba personal que esté documentada- que evidencie la equivocación del Juzgador por el propio y literosuficiente poder demostrativo directo del documento, es decir sin precisar la adición de otras pruebas ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, y sin que el documento acreditativo del dato se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, debiendo ser el dato contradictorio acreditado relevante por su virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo.

Estas exigencias no concurren: la escritura de apoderamiento es documento casacional en lo que acredita por sí misma, que es el apoderamiento. Pero sucede que la Sentencia, lejos de decir lo contrario o de omitir ese dato objetivo, lo recoge en su relato histórico al afirmar la condición de apoderado en Millán (apartado 4º del Hecho Probado). No se ve pues error fáctico alguno. Y es que lo que en el motivo se hace es deducir a partir de ese apoderamiento de Millán la innecesariedad de la entrega de los documentos por parte del recurrente -lo que el documento por sí no prueba directamente- a efectos de rechazar el carácter de cooperación necesaria de su comportamiento: cuestión estrictamente jurídica de calificación del hecho probado de su intervención, ajena al cauce casacional que se utiliza. En definitiva: lo que el documento invocado prueba por sí mismo es exactamente el dato objetivo del apoderamiento que ya recoge como cierto el factum de la Sentencia.

El motivo décimo del recurso de Serafin debe por ello desestimarse.

DECIMOSÉPTIMO.- El motivo octavo del recurso de Serafin se residencia en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denunciando infracción de Ley por aplicación indebida de los artículos 392.1.3º, en relación con los artículos 390.3º, 74 y 77 del Código Penal, en relación con el apartado b) del artículo 28 también del Código Penal. No obstante la incorrección de citar en un mismo motivo diversos preceptos relativos a materias diferentes, el recurrente centra su alegato en la calificación de su intervención como cooperación necesaria en el delito de falsedad.

Pero para ello acude no al relato histórico, de inexcusable respeto en este cauce casacional, sino a consideraciones fácticas que el recurrente extrae de algunas pruebas cuyo resultado analiza en el motivo. Este planteamiento de por sí supone una causa de inadmisión (art. 884.2º LECr.) que ahora lo es ya de desestimación.

En todo caso debe recordarse que el hecho probado dice que "los DUAS correspondientes a dichas mercancías desviadas de su destino y diligenciados en la forma indicada a la salida del puerto de Málaga eran entregados por el propio Augusto en Algeciras a Serafin , quien a su vez la entregaba a uno de los apoderados Millán o Pedro Antonio , quienes también con perfecto conocimiento de que el envío de tabaco reseñado en dicha documentación no había llegado al Puerto de Algeciras, procedían a su presentación en las oficinas de la





Administración de Aduanas del Puerto de Algeciras, donde sin comprobar físicamente los correspondientes funcionarios la presencia de la mercancía era autorizado su embarque en los buques de destino, embarque que el mencionado Millán simulaba, firmando la correspondiente diligencia..."

Como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, atendiendo al proceso que se seguía para la realización del plan preconcebido, el acusado Serafin tenía precisión de acreditar que las partidas de tabaco que había recogido del almacén de Málaga habían sido embarcadas físicamente con destino a Marruecos. Esto lo conseguía mediante la falsificación que en los DUAS realizaba Millán de la diligencia de embarque. Al entregar a Millán los DUAS para que diligenciara falsamente el embarque, Serafin ponía una condición necesaria para la realización de la falsedad, previamente acordada y en consecuencia su comportamiento es correctamente calificado de cooperación necesaria.

El motivo debe ser desestimado.

DECIMOCTAVO.- El motivo undécimo del recurso del acusado Serafin , con igual cauce casacional aduce la infracción de Ley por infracción del principio de legalidad y de seguridad jurídica, de los artículos 9.3, 10 y 25.1 de la Constitución Española en relación con el principio acusatorio.

Lo que en realidad alega en el motivo no obstante su encabezamiento es la indebida aplicación del tipo de falsedad al entender inocua la mendaz estampación de una firma simulada que no se precisaba en realidad en el documento en cuestión.

El argumento no se admite. Lo que caracteriza un documento es su aptitud probatoria en sentido propio y alternativamente su idoneidad para producir efectos en el tráfico jurídico. Aunque la firma no fuera una exigencia formal del documento utilizado, sí lo era obviamente la autenticidad de su elaboración en cuanto estaba destinado a acreditar la realidad del embarque de la mercancía; autenticidad que se aparentó, o cuya apariencia de autenticidad se incrementó con propósito falsario, incorporando al documento un elemento coadyuvante de esa apariencia a través de la estampación de una firma supuestamente hecha -fuese o no formalmente necesaria- por quien debía haber realizado el control que el documento acreditaba como efectuado.

El motivo debe por ello desestimarse.

DECIMONOVENO.- Los motivos noveno de Serafin y tercero de Eloy , de igual contenido, plantean al amparo del artículo 849.1º, la infracción de normas sustantivas de obligado cumplimiento, así como preceptos penales de obligada aplicación, en concreto la Ley de contrabando de 13 de julio de 1982, la de 12 de diciembre de 1995, ambas en relación con el Real Decreto de 29 de diciembre de 1992 y el Tratado de Maastrich de 1 de enero de 1993, como fecha de entrada en vigor, y Reglamento de C.E.E. núm. 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre, y Convenio Tir de 14 de noviembre de 1975, y Circular 15/12/87 RAL 2.702; y los artículos 74, 77, 390 y 392 de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, y 14.3 del antiguo Código Penal.

No obstante tal cúmulo de disposiciones invocadas, lo que alegan ambos recurrentes es que no está probado que el tabaco introducido en territorio nacional fuera de origen y fabricación americana; que la valoración del tabaco no es la acertada según el resultado de las pruebas; y que el hecho probado era atípico cuando se cometió, como lo evidencia la incorporación en la nueva Ley de Contrabando, de 12 de diciembre de 1995, del nuevo tipo previsto en su artículo 2.1 c), inexistente en la anterior Ley que era la vigente al ocurrir los hechos.

Ambos motivos deben desestimarse: En el hecho probado se afirma claramente que el tabaco era "de procedencia americana", es decir, que había sido elaborado, empaquetado y puesto a la venta en aquel continente y desde allí había sido transportado a España. La imposibilidad de subsumir la conducta probada en el nuevo tipo penal del artículo 2.1 c) de la Ley de Contrabando de 1995, no significa la atipicidad de aquélla con relación a la Ley vigente al tiempo de su comisión: Simular un régimen de tránsito a otro país documentalmente e introducir las distintas partidas en el mercado (negro) nacional, eludiendo el control aduanero constituye sin duda el delito de contrabando definido en el artículo 1º, 1.3.2 de la L.O. 7/1982, de 13 de julio. En cuanto a la valoración que consta en el hecho probado solo podría impugnarse por la vía del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación por vulneración de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, interpuestos por los acusados Pedro Antonio , Millán , Augusto , Serafin y Eloy , contra Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz, con fecha siete de enero de mil novecientos noventa y ocho, en causa seguida





contra los mismos por delitos de contrabando y falsedad, condenándoles al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese la presente resolución a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Excmos. Sres. D. Joaquín Delgado García; D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; y D. José Augusto de Vega Ruiz; Firmado y Rubricado.-

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOS