

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 154/2016, de 29 de febrero de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10011/2015

SUMARIO:

Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Requisitos y fundamentos. Tráfico de drogas. Concepto del «provecho» como requisito necesario para la responsabilidad penal de la persona jurídica. Responsabilidad penal de las personas jurídicas a tres empresas por su participación en delitos contra la salud pública, de sus administradores en concepto de tales. El Tribunal critica la normativa que rige la responsabilidad jurídica donde puedan producirse conflictos de intereses procesales entre las personas físicas acusadas del delito y las personas jurídicas que sean representadas por esas mismas personas físicas, lo que podría originar una conculcación efectiva del derecho de defensa de la empresa. Requisitos para apreciar la responsabilidad de las empresas: como presupuesto inicial, debe constatarse la comisión de delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica (en este caso eran administradores de hecho o de derecho); en segundo término, que las empresas hayan incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control («compliances» o «modelos de cumplimiento») cuya acreditación habrá de corresponder a la acusación. El hecho de que la estructura y cometido lícito de la persona jurídica fueren utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer la infracción de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito, que la misma deba de disolverse en los términos del art. 33.7 b) CP, sino que se requerirá, cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad, por lo que debe procederse a la exclusión de dicha pena de disolución de la persona jurídica, dejando subsistente tan solo la pena de multa. Pero en este caso se diferencia entre la empresa con actividad real y las que califica como sociedades «pantalla», carentes de cualquier actividad lícita y creadas exclusivamente para la comisión de hechos delictivos. Estas, han de ser consideradas al margen del régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis CP, sin perjuicio de que en el caso de autos se considere de utilidad mantener las penas de disolución y multa impuestas. Voto particular.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16, 29, 31, 31 bis, 31 ter, 31 quater, 33.7, 53.5, 62, 63, 66 bis, 129, 368, 369, 369 bis, 370, 390.1, 570 bis, 570 ter y 570 quater.

Constitución Española, arts. 18.3 y 24.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 739.

PONENTE:

Don José Manuel Maza Martín.



www.civil-mercantil.com

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10011/2015-P, interpuesto por Avelino Javier, Remigio Gumersindo, Landelino Valeriano, Ignacio Valentin, TRANSPINELO SL, INVESTISSMENT TRANS SPAIN AFRICA y GEORMADRID MACHINERY SL, recurrentes representados por los Procuradores Sr. Checa Delgado, Sr. González Sánchez, Sr. Sanz Arroyo, Sra. Blanco Martínez y Sr. Sanz Arroyo, respectivamente, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección 1ª), de fecha 17 de noviembre de 2014, que les condenó por delitos contra la salud pública, quebrantamiento de medida cautelar y falsificación en documento oficial.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado Central de Instrucción número 6 instruyó Sumario con el número 19/2011 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª que, con fecha 17 de noviembre de 2014 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

<<1.- Durante los años 2.007 a 2.010, el procesado Avelino Javier había sido objeto de diversas investigaciones judicializadas relativas a la comisión de un delito contra la salud pública por tráfico de estupefacientes de sustancia que causaba grave perjuicio para la salud (cocaína).

En dicho contexto se tramitaban ante el Juzgado de Instrucción num. 6 de Coslada, Diligencias Previas 1902/2010 por presunto delito de blanqueo de capitales provenientes de actividad ilícita relacionada con el tráfico de sustancias estupefacientes.

El Ministerio Fiscal, al no aceptar dicho Juzgado el trámite de diligencias por delito de tráfico de estupefacientes, judicializó en el año 2011 la investigación inherente al mismo ante los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional.

La actividad aquí denunciada, estaba dirigida por el procesado Avelino Javier, persona que a través de terceros, personas físicas y personas jurídicas llevaba a cabo la misma bajo su supervisión y toma de decisiones.

El procesado Remigio Gumersindo, alias Zurdo, estaba relacionado con el anterior por razones de parentesco (sobrino) y de dependencia, realizando labores en las empresas TRANSPINELO S.L. e ITSA utilizadas por Avelino Javier para su ilícito tráfico, supliendo como persona de confianza a su tío cuando este se ausentaba de España, disponiendo de efectivo y dando las órdenes oportunas para el trabajo.



www.civil-mercantil.com

Una de las personas jurídicas que ha sido objeto de enjuiciamiento, la entidad TRANSPINELO era dirigida por Avelino Javier, si bien al frente de la misma formalmente aparecía Remigio Gumersindo.

Otra empresa denominada ITSA asimismo era dirigida y financiada por Avelino Javier, si bien aparecía bajo la administración única de Eulalio Gumersindo, sobrino del procesado Ignacio Valentin y representada por Rodolfo Faustino.

Ambas entidades participan en la forma que se dirá en el envío de maquinas de obras públicas a Venezuela.

Por ultimo la entidad GEORMADRID MACHINERY que aparece como destinataria de las mismas al ser devueltas a España en la forma que se dirá estaba administrada por Ignacio Valentin desde al menos 2.009.

El procesado Landelino Valeriano, también estaba relacionado con la actividad ilícita de tráfico de estupefacientes desarrollada por Avelino Javier, a quien acompañaba en sus viajes al extranjero, auxiliándole en la logística de los viajes, desplazamientos y preparación de los envíos.

Por su parte el procesado Ignacio Valentin, alias Tirantes, participaba en la actividad ilícita de Avelino Javier, además de la relación antes citada, a través de su intervención en la entidad INVESTISSEMENT TRANS SPAIN AFRICA S.A. (ITSA).

Esta entidad estaba administrada formalmente por una persona no procesada Rodolfo Faustino, persona del entorno de amistad y relación del procesado Ignacio Valentin. Fue constituida en Mali, con la finalidad de propiciar formalmente la actividad de venta de maquinaria de obras publicas. No obstante lo anterior, dicha empresa estaba dirigido de hecho por Avelino Javier, persona que era quien tomaba las decisiones y aportaba el capital preciso para ello.

Estas entidades, en cuanto a las dos primeras realizaban actividades comerciales diversas, no así la tercera citada a la que no se le conoce actividad, y eran utilizadas por Avelino Javier para articular actividades de importación y exportación de maquinas en cuyo interior se encontró sustancia estupefaciente como en el presente caso, actividades por las que se han seguido procesos penales aparte en 2.006 y 2007.

Los procesados Gines Artemio Y Candida Belinda componían el núcleo familiar directo del procesado Avelino Javier, siendo su hijo y su actual compañera sentimental, sin que tuvieran participación directa en las actividades de Avelino Javier.

En los primeros meses del año 2.011, Avelino Javier y las personas que formaban su organización, Remigio Gumersindo, Landelino Valeriano y Ignacio Valentin, comenzaron los trámites para el envío de máquinas a Venezuela, las que serían posteriormente reimportadas a España conteniendo droga en su interior.

Las maquinas, que figuraron a nombre de la entidad TRANSPINELO eran las siguientes:

Una excavadora cadena volvo, EC 390, color amarillo, serial de carrocería EC390V01068, serial de motor TD103KAE82296760 Una excavadora de cadena, marca volvo, modelo EC90, color amarillo, serial de carrocería EC390V01061, serial de motor TD103KAE282295558 Una volteo, tipo Roco, marca Moxi, modelo MT40, color amarillo, serial de carrocería 512052 y serial de motor 5556191 Una volteo, tipo Roco, marca Bell, modelo B40D6X6, color amarillo, serial de carrocería AEB4118401ROOOI03, serial de motor 941.990.00.205440.

Con la finalidad de llevar a cabo tal operación, Avelino Javier viajó a Venezuela los días 7 y 8 de Febrero de 2.011 via Frankfurt- Caracas, país al que posteriormente acude Landelino



www.civil-mercantil.com

Valeriano, en 21.03.2011 para reunirse con él y proceder a la formalización de la llegada de la maquinaria y preparar la introducción de la droga en su interior para ser reimportada a España.

Ambos permanecieron en Venezuela hasta su vuelta a España, realizada, por Landelino Valeriano los días 8 y 9 de Mayo de 2.011, y Avelino Javier el día 3 de Junio de 2011 a las 15.30 llegando al Aeropuerto del Prat (Barcelona) en vuelo Caracas-Frankfurt-Barcelona.

Landelino Valeriano adelantó su viaje por haber sufrido Candida Belinda un intento de robo, posponiendo su vuelta Avelino Javier en varias ocasiones hasta efectuarla el día citado.

Tanto Landelino Valeriano como Avelino Javier tenían prohibida la salida del territorio nacional, sin otra autorización en el caso de Landelino Valeriano, que la de realizar viajes concretos a Bélgica, pero nunca a Venezuela.

El procesado Landelino Valeriano tenía prohibida la salida del territorio nacional, únicamente se le otorgó permisos de salida en marzo y mayo de 2011, para que pudiera acudir por motivos laborales a Holanda y Alemania y sin embargo se desplazó a Venezuela.

La organización citada que había proyectado el envío de las máquinas citadas a Venezuela, para allí cargarlas de cocaína en su interior y reenviar a España con la sustancia estupefaciente en las mismas, durante el mes de febrero de 2.011, los procesados Remigio Gumersindo y Ignacio Valentin concertaron con la empresa CRISMAR, dedicada al tránsito marítimo, el transporte de las citadas cuatro máquinas de España a Venezuela.

A tal fin con fecha 17 de Febrero de 2.011 se emiten las facturas NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003 en las que figura como exportadora la entidad ITSA, apoderada por Ignacio Valentin, simulando la venta de las máquinas citadas a la entidad MULTISERVICIOS Y MAQUINARÍA OP, con dirección Avda. Guayana Galpón núm. 49 de Guaiparo en San Félix 8051, Venezuela, y cuya presidenta era Francisca Reyes. Ahora bien, las máquinas aparecerían después como propiedad de la empresa EQUIPOS Y MAQUINARIAS PESADAS CA (EQUIPE CA) al emitir dicha empresa una factura de venta ficticia a la mercantil JOYMACA.

Como quiera que la entidad ITSA, tenía la sede en la República de Malí, no era factible que pudiera aparecer como exportadora desde España, siendo necesaria la intervención como tal de una entidad con CIF y sede en España para poder llevar a cabo la operación el procesado Remigio Gumersindo aportó los datos correspondientes a la entidad TRANSPINELO, y procedió al cambio de las facturas antes citadas en las que figuraba como exportadora la entidad ITSA por otras cuatro facturas NUM004, NUM005, NUM006 y NUM007, en las que aparecía como exportadora TRANSPINELO.

No obstante los documentos "bill of lading" siguen apareciendo extendidos a nombre de ITSA

Otro problema que surge con la exportación, consistió en que la exportación temporal que se pretendía de las máquinas no pudo llevarse a cabo, por lo que se modificó la forma de destino, por el de exportación normal o definitiva, lo que finalmente llevó a la conclusión de la operación exportadora ante Aduanas de España en 3 de Marzo de 2.011.

Dichas máquinas habían sido transportadas hasta el Puerto de salida en la ciudad de Santander por encargo de TRANSPINELO desde Mejorada del Campo al referido puerto los días 21 y 22 de febrero de 2011 para su posterior embarque El día 5 de marzo las máquinas embarcaron en el Puerto de Santander en el buque "Morning Celine", con origen en Santander y destino Puerto Cabello (Manzanillo), Venezuela (Bill of Landing ES 1084566 de esa fecha, aportado por la agencia marítima EGVE).

Una vez llegadas las máquinas a Venezuela, recogidas por su destinataria MULTISERVICIOS Y MAQUINARIA.OP, de la que era responsable la súbdita venezolana Francisca Reyes fueron bajadas del barco citado y salieron de la zona primaria del puerto el día 27.04.2011, una vez en tierra, se transportaron a una nave-almacén denominado galpón señalado con el num. 49 sito en la Avenida Guayana Urbanización Gualparo de San Félix



www.civil-mercantil.com

estado de Bolívar, en el que había una vivienda en la que habitaba la citada Francisca Reyes, y del que eran arrendatarios la citada Francisca Reyes y de Valentin Patricio también de nacionalidad venezolana, procediendo a su manipulación consistente en abrir huecos en el interior de los brazos y otras partes de las máquinas realizando las oportunas aperturas y orificios y creando dobles fondos y caletas que después soldaron y volvieron a pintar tras llevar a cabo la introducción de la sustancia estupefaciente en los huecos resultantes.

Finalmente las máquinas son embarcadas en el barco Beautriumph, el día 4 de Junio de 2.011, siendo desembarcadas por orden de la Autoridad competente venezolana en el muelle de Palúa, ubicado en San Félix, Venezuela, en donde se encontraban en custodia policial desde el día 5 de Junio de 2.011 por encontrarse dudosamente documentadas.

La mercantil que exportaba las máquinas era J y M C.A "JOYMACA (RIF J-31565140-8) de la que era administrador Valentin Patricio y en cuya plantilla figuraba Francisca Reyes (presidenta a su vez de MULTISERVICIOS Y MAQUINARIAS OP).

Empresa que figuraba como importadora a Venezuela de las máquinas enviadas desde España.

A su vez, la empresa que figuraba como importadora de las máquinas que se traían desde Venezuela a España con la sustancia estupefaciente era GEORMADRID MACHINERY SL, en la que figura formalmente como administrador único Ignacio Valentin, tal y como figura en la factura NUM008 de la empresa JOYMACA, proporcionando así cobertura legal a la entrada de la droga en España.

No obstante y con ánimo de ocultación del tráfico de la mercancía, en la documentación encontrada posteriormente en Venezuela figuraba como entidad receptora GLOVAL MACHINERY SA, empresa que no consta su existencia y cuyos datos de ubicación y de contacto corresponden a los de GEORMADRID MACHINERY.

La dirección de destino de la maquinaria era la calle Fuentecillas nave 26 del polígono Industrial Los Albardiales de la localidad de Antígona, Toledo, que en realidad era un inmueble desocupado.

El día 4 de junio de 2011, las máquinas con droga fueron cargadas en el barco con nombre "Beautriumh" con destino al puerto de Bilbao.

La Guardia Nacional Bolivariana, fue informada por la Guardia Civil española de tal operación, produciéndose un primer registro el día 24 de Junio de 2.011, encontrándose en el interior de las dos máquinas retroexcavadoras Volvo diversos envoltorios con sustancia estupefaciente (cocaína) con un peso de 5.052 Kgms y un valor económico de haber ingresado en el mercado de 258.544.480 €.

El día 26 de Junio siguiente se produce el registro del citado galpón, donde es hallada entre otros documentos una copia auténtica de la escritura de la entidad Geormadrid Machinery S.L. así como resguardos de emails cruzados entre Landelino Valeriano y la entidad Viajes Barceló comentando el cambio de fechas en el viaje de vuelta a España tanto del citado Landelino Valeriano como de Avelino Javier.

Finalmente el día 28 de Junio de 2.011 se produce el registro de la maquinaria restante por las Autoridades policiales Venezolanas hallando en el interior de las mismas un total de 1.650,5 Kgms mas de cocaína..

En relación con este operativo la Guardia Nacional Bolivariana procedió a la detención de los súbditos venezolanos Valentin Patricio y Francisca Reyes, así como Daniel Benjamin, Landelino Santiago, Genaro Jenaro, Benigno Genaro, Ramon Dionisio y Romulo Teodosio los que trabajaban allí a las órdenes de Avelino Javier.

Valentin Patricio reconoció en sede judicial los hechos.

El día 28 de junio de 2011, Avelino Javier y Candida Belinda intentaron huir, siendo interceptados en compañía de sus dos hijas menores sobre las 15.30 horas en el Área de



www.civil-mercantil.com

Servicio de "Abades Puerta de Andalucía", en La Carolina, Jaén, portando, además de ropa y documentación, 95.290 euros.

En el registro de la CALLE000NUM000 de Arganda del Rey, domicilio de Avelino Javier, se ocupó, entre otras cosas, un permiso de conducir búlgaro a su nombre, con número NUM009, y una tarjeta de transportista del Reino de España, vinculada a aquel y al documento "International Drive Document", constando en la base de datos de la Dirección General de Tráfico que Avelino Javier carece de permiso de conducción que le habilite para conducir vehículos en España, pese a lo cual se le ha visto conduciendo en el transcurso de numerosas vigilancias policiales.

Practicada entrada y registro el día 28/6/2011 en la CALLE001NUM000, de Mejorada del Campo (folios 2379 y ss), domicilio de Landelino Valeriano, se interviene; Un móvil Nokia, un móvil LG, una Blackberry negra, otro móvil LG blanco y una tarjeta de visita ITSA de Ignacio Valentin.

Vuelta a registrar la 2ª habitación se encuentra un escrito del Fiscal sobre solicitud de salida del territorio nacional de Landelino Valeriano.

Copia de Providencia de la sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre solicitud de salida del territorio nacional del detenido.

En otro dormitorio, en el baño, encuentran pasaporte español a nombre de Avelino Javier.

Anotaciones relativas a máquina con refuerzo y máquina sin refuerzo así como diversas cantidades.

Papel de factura del hotel Rasil escrito por detrás con cifras.

Trozo de papel con el nombre de Beatriz Tatiana y un número.

Trozo de papel bancario con nombres.

Otro trozo de papel con cantidades y anotaciones.

Practicada entrada y registro el 28/6/2011 en la vivienda de la CALLE002NUM010 (folios 2369 y ss) de Velilla de San Antonio, domicilio de Gines Artemio, se encontraron:

En un dormitorio en varias cajitas encima de la mesilla se encuentran 9 billetes de 50 €, 13 billetes de 20 € y 2 pastillas de color marrón. En otra caja un billete de 50 €.

Pistola de gas comprimido. Televisor Samsung.

Otro televisor Samsung en el baño.

Otro televisor Samsung en otro dormitorio.

En otro dormitorio un paquete de al parecer un gramo de sustancia de color marrón en polvo cristalino; un ilegible; un paquete mayor también con sustancia marrón cristalina y otro paquete igual que el primero encontrado.

2 teléfonos Nokia, una tarjeta de Orange.

En la zona del salón correspondiente a la mesa de billar se incautó un ordenador Netbook, una escopeta de aire comprimido con mira telescópica.

En la cocina otro teléfono móvil Samsung.

En el comedor un teléfono móvil Nokia negro, un Pendrive, un trozo de lo que parece hachís, un ordenador Sony Vaio.

En la nave que se encuentra debajo de la vivienda y en concreto en la oficina se intervienen permisos de conducir y diversa documentación, siendo un total de 83 fundas con documentación de vehículos.

Diversas llaves de vehículos. Trituradora.

2 tarjetas de visita de Bienvenido David, Otra trituradora.

Ordenador HP.

Disco duro Seagate con número de serie NUM014. Las sustancias encontradas resultaron ser;



www.civil-mercantil.com

Muestra 7.- 7,75.- polvo verde.- 2- CB.- no tiene pureza, lista 2 del convenio del 71.

Muestra 8.- 3,60.- polvo verde.- 2- CB.- no tiene pureza, lista 2 del convenio del 71.

Muestra 9.-4,40.-polvo blanco.-2- CB.- no tiene pureza, lista 2 del convenio del 71.

Muestra 10.- 6,20.- polvo marfil cristalino. MDMA.- 68,1%. Muestra II.- 4,68.- polvo marfil cristalino. MDMA.- 80,5%. Muestra 12.- 18,20.- polvo marrón verdoso, MDMA.- 67,7%. Muestra 13.- 3,07.- polvo blanco cristalino. MDMA.- 78,9%.

Practicada entrada v registro el día 28/6/2011 (folios 2349 v ss) en la sede de TRANSPINELO, en la Fundidores 6 de Velilla de San Antonio, se ocuparon los siguientes efectos;

Sobre una mesa las pertenencias del detenido Remigio Gumersindo (móvil y llaves) y las pertenencias del detenido Landelino Valeriano (3 teléfonos móviles, unas llaves y 35,41 €).

Dentro de una vitrina de madera se encuentra una bolsa de MEDIA MARK conteniendo en su interior multitud de paquetes de monedas de distintos valores:

9 paquetes con 25 monedas de 2 €, 450 €.

5 paquetes con 25 monedas de un euro, 125 €.

5 paquetes con 25 monedas cada uno de 50 céntimos, 62,50 €.

7 paquetes con 25 monedas cada uno de 20 cm, 35 €.

4 paquetes con 50 monedas cada uno de 10 céntimos, 20 €.

En un aparador de madera se encuentra documentación relativa a la empresa KOBET Desarrollo y Cooperación con Mercados Exteriores así como soporte informático de la misma empresa.

Tarjeta de Lufthansa a nombre de Avelino Javier .

Documentación correspondiente a Área de Proyectos de Galería del Mueble.

Aparecen 2 nombres: Miguel Lorenzo y Segismundo Mario, con sus respectivos números de móvil.

Carta dirigida a Avelino Javier y firmada por Delfina Eufrasia junto con un plano de una vivienda familiar en el municipio de autónomo Caroní del estado de Bolívar.

3 teléfonos móviles Nokia y 2 tarjetas MOVISTAR. Un sobre conteniendo un total de 440 dírham.

Un sobre conteniendo un total de 60 \$ USA.

Tarjeta de visita de Justino Ezequiel, otra de Casimiro Olegario de la empresa Airland Logistics y otra de Modesto Artemio de la empresa Ritchie Bros. Nota manuscrita con el texto de Alejandra Yolanda magistrado de la audiencia Provincial de DIRECCION000 y un número de teléfono con el nombre de Triqui. Pendrive.

Documentación varia.

Documentación en una carpeta rotulada como FACTURA ITSA. Documentación consistente en correos electrónicos, tras etc.

Caja de Blackberry con 2 tarjetas y anotaciones manuscritas y un folleto en el que consta anotado el teléfono "NUM011 TRANSPINELO Enrique Bienvenido". Ipad.

Máquina contadora de billetes con número de serie Q/C 101750 con su caja.

Máquina envasadora al vacío. CPU, monitor, teclado y ratón así como un Pendrive. 2 teléfonos Nokia y uno Samsung así como 2 Pendrive.

Folleto, presupuesto de decoración a la atención de Gines Artemio y otra documentación y entre ella unos papeles compulsados, es decir, 4 folios de timbre del estado. Sobre blanco con nota manuscrita que dice máquinas Gines Artemio baja.

Autorización firmada por Enma Micaela, 2 tarjetas de MOVISTAR.



www.civil-mercantil.com

Carpeta de plástico granate conteniendo en su interior 70 €. Folio con 2 correos electrónicos.

Folio con la inscripción verificación vehículos a nombre de cada propietario.

Contrato de compra-venta entre Iñigo Tomas y Avelino Javier, firmado únicamente por el primero.

Riñonera gris que contiene 30 billetes de 10 € y 19 billetes de 20€ (680 €) y una bolsa con pastillas con símbolos. Un paquete de plástico conteniendo sustancia cristalina supuestamente estupefaciente. Otro paquete de plástico conteniendo sustancia cristalina. Otro paquete de plástico conteniendo sustancia roca. Otro paquete de plástico conteniendo pastillas blancas y verdes con los mismos logotipos que las anteriores. Otro paquete de plástico conteniendo sustancia en polvo de color amarillento.

10 cajas de tarjetas de visita de la empresa ITSA, a nombre de Avelino Javier como director general, Teofilo Hugo y Ignacio Valentin, director técnico.

Sobre blanco con la anotación Soledad Jacinta ex mujer Avelino Javier conteniendo 4 documentos procedentes de la base de datos de la GuardiaCivil.

Archivador color gris rotulado Malí en que se encuentra documentación de la empresa ITSA.

Archivador metálico donde hay un sobre blanco con la anotación manuscrita TRANSPÍNELO, que contiene 114 folios extraídos de la base de datos de la Guardia Civil de vehículos.

8 facturas emitidas por ITSA y giradas a la empresa Servicios yMaquinaria OP.

4 folios, siendo uno de ellos correo electrónico enviado por Justino Ezequiel a Remigio Gumersindo y 3 faxesenviados por el grupo Crismar a TRANSPÍNELO.

Una carpeta amarilla conteniendo 8 folios.

Dos folios consistentes en autorización de Primitivo Millan a Remigio Gumersindo y fotocopia del DNI del primero.

2 folios con diversos números de teléfono móvil asociados a diferentes personas y relación de clientes.

En el citado archivador metálico se encuentran 13 documentosque son:

Documentos 1 a 4, relación de vehículos.

Documentos 5 a 6, autorización de Primitivo Millan a Remigio Gumersindo.

Documento 7 y 8, solicitud de Remigio Gumersindo . Documentos 9 y 10, solicitud de Enma Micaela. Documentos 11 y 12, solicitud de Soledad Jacinta , Documento 13 camiones para Malí.

Se encuentran 5 sobres con las anotaciones manuscritas Avelino Javier padre, Nicolas Enrique, Pelosblancos, TRANSPÍNELO falta aprox 50, y Primitivo Millan, y todos ellos contienen información sobre vehículos extraída de la base de datos de la Guardia Civil.

Cajas de cartón que contiene la siguiente documentación:

2 folios con relación de trabajadores y sueldo de cada uno deellos.

Correo electrónico enviado por Casimiro Olegario a DIRECCION001.

28 documentos en el interior de una carpeta azul.

Sobre con anotación manuscrita a la atención de Simon Rogelio "Recursos realizados noviembre2010 Eugenio Humberto", conteniendo 5 documentos. En el reverso del sobre consta nota manuscrita SHIPPING SENEGAL SPAIN, Almendralejo NUM012.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Sobre blanco con anotación GRIST conteniendo 2 billetes de 5 €. Agenda de color azul de 2011 con la inscripción TRANSPÍNELO conteniendo anotaciones manuscritas y en el interior de la cual se encuentran 4 billetes de color verde de 100 € supuestamente falsos y 11 billetes de color naranja de 50 € supuestamente falsos.

Otras 2 agendas de color marrón de 2010 con el anagrama de TRANSPÍNELO, conteniendo anotaciones manuscritas.

Carpeta azul con 10 documentos de diversa índole.

En el despacho que al parecer pertenece a Simon Rogelio y Evangelina Otilia se encuentra:

Solicitud de Remigio Gumersindo dirigida a la Junta de Castilla la Mancha.

Un sobre blanco con anotación "entregar: Avelino Javier. Copia simple escritura segregacional Mario Sebastian y Aida Alejandra.

Agenda marrón de 2010 con membrete TRANSPÍNELO, con anotaciones manuscritas y en el interior se encuentran varias hojas sueltas con anotaciones manuscritas.

Carpeta blanca del grupo Velilla que contiene plantillas de contratos de compraventa.

Escritura de compraventa de 18 agosto otorgada ante el notario Pedro Gil y con número de protocolo 3386. Escritura de subsanación con número de protocolo 950 y de fecha 3 de julio 2009 ante el notario Enrique de la Torre. Copia simple de declaración de obra nueva con número de protocolo 1654 de fecha 30 septiembre 2008 ante el notario Enrique de la Torre. Escritura de compraventa con número de protocolo 868 de fecha 23 marzo 2000 otorgada ante el notario José Ángel Martínez. Escritura de constitución de la sociedad TRANSPORTES GHEORGUE CONSTANTINE BAL1 SL, con número de protocolo 854/2009 ante el notario José Manuel Rallón.

Escritura de constitución de la sociedad Martín Restauración con número de protocolo 471/2009 otorgada ante el notario José Luis Machuca. Contrato de alquiler con opción a compra.

Un disco que contiene el sumario 22/09 del central 5 tomos uno a42.

Sobre con varias anotaciones manuscritas conteniendo en su interior 5 billetes de 5 €.

Un billete de 500 €.

Una caja verde con subapartados conteniendo:

19 monedas de un euro, 19 €.

58 monedas de 50 céntimos, 29 €.

3 monedas de 2 €, 6 €.

31 monedas de 10 céntimos, 3,10 €.

19 monedas de 20 céntimos, 1,9 €.

Monitor, C.P. un, ratón y teclado marca Asus e impresora canon. Disco duro marca Seagate con número de serie NUM013 .

29 protocolos notariales con números: 39/2008; 2105/2005; 22/2009; 39/2010; 38/2010; 1638/2009; 1736/2009; 441/2009; 39/2008; 41/2009; 962/2010; 344/2010; 329/2010; 328/2010; 40/2008; 964/2010; aumento de capital del protocolo de 2003; 963/2010; 1480/2010; 1226/2009; 1089/2009; 40/2010; 961/2010; 960/2010; 1481/2010; 1482/2010; 442/2009; 579/2009; 580/2009; 2105/2005, de distintos notarios.

Contrato de alquiler de nave entre la sociedad MICHARET y Primitivo Millan.

Contrato de arrendamiento de 22 enero 2009.

Contrato de compra-venta de fecha 26 marzo 2008 entre Ruperto Luciano y Remigio Gumersindo.



www.civil-mercantil.com

Contrato de alquiler de nave entre Micharet y Primitivo Millan. Contrato de compra-venta con una anotación de fecha 25 noviembre 2008.

14 documentos manuscritos.

Sobre blanco con anotación manuscrita a la atención Simon Rogelio recursos realizados remite Eugenio Humberto que contiene a su vez 11 documentos.

Sobre blanco con anotación manuscrita recursos realizados para entregar a Simon Rogelio y que remite Eugenio Humberto y contiene otros 22 documentos.

Sobre blanco con anotación manuscrita a la atención Simon Rogelio remite Eugenio Humberto que contiene otros 10 documentos.

En un armario metálico se incauta documentación numerada del uno al 8 contenida en un sobre a la atención de Avelino Javier papeles petición carnet conducir Rumania.

Contrato de alquiler con opción a compra de fecha 15 enero 2009.

Fax correspondiente un escrito de la Guardia Civil del grupo de blanqueo de capitales.

Factura de 2 documentos emitida por la empresa COVER y girada a TRANSPINELO.

Protocolos notariales 1622/2010; 22/2009; 580/2009; 423/2002; 381/2008; 962/2010; 20/2009.

Teléfono móvil Nokia que lleva adherido la inscripción manuscrita TRANSPINELO Quico NUM014 .

Soporte de almacenamiento negro

Tarjetas de teléfono móvil. Tarjeta MOVISTAR. Teléfono Samsung. Ordenador portátil Toshiba.

Mando de apertura de Mercedes y llave.

Sobre de color marrón con anotación manuscrita AGUGAS que contiene en su interior 2 billetes de 200 €, un billete de 20 €, un billete de 10€, un billete de 5 €, una moneda de 2 € y una moneda de un euro (436 €).

Sobre de color marrón con anotación manuscrita bróker Landelino Valeriano seguros 2500, conteniendo en su interior 5 billetes de 500 €.

Sobre de color blanco con la serigrafía TRANSPINELO con anotaciones manuscritas Zurdo , conteniendo 4 billetes de 50 €.

Diversa documentación de la empresa MTCHARET.

Cuaderno de espiral con tapas negras con anotaciones manuscritas.

Documento de la base de datos de la Guardia Civil.

En la oficina situada en la planta baja del inmueble se procede a la extracción de la caja fuerte.

Ordenador, monitor y teclado.

En un cajón 2 billetes de 5 € y un billete de 10 €. CPU HP. Otra igual.

Impresora.

Correo electrónico impreso remitida por hispano Mairene a Leonardo Urbano.

Ordenador portátil.

En la oficina habilitada en el interior del taller en una caja de plástico se encuentran 17 balas de 9 mm y una de 9 mm corto así como 2 teléfonos móviles LG de VODAFONE y otro teléfono móvil LG de MOVISTAR.

Otro ordenador.

En una riñonera de color negro se encuentran 2 llaves con el anagrama de Chevrolet, una llave con el anagrama de Volkswagen, una llave con el anagrama de Mercedes, una llave con el anagrama de Porsche, una llave del vehículo con la anotación chino, una llave con la inscripción Volvo, una llave con la inscripción seat, un llavero con la inscripción Chispas, una llave con el anagrama Honda, 2 llaves de plástico negro con espadín metálico y un llavero metálico con llave de empuñadura de plástico negro y espadín metálico.



www.civil-mercantil.com

En la oficina del taller, en la mesa que ocupa Secundino Edmundo, se incautan 2 teléfonos Nokia y una tarjeta de Orange. Una agenda marrón de 2010 con el anagrama de TRANSPiNELO, con anotaciones manuscritas. Otro ordenador portátil.

Ordenador portátil en la mesa de Manuel Urbano. Memoria USB.

Tarjetas 1TV del Volkswagen NUM015.

Las sustancias encontradas en este registro resultaron ser:

Muestra 1.- limaduras.- hachís.- 3,4 % THC. Muestra 2.- limaduras.- hachís.-13,2 % THC. Muestra tres.- 8,40.- varios trozos de hachís.- 9,3% THC. Muestra 4.- 0,90.- polvo gris.- MDMA.- 73,9 riqueza. Muestra 5.-6,60.- polvo gris. MDMA.- 61,4 %. Muestra 6.- 0,50.- polvo blanco. MDMA.- 70%.

Practicada entrada y registro el 28/6/2011 en la CALLE000NUM000. casa NUM001 , de Arganda del Rey (folios 803 y ss). domicilio de los procesados Avelino Javier y Candida Belinda, se encontraron los siguientes efectos;

Cajita de plástico con un porta tarjetas vacío y 4 tarjetas SIM.

2 llaves del coche marca Honda. Una llave de Land Rover.

Una llave de Toyota.

Una placa de Guardia Civil de tráfico.

Permiso de conducir internacional de Bulgaria a nombre de Avelino Javier.

Pasaporte español de Gines Artemio, hijo del detenido. Dos teléfonos móviles marca Nokia y un teléfono Samsung. Documento consistente en relación de máquinas de fecha 25enero 2011.

Correo electrónico de fecha 22 enero 2009.

Fotocopia de DNI a nombre de Romeo Urbano. Tarjeta de una asesoría llamada tránsito de aduanas.

Prohibición de la Audiencia Nacional, sección 3ª, de salida del territorio nacional al detenido Avelino Javier.

Factura de cafetería.

Tarjeta de visita de una empresa de Venezuela, ilegible.

Recibo de ingreso del banco de Santander de fecha 11 marzo2010, por importe de 2900 €.

Otro recibo del banco de Santander de 29 diciembre 2009, por importe de 2500 €.

Un documento de base de datos de la Guardia Civil con los antecedentes del detenido.

Postit blanco en el que figura la leyenda Constancio Ivan 300 €.

Una tarjeta andina de inmigración a nombre de Avelino Javier de fecha 4 agosto 2009.

Ordenador IMAC.

Fotocopia de DNI de Avelino Javier y de carne de conducir a nombre del mismo de Bulgaria y otras fotocopia exactamente igual.

Fotocopia del DNI de Gines Artemio y de un carnet de conducir búlgaro a nombre del mismo.

Certificado médico de Gines Artemio. Certificado médico de Avelino Javier.

Postit blanco con la siguiente leyenda: Simon Rogelio - 35.000; Zurdo COCHE 2.600; TALLER 400; Blas Tomas 3.000; Imanol Humberto 500; la fecha 29 enero 2009, jueves total 50.000 € sobre 3500 €.

Una tarjeta de memoria. Extracto de datos de cuenta.

Documento de asistencia en carretera del Race de 22 junio 2010 del vehículo Land Rover NUM016 .

Envío de dinero de correos por cuantía de 2000 € a nombre de Moises Obdulio.



www.civil-mercantil.com

Copias de recibo de canje de permiso de conducir a nombre de Avelino Javier y Gines Artemio.

Un disco con el título Juan Feliciano. Ordenador portátil Toshiba.

El secretario da cuenta de que se personaron miembros del ejército con la única misión de utilizar un aparato técnico para detectar dobles fondos y que no hicieron nada más que eso. Las catas realizadas dieron resultado negativo.

Practicada entrada y registro el 28/6/2011 en la CALLE003NUM017. piso NUM018", letra NUM019. de Parla, domicilio de Landelino Valeriano (folios 919 y ss), se encontraron los siguientes efectos:

Ordenador marca Acer.

Maletín.

2 Blackberry con cargador.

2 tarjetas de "2011 fórmula uno Grand Prix of Europe Valencia24-25-26 June Sunday".

Practicada entrada y registro el día 29/6/2011 en la nave industrial de la calle Canteras sin número del Polígono Industrial de la Raya Velilla (folios 2386 y ss), a presencia de Remigio Gumersindo, se encontraron diversos vehículos y documentación.

Practicada entrada y registro el día 29/6/2011 (folios 2389 y ss) en la calle Raya de Velilla nº 25. polígono industrial la Raya Velilla, a presencia de Remigio Gumersindo, se encontraron varios caballos, vehículos y utillaje.

Practicada entrada y registro el 8/7/2011 en el local de CIENYCERO. en la carretera de Campo Real, km 1.3 Zoco La Pobeda. Planta2, despacho 1. Arganda del Rey (folios 2332 y ss), se encontraron los siguientes efectos;

Se requiere a las 2 personas para que faciliten la documentación que pueda estar relacionada con el presente procedimiento y entregan:

- Archivador con la inscripción GEORMADR1D, del que. se extrae documentación consistente en autorización a Ivan Andres por parte de Ignacio Valentin, sin firmar y de fecha uno de abril de 2009 y copia de escritura de constitución con número de protocolo 295 de 2009 de fecha 18 de febrero de 2009.

- Archivador con la inscripción " Primitivo Millan laboral" donde se recoge autorización dirigida a la agencia tributaria de Primitivo Millan a favor de Ivan Andres de fecha 4 de mayo de 2011.

- Del mismo archivador anterior folio con fotocopia del DNI de Avelino Javier .

- Del mismo archivador, folio con fotocopia del DNI de Gines Artemio y Soledad Jacinta.

De uno de los ordenadores se graban los archivos que se consideran relacionados con la investigación, y de otro ordenador se extraen archivos que se gravan también en otros discos. La documentación queda en poder de la fuerza actuante.

Practicada entrada y registro el día 5/7/2011 en Costada, en la sede social de TRANSPINELO (folios 1049 y ss), se encontró diversa maquinaria y vehículos.

Practicada entrada y registro el 4/7/2011 en la sede social de TRANSPINELO. en la calle Raya de Vejilla. sin número, Coslada (folios 1054 y ss), se interviene maquinaria, utillaje industrial y diversa documentación.

Practicada entrada y registro en las dependencias de la empresa TRANSPINELO en la calle Raya de Velilla sin número, el día 6/7/2011 (folios 931 y ss), se intervinieron diversos vehículos, maquinaria y efectos industriales.



www.civil-mercantil.com

Practicada entrada y registro el día 7/7/2011 en la calle Raya de Velilla número 2, con entrada de coches por calle San Valentín (folios 950 y ss), alquilada por TRANSPINELO, fue ocupada diversa maquinaria.

Practicada entrada y registro el día 14/7/2011 (folios 2402 y ss) en el terreno vallado anexo al bar restaurante Valentín en el Polígono industrial de la Raya de Velilla, con entrada por calle Valentín y calle Canteras, en Velilla de San Antonio, se intervinieron maquinaria, vehículos y utillaje industrial.

Practicada entrada y registro el día 29/6/2011 en el domicilio de la AVENIDA000NUM020 , de Mejorada del Campo (folios 2341 y ss), domicilio de Remigio Gumersindo. fueron intervenidos diversos efectos, alianzas de matrimonio, documentación y vehículos, así como 1.400 euros en billetes de 50 dentro de uno de los coches. >>[sic]

Segundo.

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS:

I.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a:

1.- a) Avelino Javier, en su calidad de autor responsable de un delito ya definido contra la salud pública, de sustancia estupefaciente que causa grave perjuicio para la salud (cocaína), en cantidad de notoria importancia, en organización, ostentando la jefatura, mediante el uso de buque y simulación de operaciones comerciales internacionales, a la pena de TRECE AÑOS, SEIS MESES de prisión y multa de 775.633.440 €.

b) En su cualidad de autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar ya definido del artículo 468.1 del Código Penal al pago de multa de VEINTICUATRO MESES a razón de 10 € día .

c) Y en su cualidad de autor responsable de un delito de falsificación en documento oficial ya definido de los artículos 392 en relación con el 390.1.1º del Código Penal , a la pena de SEIS MESES DE PRISION y multa de SEIS MESES a razón de 10 €, mínimo previsto dada la escasa entidad de la utilidad acreditada del mismo..

2.- Remigio Gumersindo en su calidad de autor responsable de un delito ya definido contra la salud pública, de sustancia estupefaciente que causa grave perjuicio para la salud (cocaína) en cantidad de notoria importancia, en organización, mediante el uso de buque y simulación de operaciones comerciales internacionales, a la pena de DIEZ AÑOS, SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION y multa de 775.633.440 €.

3.- Landelino Valeriano a) en su calidad de autor responsable de un delito ya definido contra la salud pública, de sustancia estupefaciente que causa grave perjuicio para la salud (cocaína) en cantidad de notoria importancia, en organización, mediante el uso de buque y simulación de operaciones comerciales internacionales, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISION y multa de 775.633.440 €.

b) En su cualidad de autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar ya definido del artículo 468.1 del Código Penal al pago de multa de DOCE MESES a razón de 10 € día .

4.- Ignacio Valentin, en su calidad de autor responsable de un delito ya definido contra la salud pública, de sustancia estupefaciente que causa grave perjuicio para la salud (cocaína)



www.civil-mercantil.com

en cantidad de notoria importancia, en organización, mediante el uso de buque y simulación de operaciones comerciales internacionales, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISION y multa de 775.633.440 €.

5.- la entidad TRANSPINELO S.L. por su participación como instrumento jurídico en los términos ya definido respecto del delito contra la salud pública asimismo concretado a su DISOLUCIÓN con perdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de realizar actividad comercial alguna , y al pago de la MULTA de 775.633.440 €.

6.- la entidad GEORMADRID MACHINERY S.L. por su participación como instrumento jurídico en los términos ya definido respecto del delito contra la salud pública asimismo concretado a su DISOLUCION con perdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de realizar actividad comercial alguna , y al pago de la MULTA de 775.633.440 €.

7.- la entidad INVESTISSIMETN TRANS SPAIN AFRICA S.A. (ITSA), por su participación como instrumento jurídico en los términos ya definido respecto del delito contra la salud pública asimismo concretado la prohibición de realizar actividades comerciales en España por tiempo máximo de 5 años , y al pago de la MULTA DE 775.633.440 €.

II.- Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a:

1.- El procesado Gines Artemio, al no haber quedado suficientemente acreditados los hechos que se le imputaban para contradecir el principio de presunción de inocencia.

2.- La procesada Candida Belinda, al no haber quedado suficientemente acreditados los hechos que se le imputaban para contradecir el principio de presunción de inocencia.

III.- A los procesados condenados les serán de aplicación lassiguientes:

A Avelino Javier, Remigio Gumersindo Y Landelino Valeriano, la pena accesoria de inhabilitación absoluta.

Y a Ignacio Valentin la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria, comercio por el tiempo e condena.

A los procesados condenados les será de aplicación el tiempo de prisión provisional cumplido siempre que no se haya aplicado para el cómputo de cumplimiento de otra responsabilidad penal.

IV.- Que asimismo procede acordar el comiso de los efectos intervenidos, dinero, vehículos, maquinaria y demás bienes, que figuran incluidos en la transcripción de las actas de entrada y registro y que fueron intervenidos a los procesados en sus detenciones, a excepción de los correspondientes a los procesados absueltos, así como los que figuran detallados en la relación de bienes contenida en los hechos probados.

V.- Los procesados condenados y las entidades asimismo objeto de condena deben satisfacer las costas del proceso, que se imponen proporcionalmente declarándose de oficio las correspondientes a los dos procesados absueltos. >>[sic]

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

El recurso interpuesto por Avelino Javier se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Al amparo del artº. 5.4º de la L.O.P.J., por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia (art. 24. 2º CE), al secreto de las comunicaciones (artº. 18.3 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y, a Juez predeterminado por la Ley (art. 24. 2º CE).

Segundo.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24 de la Constitución española.

Tercero.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24 de la Constitución española.

Cuarto.- Al amparo del artº. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida aplicación del artº. 392, en relación con el artº. 390.1.1º, ambos del Código Penal, en relación con el delito de falsificación en documento oficial.

Quinto.

El recurso interpuesto por Remigio Gumersindo se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Al amparo del artº. 5.4º de la L.O.P.J., por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia (art. 24. 2º CE), al secreto de las comunicaciones (artº. 18.3 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y, a Juez predeterminado por la Ley (art. 24. 2º CE).

Segundo.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24 de la Constitución española.

Tercero.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24 de la Constitución española.

Cuarto.- Al amparo del artº. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del subtipo agravado de organización delictiva, del artº. 369 bis del Código Penal.

Quinto.- Al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por falta de aplicación del artº. 16 del Código Penal, participación en grado de tentativa.

Sexto.

El recurso interpuesto por Landelino Valeriano se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del artº. 18. 3º de la Constitución española, derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Segundo.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia el artº. 24. 2º de la Constitución española.

Tercero.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art.º 24. 2º de la Constitución española.

Cuarto.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del artº. 24. 1º de la Constitución española.



www.civil-mercantil.com

Quinto.- Al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los arts. 368, 369. 5º, 369 bis y 370 del Código Penal.

Séptimo.

El recurso interpuesto por Ignacio Valentin se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. y del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artº. 24.1º de la Constitución española.

Segundo.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. y del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24. 2º de la Constitución española.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 368, 369. 5º, 369 bis y 370, todos ellos, del Código Penal.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 16 y 62 del Código Penal.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de los arts. 29 y 63 del Código Penal.

Octavo.

El recurso interpuesto por "TRANSPINELO, SL" se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Al amparo del artº. 5.4º de la L.O.P.J., por infracción del derecho a la presunción de inocencia, del artº. 24. 2º de la Constitución española.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artº. 24.2º de la Constitución española.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al Juez predeterminado por la ley de los artsº. 120 y 23 de la Constitución española.

Cuarto.- Por infracción de preceptos constitucionales, al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del derecho a la presunción de inocencia (artº. 24. 2º), del derecho al secreto de las comunicaciones (artº. 18.3) y del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artº 18.2), todos ellos de la Constitución española.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del subtipo agravado de organización delictiva del art. 369 bis del Código Penal, y de extrema gravedad por uso de buque (art. 370 CP) y de la aplicación de los arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater CP, en relación con la organización criminal.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación del artº 16 del Código Penal, participación en grado de tentativa.

Séptimo.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



www.civil-mercantil.com

Octavo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho de defensa del artº. 24. 2º del Código Penal.

Noveno.

El recurso interpuesto por "GEORMADRID MACHINERY SL" se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la defensa del artº 24. 2º de la Constitución española.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artº. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº 24. 2º de la Constitución española.

Décimo.

El recurso interpuesto por "INVESTISSIMENT TRANS SPAIN AFRICA, SA (ITSA)" se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho de defensa, del artº 24. 2º de la Constitución española.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5. 4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24. 2º del texto constitucional.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los arts. 368, 369. 5º, 369 bis, 370 y 31 bis, todos ellos del Código Penal.

Decimoprimer.

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal, en informe de fecha 10 de marzo de 2015, solicitó la inadmisión de todos los motivos de los recursos interpuestos y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

Decimosegundo.

Por Providencia, de 20 de mayo de 2015, se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para la deliberación, el pasado día 2 de junio de 2015. Por resolución, de fecha 3 de junio siguiente, se decretó la suspensión del término para dictar sentencia, interesando a las partes personadas que manifestaran, en el plazo de ocho días, lo que estimasen oportuno a la vista de las modificaciones legales en el Código Penal establecidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, habiendo presentado escrito la Procuradora Sra. Blanco Martínez, en representación de "TRANSPINELO SL" y el Ministerio Fiscal.



www.civil-mercantil.com

Decimotercero.

Por resolución, de 7 de septiembre de 2015, se declaró de nuevo el recurso admitido y concluso, señalándose el 1 de octubre de 2015 para la deliberación y decisión del mismo. Teniendo en cuenta la complejidad y novedad del tema objeto de estudio, así como el volumen de las actuaciones, la Sala acordó suspender el plazo para dictar sentencia por Auto de fecha 2 de octubre de 2015 y, someter las cuestiones, a un Pleno Jurisdiccional de la Sala, el cual tuvo lugar el 17 de diciembre de 2015, habiéndose prolongado la deliberación hasta el día de hoy.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS:

A) RECURSO DE Avelino Javier:

Primero.

El recurrente, condenado por la Sentencia de instancia como autor de un delito contra la salud pública, otro de falsificación de documento oficial y un tercero de quebrantamiento de medida cautelar a las penas respectivas de trece años y seis meses de prisión y multa, seis meses de prisión y multa y otra multa más, apoya su Recurso en cuatro diferentes motivos, de los que los tres primeros denuncian, con base en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la vulneración de los siguientes derechos fundamentales:

1) El derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), por haberse obtenido, según quien recurre, las correspondientes autorizaciones de las intervenciones telefónicas que encabezan las presentes actuaciones mediante el procedimiento fraudulento, seguido por los funcionarios policiales, de ocultar que las mismas ya habían sido rechazadas por otros órganos judiciales a los que se les habían dirigido similares solicitudes con anterioridad.

La Sentencia recurrida ya se ocupó de dar cumplida respuesta a semejantes planteamientos, en concreto en su Fundamento Jurídico Primero, con argumentos que se comparten íntegramente y que han de ser tenidos por reproducidos en esta sede casacional.

En efecto, en dicha Fundamentación se señala cómo las diferentes solicitudes de práctica de distintas diligencias probatorias, no sólo de intervenciones telefónicas, no suponen en modo alguno la reiteración en búsqueda fraudulenta de una autorización final, eludiendo decisiones previas en sentido negativo adoptadas por diversos Instructores, sino que, antes al contrario, se trataba de investigaciones distintas, seguidas como consecuencia de otras tantas actividades delictivas en las que se disponía de información de que podían haber sido cometidas, todas ellas, por el propio recurrente y otras personas de su círculo o con las que mantenía relación.

Así, las primeras diligencias en orden cronológico, ante el Juzgado número 1 de Coslada, (DP 1902/2010) y que dieron origen a una denegación de la solicitud de intervenciones telefónicas por dicho Juzgado por no considerarlas propias de la investigación del delito investigado, consistente en un supuesto delito de blanqueo de capitales del que podrían ser autores el recurrente y otras personas próximas a él, y resultar suficientes a tal efecto, a juicio del Instructor, los requerimientos a varias entidades financieras, a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, para que facilitara la información a la Unidad Policial correspondiente, acerca de las actividades



www.civil-mercantil.com

empresariales de los investigados que pudieran, o no, justificar los cambios de titularidad y adquisiciones de vehículos y maquinaria a los que hacía alusión el oficio remitido al Juzgado.

A su vez, en segundo lugar, las solicitudes de apertura de diligencias previas y, en su seno, de intervenciones telefónicas, dirigidas al Juzgado Central de Instrucción número 2, se correspondían con la comisión de un supuesto delito de tráfico de drogas, con introducción en nuestro país de grandes cantidades de cocaína procedente de Argentina, que se atribuía a Avelino Javier.

El Juzgado denegó dicha autorización, en cuya solicitud se mencionaba la anterior actuación ante el Juzgado de Coslada y se facilitaban nuevos datos sobre vigilancias mantenidas y comprobaciones llevadas a cabo por los funcionarios policiales, a la vez que se justificaba la necesidad de las intervenciones de comunicaciones con base en el hecho de que los investigados pudieran tener conocimiento de que ya eran objeto de seguimiento por el anterior Juzgado de Instrucción.

El órgano destinatario de esas solicitudes resolvió (DP 347/2010), denegar lo interesado por su falta de competencia objetiva al no existir, a su juicio, razones fundadas para afirmar que se estaba ante una verdadera organización criminal además de que, a mayor abundamiento, tampoco se consideraban suficientes para la práctica de las diligencias las razones expuestas en los oficios recibidos.

Por su parte, El Juzgado Central de Instrucción número 6, a instancia de la Fiscalía Especial Antidroga, abriría nuevas Diligencias (DP 68/2011, de las que procede el presente Procedimiento), en las que se remitió al Juzgado nueva solicitud de intervenciones telefónicas, pero en este caso en referencia a la investigación seguida por la desaparición de un helicóptero decomisado que había sido sustraído, se suponía que para dedicarle a actividades de tráfico de drogas, en la que se había detectado que podría participar el llamado Heraclio Fermin porque éste había adquirido ciertas piezas necesarias para la reparación de dicho helicóptero.

Se vinculó con tales hechos a Felix Maximino, del que ya se tenían informaciones previas que le relacionaban con una organización dedicada al narcotráfico y radicada en la provincia de Madrid quien, además, había sido detectado, en varias ocasiones, en compañía del aquí recurrente, concretamente en controles efectuados en Marsella, en el aeropuerto de Málaga procedentes de un vuelo con origen en Venezuela así como en la aduana de la localidad francesa de San Martin de Creu portando gran cantidad de dinero en efectivo.

Concluyendo los investigadores en que Avelino Javier, que había sido previamente no sólo con el ya citado Felix Maximino sino también con otra persona llamada Inocencio Basilio, formaba parte, con Heraclio Fermin, de una organización que introducía en España, utilizando el helicóptero mencionado y varias avionetas, cantidades de hachís y que estaban preparando, según informaciones recibidas, una gran operación de introducción de un alijo de cocaína en nuestro país.

Sería el Juzgado Central de Instrucción número 5, en funciones de Guardia, quien, en Resolución de 15 de Marzo de 2011 (DP 60/2011) y acogiendo las razones expuestas por la Policía apoyadas por el Informe del Ministerio Fiscal, accediera finalmente a la autorización de las intervenciones que ahora se cuestionan, en referencia tanto a Heraclio Fermin como a Avelino Javier y a otras personas del círculo familiar de éste, posibles autores de los graves ilícitos objeto de investigación, y remitiendo las actuaciones, una vez acordadas las medidas urgentes interesadas, al Juzgado Central de Instrucción número 6 para su incorporación a las actuaciones seguidas por éste, a que, tras una inicial inhibición en favor del Juzgado Central de Instrucción número 2, rechazada por éste por Auto de 23 de Marzo de 2011, acabó haciéndose cargo de las mismas prosiguiendo con su tramitación en el seno de las referidas DP 68/2011 de las que finalmente trae causa el procedimiento que nos ocupa.



www.civil-mercantil.com

En definitiva, de una tal descripción de lo acontecido es obvio que decaen los argumentos del Recurso, imputando a la actuación policial un ánimo de engaño, en concreto reiterando ante distintos Juzgados una misma solicitud de intervenciones telefónicas hasta conseguir lo que previa y repetidamente le había sido denegado porque ni los hechos en los que se apoyaban las distintas peticiones eran los mismos (supuesto delito de blanqueo ante el Juzgado de Coslada y diferentes operaciones tráfico de drogas en los Juzgados Centrales número 2 y 6, puesto que el número 5 intervino tan sólo en funciones de Guardia e inmediatamente envió lo actuado al número 6) ni existió ocultación alguna de solicitudes anteriores (toda vez que el Juzgado Central de Instrucción número 6 tuvo conocimiento desde un inicio, por mención expresa, de las actuaciones previas en Coslada y entre el número 2 y el 6 de los Centrales de Instrucción se mantuvo, incluso, un debate acerca de su respectiva competencia).

En realidad, serían las diversas y plurales actividades delictivas en las que se encontraban implicados el recurrente y el círculo de personas con él relacionadas o, al menos, la diversidad de supuestos en los que se le atribuía una participación bastante para proceder a su investigación, lo que explica la complejidad y relación entre las distintas actuaciones que le afectaban y que han quedado descritas.

Como, por otra parte, también se advierte, con todo lo relatado, las sobradas razones que existían, cuando se acuerdan las diligencias de intervención de las comunicaciones, para justificar las mismas y no existe tacha alguna, en este momento al menos, respecto de adecuado control al que se sometió su práctica, es consecuencia lógica la desestimación de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones alegada.

2) El derecho a la intimidad, en su versión de la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), habida cuenta de que la realización de la diligencia de entrada y registro en la vivienda del recurrente, aunque llevada a cabo mediando la oportuna autorización judicial, no habría cumplido con los requisitos necesarios para otorgarle la necesaria validez probatoria ya que el recurrente, en ese momento privado de libertad y presente en el registro de su morada, no fue asistido en dicha práctica por si Abogado defensor.

A tal respecto sólo se precisa recordar la reiterada doctrina de esta Sala, contenida en numerosas Resoluciones, entre otras las SSTS 773/2013, de 22 de Octubre, o 187/2014, de 10 de Marzo, que insisten en la inexistencia de la obligación legal de dicho requisito para otorgar el valor probatorio a los resultados de una diligencia semejante, bastando con la necesaria presencia del propio detenido en esta ocasión debidamente cumplida al igual que aconteció con el resto de los registros realizados en las viviendas de los otros condenados, para concluir en el nuevo rechazo de la argumentación del Recurso en este extremo.

3) El derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por la inexistencia de pruebas suficientes para sustentar la condena de Avelino Javier.

Baste, para dar respuesta a tal alegación, recordar cómo la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra suficiente para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma,



www.civil-mercantil.com

lleva a cabo el Tribunal "a quo" de manera absolutamente lógica y razonable, no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y, en este caso, nos encontramos con una argumentación, contenida esencialmente en los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo de la Resolución de instancia, en los que se exponen las razones por las cuales el Tribunal "a quo" considera debidamente fundada su convicción condenatoria, con base en las pruebas practicadas, declaraciones de los acusados, testificales, periciales, documentales y, de forma muy significativa, el contenido de las comunicaciones telefónicas intervenidas y los resultados de los registros domiciliarios.

Realmente, la denunciada infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia viene a ser tributaria, en este caso, de las precedentes pretensiones, ya abordadas, por las que se interesaba la declaración de nulidad del material probatorio procedente tanto de las "escuchas" telefónicas como de los registros domiciliarios, por lo que la desestimación de aquellas alegaciones conduce naturalmente a la de ésta.

Junto a lo anterior, también se cuestiona en el Recurso la acreditación de la naturaleza de la sustancia ocupada y demás características resultantes de su análisis en la República de Venezuela, ya que se afirma que ni se respetaron las exigencias de conservación de muestras, etc., que rigen para esta clase de actividades probatorias, de acuerdo con la legislación de aquel país, ni existen garantías en cuanto al rigor en la "cadena de custodia".

A propósito de tales planteamientos, la Sala de instancia ya ofreció las razones para su rechazo, afirmando acertadamente que no sólo no se exponen razones concretas que hagan sospechar de una alteración, sustitución, confusión, etc. entre la sustancia ocupada y la que fue objeto de análisis, por lo que no cabe atender al respecto a una mera duda genérica y carente de concreto fundamento (recuérdese que estamos además ante un alijo de nada menos que varias toneladas de cocaína lo que limita extraordinariamente las posibilidades de un error en la identificación y seguimiento de la misma), sino que tampoco hay constancia en orden a ninguna clase de irregularidades o defectos en el proceso de pesaje y análisis de dicha droga, teniendo en cuenta por otro lado que comparecieron al acto del Juicio oral funcionarios policiales venezolanos que, a preguntas de las partes, explicaron cumplidamente el procedimiento llevado a cabo en este sentido, aclarando todas las posibles dudas que pudieran haber en este punto, sin que de ello se desprendiera tampoco apoyo alguno a las tesis de quien recurre.

En definitiva, la Sala dispuso, en este caso, de pruebas plenamente conformes, practicadas con todos los requisitos legales. Pruebas, por consiguiente y en definitiva, todas ellas válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar el Fallo condenatorio respecto del recurrente, que frente a todo ello se extiende, en su Recurso, en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, con lo que, en definitiva, se aleja del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste en el que, como ya dijimos, la razonabilidad de la valoración realizada por la Audiencia nos veda la posibilidad de alterar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal "a quo".

Razones, todas ellas, por las que estos tres motivos iniciales han de desestimarse.

Segundo.

Por su parte, en el motivo Cuarto se alega la presencia de una infracción de ley (art. 849.1º LECr) por incorrecta aplicación del artículo 390.1 1º del Código Penal, toda vez que el documento que se dice falsificado no era propiamente un documento oficial de identidad, la alteración de la fecha de expedición y caducidad no es sustancial y que su origen era



www.civil-mercantil.com

venezolano por lo que para el enjuiciamiento del posible delito no serían competentes los Tribunales españoles.

Pero, a este respecto, conviene recordar que el cauce casacional ahora utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone tan sólo la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal, sin que sea posible, por esta vía, volver a cuestionar el fundamento y prueba de tales Hechos.

Labor que, por lo tanto, ha de partir en todo caso de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que inicialmente le es propia.

Y en este sentido, es clara la improcedencia también del motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, toda vez que integra los elementos propios de la infracción objeto de condena, tanto en lo que atañe al evidente carácter de documento oficial de un permiso internacional para la conducción de vehículos a motor (SSTS de 6 y 11 de Julio de 1990, 13 de Mayo de 1992 o 29 de Marzo y 30 de Abril de 1993, por citar sólo algunas), expedido por la Autoridad competente venezolana, como acerca del carácter esencial de su fecha de caducidad puesto que con ella se marca, ni más ni menos, que la dimensión temporal de la efectividad en cuanto a la autorización que el documento representa (SSTS de 27 de Abril de 1992 o 22 de Enero de 1996, entre otras).

Mientras que, por lo que se refiere a la ausencia de jurisdicción y competencia de los Tribunales españoles para enjuiciar una conducta que, en todo caso, habría sido cometida fuera de nuestras fronteras, lo cierto es que no existe razón que sustente tal afirmación, por lo que la sanción por los Tribunales españoles de semejante conducta falsaría por parte de Avelino Javier que, por otro lado, no podía permanecer ignorante ni ajeno a una alteración sustancial de un documento personal como el permiso de conducción que llevaba incorporada su propia fotografía, incluso en el caso de que el no fuera el autor material de la mendacidad pues, como con reiteración tenemos dicho (vid. por ej. SSTS de 28 de Mayo de 2006 y 31 de Octubre de 2007), no nos hallamos ante un tipo delictivo "de propia mano", resulta también de todo punto correcta.

Procediendo, por consiguiente, la desestimación del motivo y, con él, la del Recurso en su integridad.

B) RECURSO DE Remigio Gumersindo:

Tercero.

El segundo Recurso, interpuesto por quien también fue condenado por la Audiencia como autor de un delito contra la salud pública a las penas de diez años, seis meses y un día de prisión, incluye cinco motivos, los tres iniciales relativos a la vulneración de derechos fundamentales (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr, en relación con el 18.3 y el 24.2 CE), en todo semejantes en su argumentación a los mismos ordinales del Recurso anterior, por lo que la respuesta dada a los mismos en nuestro primer Fundamento Jurídico debe tenerse por reiterada para la desestimación de éstos.

A su vez, los dos últimos motivos del Recurso, el Cuarto y el Quinto, hacen referencia a sendas infracciones de Ley, a saber:



www.civil-mercantil.com

1) Una primera consistente en la indebida aplicación del artículo 369 bis del Código Penal, habida cuenta de que no se dan los requisitos necesarios para integrar el contenido de la organización dedicada a la comisión de delitos contra la salud pública ni tampoco para afirmar la condición de jefe de la misma del recurrente (motivo Cuarto).

Desde el obligado respeto al "factum" de la recurrida, propio de un motivo de la naturaleza del presente, se advierte cómo en el mismo se describe tanto la existencia de una verdadera organización delictiva, con presencia de todos los requisitos necesarios para ello, de la que formaba parte el recurrente como la posición del mismo en la jefatura de dicha organización.

Así, por un lado, el relato de hechos recoge la existencia de un grupo de personas, dirigidas por Avelino Javier, que planificaba operaciones de tráfico de drogas, valiéndose para ello de empresas mercantiles, con una estructura jerarquizada en la que venían atribuidos cometidos concretos a cada uno de los miembros, que mantenía contactos sólidos con organizaciones delictivas, radicadas en otros países y que les proveían de la substancia de comercio prohibido, encubriendo su actividad mediante la realización de operaciones de exportación y posterior importación de maquinaria, con el empleo de los medios necesarios para ello. Lo que sin duda cumple los requisitos necesarios para la existencia de la organización delictiva a la que alude el precepto cuya aplicación se cuestiona y que la Jurisprudencia desarrolla en Resoluciones como la STS 906/2014, de 23 de Diciembre.

En tanto que la presencia de Remigio Gumersindo en dicha organización se caracteriza, según la narración, por tratarse de quien sustituía a Avelino Javier, ejerciendo funciones de mando cuando aquel se ausentaba de nuestro país, interviniendo directamente en los trámites para el envío de las máquinas que regresarían con la droga oculta en su interior y, en definitiva, impartiendo instrucciones junto con el manejo de importantes cantidades de efectivo.

2) En segundo lugar, la del artículo 16 del Código Penal puesto que los hechos enjuiciados, en todo caso, tan sólo constituirían un delito en grado de tentativa (motivo Quinto), ya que el recurrente no conocía que las máquinas exportadas tenían como destino regresar a España con droga oculta en su interior y nunca tuvo verdadera disponibilidad sobre ésta (sic).

Evidentemente no es sólo ya que resulta extraordinariamente difícil encontrar un espacio, dentro de la tipicidad del delito contra la salud pública y dada su naturaleza como infracción de mera actividad, para supuestos de ejecución imperfecta, sino que el Recurso, en este momento, lo que en realidad pretende, como se aprecia con la lectura de sus alegaciones, es cuestionar la valoración probatoria llevada a cabo por los Jueces "a quibus", que atribuyeron a Remigio Gumersindo el pleno conocimiento de la operación ilícita y la contribución a su ejecución de forma protagonista, ignorando para ello la literalidad del relato de hechos, en este momento de obligado respeto, y sin que pueda tampoco alegarse la circunstancia de la incautación de la droga en Venezuela, puesto que lo cierto es que él, como el resto de la organización, ya había ostentado, antes de ello, la disposición, siquiera mediata, de la sustancia lo que, como sabemos, supone la consumación del delito.

En consecuencia procede la desestimación de todos los motivos del Recurso.

C) RECURSO DE Landelino Valeriano:

Cuarto.

Este Recurso, interpuesto por quien fue condenado como autor de un delito contra la salud pública y otro de quebrantamiento de medida cautelar a las penas de nueve años de prisión y multa y otra multa, formula cinco distintos motivos, los cuatro primeros, con cita del



artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, referentes a otras tantas infracciones de derechos fundamentales, en concreto:

1) La del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), por ausencia de datos suficientes para la autorización de las intervenciones telefónicas practicadas en su día y el hecho de que se dirigiera la solicitud de la misma a un órgano jurisdiccional diferente de aquel a quien correspondía la competencia para otorgarla (motivo Primero).

A la segunda de tales alegaciones, la vulneración del derecho al Juez legalmente predeterminado como competente para autorizar la práctica de las intervenciones, ya se ha dado suficiente respuesta, con una conclusión desestimatoria, en el anterior apartado 1) del Fundamento Jurídico Primero de esta Resolución.

Y otro tanto podría decirse respecto del primer argumento, pues los contenidos de las sucesivas de solicitudes de autorización para la injerencia en el derecho fundamental eran más que suficientes para otorgar ésta, como se decidió por el Juzgado Central de Instrucción número 5 en funciones de guardia, en su día, al hacer referencia a hechos como los que dieron primeramente origen a las Diligencias Previas seguidas ante el Juzgado número 1 de Coslada y, con posterioridad, en las de los Juzgados Centrales números 2 y 6, entre los que se hallaban la constancia de preparativos para la ejecución de operaciones internacionales de tráfico de drogas, la ocupación de trescientos kilos de hachís en poder de uno de los sospechosos, la disposición por los investigados de grandes cantidades de efectivo, cuyo origen se desconocía, o la desaparición de un helicóptero que previamente había sido objeto de decomiso y la adquisición de piezas necesarias para su reparación, todo ello contando con la participación de los diferentes sospechosos, de los que también constaban sus estrechas vinculaciones, cuyas comunicaciones se pretendía intervenir para el completo esclarecimiento de los hechos.

Datos los mencionados, junto con otros de menor trascendencia pero no por ello irrelevantes, que por su carácter objetivo y constatable, daban plena cobertura a la procedencia y necesidad de la práctica de dichas diligencias.

2) La del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en vinculación con el motivo anterior, pues la nulidad de las intervenciones supondría la carencia de pruebas bastantes para sustentar el pronunciamiento condenatorio (motivo Segundo).

Por ello, la desestimación de aquel motivo conduce inexorablemente a la de éste.

3) La del derecho a un proceso con garantías (art. 24.2 CE), dadas las irregularidades del análisis químico de la sustancia ocupada realizado en Venezuela (motivo Tercero).

Una vez más el contenido del motivo coincide con alegaciones planteadas anteriormente en los Recursos ya examinados (Terceros de Avelino Javier y de Remigio Gumersindo), por lo que éste habrá de seguir el mismo destino desestimatorio de aquellos.

4) La del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por ser la motivación de la recurrida para sostener el pronunciamiento condenatorio insuficiente, ilógica e irracional (motivo Cuarto).

Lejos de tales afirmaciones, con la sola lectura de la motivación que es objeto de crítica se comprueba la solidez de la misma que acerca de Landelino Valeriano basa su condena por ser el acompañante del máximo responsable de la organización, Avelino Javier, en sus viajes al extranjero, el apoyo que le prestaba en la logística de los mismos, en la preparación y desplazamiento de los envíos de la maquinaria exportada, de su prolongada estancia en Venezuela con el único objetivo plausible de la intervención en la operación de tráfico ilícito y, en concreto, por haber recibido una llamada telefónica de Remigio Gumersindo, tras ser incautada la cocaína en Venezuela, indicándole que retirase la batería de su teléfono para evitar la localización.



www.civil-mercantil.com

De esta forma los motivos se desestiman.

Quinto.

A su vez, el Quinto y último motivo de este Recurso alude a la infracción de Ley (art. 849.1º LECr) consistente en la indebida aplicación de los artículos 368, 369. 5º y 370 del Código Penal, que describen el tipo delictivo objeto de condena.

Parte para ello el recurrente de la afirmación de que su participación en los hechos fue tan insignificante que, aunque no se cuestione la existencia de organización ni el carácter de la "extrema gravedad" del ilícito (art. 370 CP), por la utilización de un buque y la simulación de una operación de comercio internacional, además de la gran cantidad de la droga objeto del tráfico (varias toneladas de sustancia), no le resultaría aplicable, máxime dada su condición de simple subalterno, dicha forma agravada.

Ateniéndonos, una vez más, a la literalidad de la narración de hechos probados, constatamos no sólo que dicho carácter subalterno no es cierto, ni tampoco que su participación pudiera considerarse insignificante, sino que además, aunque lo fuera, basta con llevar a cabo los actos que se le atribuyen, con pleno conocimiento de la concurrencia de la referida gravedad, para que, independientemente de su concreta contribución, pueda aplicársele el referido subtipo que se combate (vid. STS 503/2012, de 5 de Junio).

Por lo tanto motivo y Recurso, en su integridad, se desestiman.

D) RECURSO DE Ignacio Valentin:

Sexto.

Este recurrente, también condenado como autor de un delito contra la salud pública a las penas de nueve años de prisión y multa, hace referencia a otros cinco motivos, de los que los dos primeros se refieren, una vez más, a vulneraciones de derechos fundamentales (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr) tales como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), girando en ambos casos la argumentación en torno a la falta de razonabilidad de la valoración llevada a cabo por la Audiencia sobre el material probatorio disponible.

Cuestión que ya se ha abordado al analizar diversos motivos de los Recursos precedentes, de modo que no es necesario reiterarnos en ellos, pues resultan igualmente predicables de los aspectos conducentes a la condena de Ignacio Valentin, para concluir en idéntico destino desestimatorio.

Así, en cuanto a la supuesta infracción del derecho a la presunción de inocencia, directamente relacionada con la del derecho a la tutela judicial efectiva, ha de hacerse constar que quedó plenamente acreditado, en virtud de las pruebas disponibles, válidas y eficaces, que, al margen de otros actos de colaboración, Ignacio Valentin era la persona materialmente responsable de la empresa ITSA, al margen de que un sobrino suyo figurase formalmente como Administrador de la misma, y que, en esa condición, fue quien preparó el intento inicial de envío de la maquinaria por la referida empresa antes de que, al no estar la misma radicada en nuestro país, tuviera que acudir a realizar la operación a través de TRANSPIELO S.L., incluyendo contactos con el representante de la empresa CRISMAR, que era la encargada de la recepción de las máquinas en Venezuela, para, ulteriormente, actuar también como Administrador único de GEORMADRID MACHINERY, entidad destinataria del reenvío de las mencionadas máquinas a España, ya cargadas con la droga, y que carecía de actividad alguna real.



Por lo que, al no existir las referidas infracciones de derechos fundamentales, los motivos han de desestimarse.

Séptimo.

Por último, los motivos restantes, Tercero a Quinto, de este Recurso versan sobre tres infracciones de Ley (art. 849.1º LECr) por la incorrecta aplicación de los artículos 368, 369. 5º, 369 bis y 370, relativos al delito agravado contra la salud pública (motivo Tercero), 16 y 62, acerca de la tentativa (motivo Cuarto), y 29 y 63, que contemplan la complicidad (motivo Quinto).

Con respeto estricto al contenido del "factum" de la recurrida, obligado en este momento como se sabe, hay que afirmar la procedencia de la desestimación de los motivos Tercero y Cuarto, porque vienen a reiterar pretensiones y razonamientos ya abordados a la hora de dar respuesta a motivos formulados en Recursos anteriores, con argumentos que aquí han de tenerse por reproducidos.

Mientras que, en cuanto al motivo Quinto, también hemos de aplicar un criterio desestimatorio pues, lejos de poder calificar la intervención del recurrente en los hechos enjuiciados como un supuesto de complicidad, lo cierto es que la condición de autor que le asigna el Tribunal de instancia se presenta como plenamente acertada, a la vista de los actos que le atribuye el "factum" de la recurrida y que acaban de describirse, siendo la persona que gestionaba tanto la empresa que pretendía inicialmente ser la exportadora de las máquinas de referencia como la que, sin actividad lícita alguna, iba a recibir aquellas a su regreso a nuestro país con su cargamento prohibido.

En consecuencia, los motivos y el Recurso, al igual que los anteriores, deben de ser también desestimados.

RECURSOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

E) RECURSO DE "TRANSPINELO S.L.":

Octavo.

La recurrente, persona jurídica declarada responsable por haber sido considerada instrumento para la comisión de un delito contra la salud pública y condenada por ello a las penas de disolución y multa de 775.633.440 euros, formula en su Recurso ocho diferentes motivos de los que los cuatro primeros y el Octavo hacen referencia a otras tantas vulneraciones de derechos fundamentales (art. 5.4 LOPJ), en concreto a:

1) La presunción de inocencia (art. 4.2 CE), dado que los registros domiciliarios llevados a cabo en su día en las viviendas de las personas físicas también condenadas en estas actuaciones como autoras del delito contra la salud pública originario son nulos por falta de asistencia letrada y no estar acreditado que Avelino Javier fuera administrador de hecho de la recurrente ni que Remigio Gumersindo haya suministrado datos de la entidad para la exportación de las máquinas en las que se ocultó la cocaína al regreso a nuestro país (motivo Primero).

2) A un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), porque la prueba practicada en Venezuela no respetó los requisitos necesarios y exigibles de acuerdo con la normativa existente en aquel país ni los principios procesales propios de nuestro ordenamiento patrio (motivo Segundo).



3) A la tutela judicial efectiva y al Juez legalmente predeterminado (art. 24.1 y 2 CE), ya que la policía solicitó la autorización de las intervenciones telefónicas al órgano que no le correspondía conocer de su concesión, dando con ello lugar a unas nuevas actuaciones, ante la denegación de aquellas por los Instructores a los que inicialmente se habían dirigido unas solicitudes anteriores (motivo Tercero).

4) A los derechos a la intimidad domiciliaria (art. 18.2 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), reiterando los argumentos ya expuestos en anteriores motivos de este Recurso y los formulados por las personas físicas condenadas (motivo Cuarto).

Motivos que merecen ser desestimados toda vez que, en primer lugar, en ellos se incluyen diversas cuestiones ya resueltas al dar respuesta a diferentes motivos de los Recursos de las personas físicas, tales como las relativas al valor de las pruebas practicadas tanto en Venezuela (ocupación y análisis de la droga) como en nuestro país (intervenciones telefónicas y registros domiciliarios), al debido respeto al Juez legalmente predeterminado o a la presunción de inocencia.

Mientras que, por lo que se refiere a la condición de administrador de hecho de la recurrente y de representante como administrador de derecho de la misma de las personas físicas autoras del delito contra la salud pública objeto de condena, la prueba ha de ser tenida como bastante, a la vista de las diligencias practicadas en el propio Juicio oral (declaraciones de los acusados, testificales, documental, etc.), debidamente valoradas por la Audiencia, pues en todas ellas se constata que la gestión de la aquí recurrente era llevada en la práctica por los autores del ilícito que da lugar posteriormente a la responsabilidad de TRANSPINELO S.L., cumpliéndose así los dos primeros requisitos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal, tanto en su redacción originaria de la LO 5/2010 como en la actualmente vigente tras la reforma operada por la LO 1/2015, a saber:

- La comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete, en este caso el delito contra la salud pública inventariado a tal efecto en el artículo 369 bis del Código Penal.

- Que las personas físicas autoras de dicho delito son integrantes de la persona jurídica, en esta ocasión como administradores de derecho y de hecho, respectivamente, de la misma.

Llegados a este punto y no sólo para completar el análisis de la necesaria acreditación de los diferentes requisitos exigidos para sustentar debidamente una conclusión condenatoria para la persona jurídica, respetuosa con el derecho de ésta a la presunción de inocencia, sino también a fin de cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, tratándose de materia tan novedosa como compleja, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas acordes con el sentido, naturaleza y finalidad del mismo, se considera de interés dejar aquí constancia de las siguientes precisiones:

a) Como ya se dijera en la STS núm. 514/15, de 2 de Septiembre de 2015, ha de reiterarse que "Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las



www.civil-mercantil.com

personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal."

De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.

b) Que, de acuerdo con todo ello y aunque en el presente procedimiento no haya sido materia de debate, ante la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente, es conveniente señalar, intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales confusiones interpretativas, que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una "excusa absolutoria", vinculada a la punibilidad, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una "excusa absolutoria" ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se



www.civil-mercantil.com

excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliances" o "modelos de cumplimiento", exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar.

No en vano se advierte cómo la recentísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la "cultura ética empresarial" o "cultura corporativa de respeto a la Ley" (pág. 39), "cultura de cumplimiento" (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP.

Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "cultura de cumplimiento" que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebíamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que "...la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación



www.civil-mercantil.com

respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP).

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.

Pues bien, como ya se dijo y centrándonos en el caso presente, la acreditada ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos en TRANSPINELO hace que, como consecuencia de la infracción contra la salud pública cometida por sus representantes, surja la responsabilidad penal para esta persona jurídica.

5) Al derecho de defensa (art. 24.2 CE), por no haberse respetado el derecho de la recurrente a la última palabra, previsto en el art. 739 LECr, ya que tan sólo se dio audiencia en el correspondiente momento procesal a la persona física representante legal de la recurrente, también acusada, que hizo uso de ese trámite en su exclusivo interés y no en el de su representada (motivo Octavo).

En este caso, a diferencia de los anteriores, podría pensarse, al menos inicialmente, que le asiste la razón a la recurrente pues, en efecto, se le habría privado del derecho a hacer uso, en su propia defensa, del referido trámite y, yendo aún más lejos, de poder ejercer plenamente ese derecho suyo a defender los intereses que le eran propios y exclusivos, distintos y hasta contradictorios con los de la persona física que en su nombre intervino a lo largo de todo el procedimiento.

Nos enfrentamos con ello ante un importante problema que la LO 37/2011, de 10 de Octubre, sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de la persona jurídica como eventual autora de delitos, no resolvió en su día.

Se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor.

La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo



www.civil-mercantil.com

en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. art. 31 quáter b) CP).

En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

Cuando además, de acuerdo con lo previsto en el art. 31 ter CP (anterior art. 31 bis.2 CP), la persona jurídica responderá "...aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" y, según apartado 3 del mismo precepto, incluso ante el "...hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia..." .

Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de "defensor judicial" de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al "director del sistema de control interno de la entidad" (el denominado también como "oficial de cumplimiento"), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala.

Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones.

Y todo ello incluso siempre que, a esas alturas, resultase ya ineficaz la decisión óptima de retrotraer las actuaciones no al acto del Juicio oral sino a su momento inicial, a fin de que la presencia plena del derecho de defensa de la persona jurídica a lo largo de todo el procedimiento se cumpliera, en aras a seguir la estrategia más favorable para ella en todas sus posibilidades, incluida la de la importante colaboración con las autoridades desde su inicio, para el completo esclarecimiento de los hechos o la reparación de los perjuicios ocasionados



www.civil-mercantil.com

por el delito (vid. atenuantes del art. 31 quáter, antes 31 bis.4, CP), finalidad determinante, dentro de criterios de política criminal, para la existencia del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica.

No obstante, tras dejar constancia para ulteriores ocasiones de tales exigencias, a las que tanto Jueces Instructores como Juzgadores habrán de prestar en futuros casos la oportuna atención, en el presente supuesto un pronunciamiento de nulidad semejante no procede, toda vez que no se concreta el perjuicio para la recurrente, constitutivo de verdadera indefensión, que hubiera podido sufrir, resultando además excesivamente complejo, inadecuado y, sobre todo, de escasa utilidad práctica, incluso por las razones que acaban de exponerse en el párrafo anterior, de modo que lo que ha de concluirse, a la postre, es en la desestimación del motivo, a causa de esa inutilidad práctica y ausencia de lesión efectiva de su derecho, sin perjuicio de que, como queda dicho y para futuras ocasiones, se haya de prestar atención a las anteriores consideraciones dirigidas a Jueces y Tribunales para que, en la medida de sus posibilidades, intenten evitar, en el supuesto concreto que se aborde, que los referidos riesgos para el derecho de defensa de la persona jurídica sometida a un procedimiento penal lleguen a producirse, tratando de impedir el que su representante en las actuaciones seguidas contra ella sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por otro lado, unas admoniciones semejantes así mismo deberían de servir de advertencia al Legislador para que remedie normativamente la posibilidad de que se produzcan situaciones indeseables de esta clase, con una regulación adecuada de la materia.

En definitiva y por las razones expuestas todos los motivos aquí examinados finalmente se deben desestimar.

Noveno.

Por su parte, en el motivo Séptimo del Recurso se plantea la existencia de un error de hecho (art. 849.2º LECr) en el que habría incurrido la Audiencia a la hora de valorar la prueba documental obrante en las actuaciones.

Pero, a la vista de que no se cita por quien recurre documento alguno cuyo contenido pudiera servir de base a la afirmación de la existencia del error valorativo evidente que se atribuye a la Sentencia recurrida, el motivo no merece otro destino que el desestimatorio.

Décimo.

Finalmente, los restantes motivos, Quinto y Sexto, del Recurso aluden a sendas infracciones de Ley (art. 849.1º LECr), consistentes en:

1) La indebida aplicación de los arts. 369 bis, 370, 570 bis, 570 ter y 570 quáter CP, que describen los delitos objeto de condena pues la recurrente es una persona jurídica, al tiempo de acaecimiento de los hechos enjuiciados con más de cien trabajadores, dedicada a actividades lícitas y en la que su administrador, y aquí condenado como autor del delito contra la salud pública, se limitó a gestionar la exportación de las máquinas a Venezuela, sin intervención en el posterior intento de su importación a nuestro país conteniendo la droga (motivo Quinto).

2) La indebida inaplicación del art. 16 CP, referente a la tentativa, pues no consta que la recurrente tuviera conocimiento del uso ilícito que fuera a darse a las máquinas en Venezuela (motivo Sexto), por lo que menos aún pudo llegar a tener disponibilidad alguna sobre la sustancia que las mismas portaban.



www.civil-mercantil.com

En ambos motivos el Recurso incurre en una clara confusión acerca de la tipicidad de la intervención de la persona jurídica recurrente, que no estriba exclusivamente en la comisión del delito contra la salud pública atribuida a sus administradores, de hecho y de derecho, infracción que opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno, sino en esa existencia de la infracción cometida por la persona física unida a la ausencia del debido control que le es propia a la jurídica, en los términos que describe el art. 31 bis (en su redacción coetánea a los hechos enjuiciados), como se corresponde con los criterios antes expuestos.

En tal sentido, desestimados los Recursos de esas personas físicas y, en definitiva, declaradas aquellas autoras de la infracción y, por otro lado, ausentes por completo cualesquiera medidas de control preventivo respecto de la comisión de tal ilícito, la responsabilidad de la recurrente es en este caso obvia, toda vez que si, como ya se dijo, el núcleo del enjuiciamiento acerca de la responsabilidad propia de la entidad, vinculada a la comisión del delito por la persona física, no es otro que el de la determinación acerca de la existencia de las medidas preventivas oportunas tendentes a la evitación de la comisión de ilícitos por parte de quienes la integran, en supuestos como éste en el que la inexistencia de cualquier clase de tales herramientas de control, vigente ya el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, es total, la aplicación a la entidad recurrente del artículo 31 bis como autora de infracción, en relación con el artículo 368 y siguientes del Código Penal, resulta del todo acertada.

Otra cosa es, aunque en el Recurso no se aluda expresamente a ella, la de la incorrecta aplicación de las reglas de determinación de las penas, en concreto la de la disolución de la condenada, extremo sobre el que resulta de gran importancia pronunciarnos puesto que se trata de una empresa que, según se nos dice, daba empleo a más de cien trabajadores que habrían de sufrir los graves perjuicios derivados de semejante castigo cuando, además y como ya se ha dicho, los intereses de la persona jurídica, que son también los de ellos, pudieran no haber sido defendidos con la máxima diligencia por aquel que fue llamado a hacerlo.

En efecto, según el contenido del art. 66 bis CP a propósito de las reglas de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas, cuando de sanciones interdictivas, o privativas de derechos, se trate como en el presente supuesto, éstas habrán de aplicarse, con carácter general y entre otros aspectos, atendiendo a "Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores" (art. 66 bis 1ª b) CP).

Pero es que además, para la imposición de la pena de disolución, al margen de los casos de "multirreincidencia" de la regla 5ª del art. 66 CP, que no es la que nos ocupa, se requiere "Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales", añadiendo el precepto que "Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal" (art. 66 bis b) "in fine" CP).

De lo que cabe concluir que el hecho de que la estructura y cometido lícito de la persona jurídica fueren utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer la infracción de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito, que la misma deba de disolverse en los términos del art. 33.7 b) CP, sino que se requerirá, cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno,



www.civil-mercantil.com

en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad.

Motivación de la que carece el criterio de la Audiencia en orden a la procedencia de esta sanción, a la vista del contenido del Fundamento Jurídico Sexto ("De la individualización de las penas"), párrafo quince, folio 84 de la recurrida, en el que no se hace alusión alguna a este aspecto.

Por lo que debe procederse a la exclusión de dicha pena de disolución de la persona jurídica, dejando subsistente tan sólo la pena de multa correctamente impuesta en el mínimo legalmente posible, cumpliendo con ello las previsiones del art. 31 ter.1, último inciso, cuando hace referencia a la modulación del importe de la sanción pecuniaria para evitar una respuesta desproporcionada entre la suma total de las multas y la gravedad de los hechos, que no permite por otra parte una reducción de dichas cuantías por debajo del límite mínimo legal. Si bien abierta la posibilidad de un futuro fraccionamiento de pago, de conformidad con lo establecido en el art. 53.5 CP, "...cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella (la persona jurídica) o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general" , lo que se inscribirá en la adopción de decisiones propia de la fase de ejecución de la condena.

En otras ocasiones semejantes, no en ésta en la que no se formuló por la acusación pretensión alguna al respecto, se podría considerar también la oportunidad de aplicar la pena de intervención judicial de la persona jurídica que, según el propio art. 33.7 g) CP, tiene como principal finalidad "...salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años" .

Mecanismo que, así mismo, viene contemplado en el inciso segundo del apdo. 5 del art. 53 CP para aquellos supuestos en los que se produzca el impago de la multa, en el plazo señalado, por la persona jurídica a ella condenada.

Debiendo, por consiguiente, concluir en la estimación parcial del Recurso, con el posterior dictado de la correspondiente Segunda Sentencia en la que tengan cabida las consecuencias punitivas derivadas de dicha parcial estimación.

F) RECURSO DE "GEORMADRID MACHINERY S.L.":

Décimo primero.

Esta recurrente, también declarada, a semejanza de la anterior, responsable como instrumento para la comisión de un delito contra la salud pública y condenada a las penas de disolución y multa de 775.633.440 euros, incluye en su Recurso tan sólo dos únicos motivos, ambos relativos a la infracción de derechos fundamentales (art. 5.4 LOPJ) como:

1) El derecho de defensa (art. 24.2 CE), con base en las mismas razones expuestas en el motivo Octavo del Recurso anterior (motivo Primero).

El motivo en esta ocasión ha de desestimarse con mayor claridad incluso que en el Recurso que precede pues, aún cuando pudieran resultar de aplicación los mismos argumentos ya expuestos en relación con la inicial posibilidad de indefensión que supondría el que la representación en juicio de la persona jurídica la hubiera ostentado una persona física también acusada y posteriormente condenada como autora del delito originario, a lo que se añadiría igualmente, en el caso de GEORMADRID, la irregularidad consistente en la simultánea asunción de la defensa de la persona física y la jurídica por el mismo Abogado, de acuerdo con lo consignado en los Antecedentes de la recurrida, lo cierto es que ahora nos



www.civil-mercantil.com

hallamos, efectivamente y según el relato de hechos de la recurrida, ante una persona jurídica estrictamente instrumental o "pantalla", carente por tanto de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos.

Tal circunstancia, que en esta oportunidad sí que nos permite por otra parte y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, mantener la imposición de la pena de disolución de semejante persona jurídica de acuerdo con los preceptos ya citados, esencialmente el 66 bis del Código Penal, tiene así mismo su reflejo en el hecho de la absoluta inutilidad de la repetición de las actuaciones para dotarla de una defensa adecuada, máxime si entendiéramos que nuestro Legislador equipara el enjuiciamiento de esta clase de entidades, formalmente dotadas de personalidad jurídica pero sin contenido real más allá que la finalidad de su utilización para la comisión del delito, con aquellas otras con existencia real y, por ende, para las que la disolución sí que supone un castigo con contenido efectivo.

Interpretación del artículo 66 bis del Código Penal que, por otra parte, debiera considerarse en el futuro rechazable pues la sociedad meramente instrumental, o "pantalla", creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante "consecuencia accesoria" a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento.

A este respecto la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016, aporta para supuestos futuros semejantes una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica, cuando en sus págs. 27 y siguientes dice así:

"Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos.

El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entienda así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide -se dice en esta Circular- el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo.



www.civil-mercantil.com

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente.

Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables .

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal.

Como se advierte en el citado auto, "el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo." Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas "instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal." El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo "carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos" (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo."

No obstante, a la vista de los preceptos correspondientes y en concreto de lo dispuesto en el art. 66 bis, acreditado ese carácter exclusivamente ilícito de su actividad y la comisión del delito contra la salud pública por su representante, de acuerdo con lo razonado por la Audiencia, resulta en este caso procedente, por razones de utilidad, mantener la imposición de



www.civil-mercantil.com

la pena de disolución, por otra parte de carácter esencialmente formal puesto que, cumplida y agotada la "misión" delictiva para la que fue realmente constituida, su existencia en la práctica perdió ya sentido, junto con la de multa que, obviamente, será de, cuando menos, muy difícil ejecución.

2) El derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por la falta de prueba de que su representante tuviera conocimiento de la comisión del delito ni de que actuara en nombre de la recurrente.

Una vez más el motivo debe de desestimarse puesto que incide de nuevo en los errores de planteamiento ya reseñados en fundamento de la desestimación de los ordinales Quinto y Sexto del anterior Recurso, confundiendo la base de la responsabilidad penal de la persona física autora del delito de referencia con las exigencias propias de la de la persona jurídica y añadiéndose además en este caso que no existe duda alguna, ante la contundente prueba al respecto, de que aquella persona física autora del delito contra la salud pública que origina la responsabilidad de la recurrente actuaba también, en su participación en la comisión del ilícito, en representación de la misma.

Por lo que motivos, y Recurso en su integridad, han de desestimarse.

G) RECURSO DE "INVESTISSMENT TRANSSPAINAFRICA":

Décimo segundo.

Esta persona jurídica, que fue condenada en la instancia a las penas de prohibición de realizar actividades comerciales en España por cinco años y multa de 775.633.440 euros, como instrumento utilizado para la comisión de un delito contra la salud pública, plantea tres motivos, los dos primeros en denuncia de vulneraciones de derechos fundamentales (art. 5.4 LOPJ), en concreto:

1) del derecho de defensa (art. 24.2 CE), en los mismos términos de iguales motivos de los Recursos precedentes (motivo Primero).

2) del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), también con alegaciones similares a las de los anteriores Recursos (motivo Segundo).

Ambas pretensiones merecen su desestimación conjunta con base en los argumentos ya expuestos en réplica a los motivos de referencia.

Décimo tercero.

Finalmente el motivo Tercero, y último, se refiere a la infracción de Ley (art. 849.1º LECr) consistente en la indebida aplicación de los arts. 368, 369 bis, 370 y 31 bis CP, que sirven de fundamento para la condena de la recurrente.

Una vez más procede la desestimación ya que también en este caso el Recurso incurre en el error, expuesto en su momento, de los restantes formalizados por las personas jurídicas condenadas, al confundir las conductas típicas de las personas físicas con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica que, en el presente supuesto es condenada a la suspensión de actividades en nuestro país, dada su nacionalidad extranjera que, según el criterio correcto de la Audiencia, impide su disolución por decisión de nuestros Tribunales, y a la multa correspondiente.



www.civil-mercantil.com

De nuevo se declara probado en el "factum" de la recurrida que estamos ante una "sociedad pantalla" , o meramente instrumental, lo que bastaría para la declaración de su responsabilidad penal, de acuerdo con las previsiones al respecto de nuestro Legislador, y la correcta aplicación de tales penas o, en su caso, con mayor corrección, su tratamiento como "inimputable" y ajena por ello al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que alude la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, con la consecuencia por supuesto de su disolución.

No obstante, se plantea en el motivo una cuestión que, si bien no puede impedir el anterior pronunciamiento, ni incluso aceptando la tesis de la recurrente dado el referido carácter instrumental de la misma, sí que merece un comentario.

Se nos dice que está ausente, en esta ocasión uno de los elementos o requisitos que configuran la base para la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica que no es otro que el de que el delito cometido por la persona física, aquí la infracción contra la salud pública, reporte alguna clase de "provecho" (el art. 31 bis en su redacción actual se refiere en este punto a "beneficio directo o indirecto") para la entidad.

Se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates.

Por ello convendría dejar claro desde ahora que ese término de "provecho" (o "beneficio") hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete.

Dice a propósito de ello la reiterada Circular de la Fiscalía que "La sustitución de la expresión "en su provecho" por la de "en su beneficio directo o indirecto", conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad" (Conclusión 3ª).

De modo que cuando, como en el caso que nos ocupa, las ganancias cuantiosas que obtienen los autores del ilícito contra la salud pública no es que favorezcan la subsistencia de la entidad sino que justificarían su propia existencia si, como se dice, se trata de una mera empresa "pantalla" constituida con el designio de servir de instrumento para la comisión del delito como su única finalidad, hay que concluir en que se cumple el referido requisito sin posible réplica.

A mayor abundamiento, incluso en el caso de la igualmente condenada TRANSPINELO S.L., cuya existencia iba más allá de la exclusiva utilización para cometer el delito contra la salud pública de la persona física, advertimos también cómo el hecho del transporte ilícito de la sustancia oculta en las máquinas redundaba en la reimportación de las mismas, que volverían a integrarse en el patrimonio de la Sociedad y, en consecuencia, a estar a su disposición, lo que, independientemente de que eso finalmente hubiera llegado a producirse, o no, tras su incautación en Venezuela, constituía, sin duda, una expectativa provechosa a favor de la entidad, por lo que puede afirmarse que el ilícito, al margen de otros objetivos, propiciaba un indudable beneficio para dicha persona jurídica.

Pues reiterándonos, una vez más, en el contenido de la Circular 1/2016 (pag. 17):

"El art. 31 bis original exigía que la conducta de la persona física, en los dos títulos de imputación, se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y "en su provecho". Esta última expresión suscitaba la duda de si tal provecho constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo.



www.civil-mercantil.com

La Circular 1/2011 estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, valorando esta como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que pudieran determinar que finalmente la utilidad no llegara a producirse."

Y más adelante:

"La nueva expresión legal "en beneficio directo o indirecto" mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida "en provecho", como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a ésta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella."

De otra forma, una interpretación distinta a la expuesta conduciría a la práctica imposibilidad de aplicación del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, con el incumplimiento que ello pudiera suponer respecto de las finalidades preventivas del sistema, en relación con un gran número de figuras delictivas como la presente, en la que en muchas ocasiones podrá resultar difícil imaginar la obtención de una ventaja directa para aquel ente que desarrolla una actividad, especialmente si fuera lícita, como consecuencia de la comisión de un ilícito contra la salud pública.

Lo que obligará a los Tribunales, en cada supuesto concreto, a matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto, y huyendo de posiciones maximalistas e igualmente rechazables, tanto las que sostienen que siempre existirá un provecho para la persona jurídica, aunque sólo fuere por el del ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control, como de aquellas otras, en exceso restrictivas, que pueden llegar a negar tales beneficios, en numerosos casos, por el perjuicio que en definitiva un posible daño reputacional y el cumplimiento último de las penas, pecuniarias e interdictivas, a la postre impuestas, como consecuencia de los actos delictivos cometidos por las personas físicas que la integran, causan a la propia persona jurídica.

Por lo tanto, motivos y Recurso también aquí se desestiman íntegramente.

H) *COSTAS:*

Décimo cuarto.

Dada la conclusión parcialmente estimatoria de uno de los Recursos interpuestos por los condenados en la instancia, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de oficio de las costas procesales causadas por el mismo y la condena por las correspondientes al resto de Recursos que se desestiman.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,



www.civil-mercantil.com

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación parcial del Recurso de Casación interpuesto por la Representación de TRANSPINELO S.L. contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 17 de Noviembre de 2014, por delito contra la Salud pública, que en este sentido casamos y anulamos en parte, debiéndose dictar a continuación la correspondiente Segunda Sentencia, a la vez que desestimamos el resto de Recursos interpuestos contra dicha Resolución por las Representaciones de los otros condenados, Avelino Javier, Remigio Gumersindo, Landelino Valeriano, Ignacio Valentin, INVESTISSMENT TRANS SPAIN AFRICA (ITSA) y GEORMADRID MACHINERY S.L.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas por el Recurso que parcialmente se estima, imponiendo al resto de recurrentes las correspondientes a los suyos objeto de desestimación.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena GómezCándido Conde Pumpido TourónAndrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela CastroAlberto Jorge BarreiroAntonio del Moral GarcíaAndrés Palomo Del Arco Perfecto Andrés IbáñezJuan Saavedra RuizJoaquín Giménez García

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. Cándido Conde Pumpido Tourón
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Juan Saavedra Ruiz
D. Joaquín Giménez García

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Febrero de dos mil dieciséis.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción número 6 con el número 19/2011 y seguida ante la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, por delitos contra la salud pública, contra Avelino Javier con DNI número NUM021, nacido el NUM022 de 1966, Remigio Gumersindo con DNI número NUM023, nacido el NUM024 de 1983, Landelino Valeriano, alias "Tirantes" con DNI número NUM025, nacido el NUM026 de 1977, Ignacio Valentin con DNI número NUM027, nacido el NUM028 de 1973, Gines Artemio con DNI número NUM029, nacido el NUM030 de 1985, Candida Belinda, conocida también como "Amatista" con NIE número NUM031, nacida el NUM032 de 1983, TRANSPINELO, SL con CIF número B45479276, GEORMADRID MACHINERY con CIF número B85619781, y, ITSA (INVESTISSIMENT TRANS SPAIN AFIRCA) SA con CIF número 083319509-W, en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 17 de noviembre de 2014, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.

Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 81/2011.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

Segundo.

Como ya se ha dicho en el apartado 2) del Fundamento Jurídico Décimo de los de la Resolución que precede y con base en los razonamientos que en el mismo se exponen, en cuanto a la condena de la empresa TRANSPINELO S.L. a la pena de disolución que le impuso la Audiencia debe procederse a la exclusión de dicha pena, dejando subsistente tan sólo la de multa correctamente impuesta, si bien con la posibilidad de un futuro fraccionamiento de pago, de conformidad con lo establecido en el art. 53.5 CP, lo que se inscribirá en la adopción de decisiones propia de la fase de ejecución de la condena.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,



www.civil-mercantil.com

III. FALLO

Que debemos excluir del pronunciamiento condenatorio dictado por la Audiencia en las presentes actuaciones contra la empresa TRANSPINELO S.L. la pena de disolución que se le imponía, manteniendo la multa cuyo importe, a su vez, podrá ser fraccionado, en fase de ejecución de condena, con la finalidad de preservar los puestos de trabajo de la misma, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de instancia, incluidas las otras condenas, comisos y costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena GómezCándido Conde Pumpido TourónAndrés Martínez ArrietaJulián Sánchez MelgarJosé Ramón Soriano SorianoJosé Manuel Maza MartínMiguel Colmenero Menéndez de LuarcaFrancisco Monterde Ferrer Luciano Varela CastroAlberto Jorge BarreiroAntonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Perfecto Andrés IbáñezJuan Saavedra Ruiz Joaquín Giménez García

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE que formula el EXCMO. SR. D. CÁNDIDO CONDE PUMPIDO TOURÓN, y al que se adhieren los EXCMOS. SRES. D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, D. LUCIANO VARELA CASTRO, D. ALBERTO JORGE BARREIRO, D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, D. ANDRÉS PALOMO DEL ARCO y D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA en la Sentencia del Pleno de esta Sala sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, recaída en el Recurso de Casación Núm. 10.011/2015, interpuesto contra la sentencia de instancia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 17 de noviembre de 2014.

Desde el respeto que nos merece la sentencia mayoritaria, y desde nuestra valoración del esfuerzo de clarificación realizado por el ponente, pero atendiendo también a la finalidad nomofiláctica y de unificación doctrinal que se atribuye expresamente a esta resolución, formulamos este voto concurrente para poder expresar en él nuestra respetuosa discrepancia con alguna de las doctrinas que se sostienen en la sentencia, sin afectar al fallo de la resolución, que compartimos.

Confiamos, con ello, poder complementar y matizar alguna de las ideas que se expresan en la resolución mayoritaria, y contribuir modestamente al debate que necesariamente va a suscitar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1º.- VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

Reconocemos la conveniencia de que en una materia tan compleja y novedosa como la responsabilidad penal de las personas jurídicas esta Sala vaya expresando criterios de interpretación orientados a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, como se señala en el fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria. Pero no creemos necesario resolver todos los problemas a la vez, considerando preferible que nos pronunciemos expresamente en cada caso sobre aquellas cuestiones que de manera efectiva se han planteado y debatido de forma contradictoria en los motivos del recurso interpuesto, para garantizar la debida audiencia de las partes ("audiatur et altera pars").

En este sentido consideramos que el recurso planteado nos ha permitido resolver relevantes cuestiones de índole procesal que se han planteado de forma efectiva en los motivos de casación formulados; motivos que han podido ser razonadamente impugnados por



el Ministerio Público. Pero la específica naturaleza del caso (un supuesto en el que las personas jurídicas condenadas han sido utilizadas como instrumento del tráfico internacional de drogas), ha excluido del debate casacional alguna cuestión problemática, como por ejemplo la consideración de la ausencia de una cultura de control en la empresa como elemento del tipo objetivo que debe ser probado en cada caso por la acusación. Una cuestión muy relevante desde el punto de vista jurisdiccional, sobre la cual el Ministerio Público no ha podido argumentar expresamente su posición porque, como se reconoce expresamente en la sentencia (fundamento jurídico octavo, apartado b), " no ha sido materia de debate en este procedimiento" , y sobre la que, sin embargo, la sentencia se pronuncia de forma expresa y cuestionable.

Es cierto que este pronunciamiento tiene la naturaleza de " obiter dicta " pues, como analizaremos más adelante, no constituye la "ratio decidendi " del fallo, e incluso puede apreciarse que el propio fallo resulta, a nuestro entender, incongruente con el criterio doctrinal previamente expresado en la fundamentación de la sentencia sobre esta cuestión específica. Pero esta ausencia de contradicción en la tramitación y ausencia de unanimidad en la respuesta, dota lamentablemente a la resolución en esta materia de un tinte de provisionalidad, que habrá que ir matizando, o confirmando, en función de los supuestos específicos que en adelante vayan siendo sometidos a nuestra consideración.

No hay que olvidar que el Ministerio Público se ha pronunciado de forma expresa sobre esta cuestión en la Circular 1/2011, referida a la LO 5/2010, de 22 de junio, y en la reciente Circular 1/2016, publicada tras la aprobación de la reforma operada en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En estas Circulares de la Fiscalía General del Estado se mantiene, entre otras materias, una posición diferente de la sostenida en la sentencia sobre la calificación de la ausencia de una cultura de control en la empresa como elemento del tipo objetivo que deba ser probado necesariamente caso a caso por la acusación, en relación con la eventual concurrencia de la eximente prevenida en los párrafos 2º y 4º del art 31 bis CP 2015. Criterio autorizado y razonado que, a nuestro entender, hubiese sido procedente escuchar, en su aplicación al caso concreto y en relación con las consecuencias prácticas de asumir uno u otro modelo probatorio, con anterioridad a adoptar una decisión sobre el tema. Para lo cual habría sido preferible, en nuestra opinión, esperar a un recurso en el que esta cuestión hubiese sido expresamente planteada y debatida.

2º.- LA AUSENCIA DE UNA CULTURA DE CONTROL COMO ELEMENTO DEL TIPO OBJETIVO.

Sin abundar ahora en planteamientos doctrinales, y desde una perspectiva exclusivamente jurisdiccional, no cuestionamos que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, como el fundamento último de la sanción penal del homicidio se encuentra en el respeto a la vida. Pero no compartimos que esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como " el núcleo de la tipicidad " o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1º CP 2015, según se considera en la sentencia mayoritaria al analizar la naturaleza de la eximente prevenida en el párrafo segundo del citado precepto.

Los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis CP, y estos son los que deben ser probados por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico de



la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada. No pretendemos, con esta afirmación, otorgar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una naturaleza objetiva. La persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art 31 bis 1º CP), porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de constituir una ficción). Pero esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del art 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la "culpa in eligendo" y la "culpa in vigilando", o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa "in constituendo" y la culpa "in instruendo". Sin constituir un elemento adicional del tipo objetivo que exija a la acusación acreditar en cada supuesto enjuiciado un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada, "como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran", que es lo que, con cierta confusión, constituye el elemento típico que exige acreditar en cada caso la sentencia mayoritaria (fundamento jurídico octavo).

3º.- LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL Y SU PRUEBA: ¿PROCEDE CONFIGURAR UN MODELO PROBATORIO EXCEPCIONAL Y PRIVILEGIADO PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS?

La reforma operada por la LO 1/2015, introduce en los párrafos segundo y cuarto del art 31 bis unas circunstancias específicas de exención de la responsabilidad penal, para los supuestos en que la persona jurídica disponga de determinados instrumentos eficaces para la prevención de delitos en su seno.

Estas exenciones son coherentes con el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que nos hemos referido, excluyendo su culpabilidad, en el sentido "figurado" al que también hemos hecho referencia. Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal. Lo cierto es que el Legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso.

Ahora bien no apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación.

Constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su



conurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas).

Sin perjuicio de todas las matizaciones que puedan hacerse a esta doctrina general, y que estimamos que no corresponde ahora desarrollar, consideramos que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos. Y, en todo caso, sobre la base de lo alegado y aportado por la empresa, deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos segundo o cuarto del art 31 bis, en el bien entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control la consecuencia será la subsistencia de la responsabilidad penal.

Prueba de que el propio Legislador sigue este criterio probatorio de carácter general es que en el párrafo segundo del número 2º del art 31 bis se establece expresamente que cuando las circunstancias que dan lugar a la exención " solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena ".

Por ello nos causa preocupación, en la medida en que puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad, la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba en esta materia, que puede constatarse, por ejemplo, en diversos párrafos del fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria, que establecen la doctrina de que no se puede dispensar a la acusación de su obligación de acreditar la " inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito " en el seno de la persona jurídica, en lugar de considerar que el objeto de la prueba no es la inexistencia, sino la disposición de estos instrumentos.

Criterio que puede ocasionar consecuencias imprevisibles, como cabe apreciar en el propio caso enjuiciado, según analizaremos en el apartado siguiente.

4º.- INCONGRUENCIA DE LA RESOLUCIÓN.

La resolución mayoritaria establece de modo reiterado que en los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas corresponde a la acusación acreditar el " núcleo de la tipicidad " consistente en "la ausencia de una cultura de respeto al derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal, como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica" (fundamento jurídico octavo).

O bien se establece que la concurrencia de la eximente está relacionada "con el tipo objetivo, lo que sería quizás lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" (fundamento jurídico octavo, párrafo siguiente).

O, en su caso, el "núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica, que como venimos diciendo no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos más concretados legalmente en forma



de las denominadas compliances o "modelos de cumplimiento " (fundamento jurídico octavo, tres párrafos después).

O bien " el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito, es esencial para concluir la condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión (fundamento jurídico octavo, más adelante).

Como hemos señalado, y sin desconocer la relevancia de los mecanismos de prevención a los que el Legislador ha atribuido expresamente la función de exención o, en su caso, atenuación de la responsabilidad penal, estimamos que incorporar al núcleo del tipo un elemento tan evanescente como la " ausencia de una cultura de respeto al derecho " no cumple con el principio de certeza, ínsito en el de tipicidad, que exige que los supuestos a los que la ley atribuya una responsabilidad penal aparezcan descritos en el texto legal con la mayor precisión posible, en todos los elementos que los definen. Criterio que, a nuestro entender, no respeta este presupuesto metalegal incorporado en la sentencia mayoritaria al art 31 bis 1º CP, por su carácter abierto e indeterminado.

Ahora bien, si considerásemos efectivamente que este elemento constituye el núcleo de la tipicidad y que debe ser acreditado en cada caso por la acusación para que pueda prosperar su pretensión de condena, es indudable que este presupuesto debería haberse declarado expresamente probado en el relato fáctico de la sentencia de instancia, para que pudiésemos confirmar la condena de las personas jurídicas recurrentes. Es claro que el relato fáctico debe contener todos los elementos objetivos que determinan legalmente la responsabilidad penal para proceder a la subsunción del hecho declarado probado en la norma penal legalmente procedente.

Pues bien, analizando minuciosamente el relato fáctico, no cabe apreciar en momento alguno que se declare probado que las empresas condenadas careciesen de "una cultura de respeto al derecho", o más simplemente que "careciesen de los instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito", dato fáctico que, en aplicación rigurosa de la doctrina establecida en la sentencia mayoritaria, debería haberse acreditado por la acusación y figurar en los hechos probados, como núcleo de la tipicidad.

En realidad " la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente" , referida en concreto, y en exclusiva, a la empresa Traspinelo SL, es un dato fáctico que se incorpora en la fundamentación jurídica de nuestra sentencia casacional (fundamento jurídico octavo, apartado b), y que carece de sustento alguno en los hechos probados. Constituye una doctrina consolidada de esta Sala que la fundamentación jurídica no puede complementar el relato fáctico en perjuicio del reo, por lo que si realmente se considerase imprescindible que la acusación acreditase este núcleo típico, y que efectivamente constase acreditado en el relato fáctico para fundamentar la condena, no se habría podido desestimar el recurso y mantener la condena impuesta en la instancia.

En definitiva, la doctrina a la que estamos haciendo referencia, muy respetable, constituye en realidad un " obiter dicta " de la sentencia mayoritaria, que se pronuncia sobre una materia que no ha sido objeto de debate durante el procedimiento, y que no se utiliza como "ratio decidendi " del fallo confirmatorio de la condena impuesta a las personas jurídicas recurrentes. En el caso de que se hubiese exigido de modo efectivo en el caso actual la prueba por la acusación de la ausencia de una cultura de control y de elementos específicos de prevención en las empresas enjuiciadas, como elemento autónomo del tipo objetivo que tendría



www.civil-mercantil.com

que constar en los hechos probados, la resolución determinada por el relato fáctico habría tenido que ser absolutoria.

5º.- CONCLUSIÓN.

A) Los elementos que configuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que deben ser acreditados por la acusación son los que de manera expresa se relacionan por el Legislador en el art 31 bis 1º CP, apartados a) y b).

B) La conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del art 31 bis.

C) La aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes.

Manteniendo nuestra conformidad en el resto de los pronunciamientos de la sentencia mayoritaria, y también con el contenido del fallo, expresamos y suscribimos este voto concurrente.

Cándido Conde Pumpido Tourón Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Joaquín Giménez García

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.