



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 646/2014, de 8 de octubre de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 261/2014

SUMARIO:

Delito de contrabando. Deuda aduanera y deuda tributaria. Integración en grupo criminal. Escuchas telefónicas. Transcripciones de cintas. Compatibilidad entre el decomiso de las mercancías prohibidas -tabaco- y la obligación de pagar, como responsabilidad civil, la deuda aduanera. Diferencia entre el concepto de deuda aduanera y deuda tributaria. Régimen jurídico de la extinción de la obligación aduanera. Reglamento 2913/1992, de la CEE, derogado por el Reglamento (UE) n.º 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 2 de abril de 2009, número de recurso C-459/2007, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial promovida, al amparo del artículo 234 CE, en la que se planteaba la correcta interpretación de los artículos 202 y 233, párrafo primero, letra d), del Reglamento (CEE) n.º 2913/92. Se declara la compatibilidad entre el comiso de las mercancías y la obligación de indemnizar al Tesoro Público en pago de la deuda aduanera. Ésta no se habría extinguido, al no haber sido decomisada la mercancía en el puesto aduanero fronterizo, sino ya en el interior del territorio español. Es decir, para causar la extinción de la deuda aduanera, el decomiso de mercancías introducidas irregularmente en el territorio aduanero de la Comunidad debe producirse antes de que tales mercancías pasen la primera oficina aduanera situada en el interior de ese territorio. La integración en grupo criminal es delito autónomo cuya acusación se debe de probar, conforme a las reglas generales, la autoría o participación en el resto de las infracciones que hayan sido ejecutadas por los demás integrantes de la estructura grupal que se ha puesto al servicio del delito y que tiene como elementos a) la unión de dos o más personas; b) una actuación estratégicamente concertada para cometer delitos -; c) una intervención que desborde los límites conceptuales de la codelinencia. Respecto a las escuchas telefónicas y las transcripciones de las cintas, ya sean totales o fragmentarias, estén o no efectuadas por la policía y se hayan o no cotejado con las cintas, no se integran el ámbito de protección constitucional, pues la prueba está constituida en las propias conversaciones grabadas, y su transcripción es un simple medio auxiliar contingente, por tanto los errores que se hayan cometido carecen de relevancia legal. Así mismo, no se exige, con carácter general, una comparecencia previa al juicio oral, con la correspondiente audición, con el fin de que los imputados pudieran reconocer o negar como propia la voz que había sido objeto de grabación ni la convicción del juez tiene por qué obtenerse necesariamente mediante el formato de una pericial.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 28, 29, 33.1, 127 y 570 ter.

Constitución Española, arts. 18.3 y 24.

Ley Orgánica 12/1995 (Represión del contrabando), arts. 1.20, 2.3 b), 3.3 b) y 4.

Reglamento (CEE) 2913/92 (Código aduanero comunitario), arts. 202 y 233 d).

Reglamento (CE) 450/2008 (Código aduanero), art. 4.13.



www.civil-mercantil.com

Ley 37/1992 (Ley del IVA) arts. 17 y 18.1 y 2.
Ley 38/1992 (Impuestos Especiales), arts. 1, 5.3, 7.2 y 56.1.

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Octubre de dos mil catorce.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de ley, interpuestos por Raimundo , Roque , Serafin , Vicente y Jose Ángel , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de contrabando, delito de integración en grupo criminal, delito de revelación de secretos oficiales; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por las procuradoras doña Blanca Murillo de la Cuadra y doña Valentina López Valero y como parte recurrida la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de instrucción número 2 de Montilla, incoó procedimiento abreviado núm. 18/2011, contra Raimundo , Roque , Serafin , Vicente Jose Ángel , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, procedimiento abreviado 885/2012 que, con fecha 21 de octubre de 2013, dictó sentencia núm. 264/13 , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Apreciando conjuntamente y en conciencia la prueba practicada, se declaran probados los siguientes hechos:

A consecuencia de investigaciones previas, la Guardia Civil tuvo conocimiento de que el 28 de abril de 2011, los acusados Roque , Serafin y Jose Ángel , habían alquilado sendos vehículos para dirigirse desde Santaella (Córdoba) hasta un punto no determinado del territorio nacional pero cercano al Campo de Gibraltar, con intención de adquirir tabaco procedente del extranjero sin cumplir los requisitos fiscales y aduaneros y proceder a su reventa en España. Por lo que, sobre las 22,25 horas de ese día, agentes de la Guardia Civil interceptaron a la altura del kilómetro 23 de la carretera A-386, dirección Santaella, los siguientes vehículos:

1) Peugeot 308, matrícula-KTW , conducido por Clemente ; en el que se encontraron 3.000 cajetillas de tabaco de la marca "Winston" y 2.000 cajetillas de tabaco de la marca "Ducal". Con un valor total de 18.150 E.



www.civil-mercantil.com

2) Citroen C-3, matrícula-PKF , conducido por Serafin ; en cuyo interior se intervinieron 2.000 cajetillas de tabaco "Winston" y 500 cajetillas de tabaco "Ducados" rubio. Valoradas en un total de 9.300 E.

3) Citroen C-4, matrícula-PLT , conducido por Jose Ángel ; en el que se intervinieron 2.000 cajetillas de tabaco "Winston" y 1.000 cajetillas de tabaco marca "Fortuna". Con un valor total de 11.250 .

Los acusados Roque , Serafin y Jose Ángel y Raimundo , solían viajar desde Santaella a La Línea de la Concepción prácticamente todos los días, incluso algunos días dos veces, para adquirir el tabaco; si bien lograron no ser nunca interceptados ni controlados por agentes de la autoridad gracias a la información que les suministraba sobre rutas y puntos de control de las Fuerzas de Seguridad del Estado el también acusado Vicente , agente de la Guardia Civil destinado en Santaella, que de este modo aprovechaba su condición de agente de la autoridad en servicio activo para utilizar las informaciones a las que tenía acceso en su calidad de tal para su actividad ilícita. Como consecuencia de ello, la única ocasión en que se les intervino tabaco de procedencia ilícita fue el mencionado 28 de abril de 2011.

El día que fueron interceptados, una vez adquirido el tabaco, los acusados Roque , Serafin y Jose Ángel , previamente concertados, circulaban en caravana, cada uno en un coche, mediando cierta distancia entre ellos, yendo siempre en cabeza el vehículo conducido por osé Raimundo , que lo hacía a modo de "lanzadera", sin llevar género, y con la misión de informar a los acusados que circulaban detrás de él sobre la posible existencia de controles en la carretera. Asimismo, Raimundo era el encargado de contactar con los suministradores de tabaco para efectuar las compras.

Todos los acusados, a excepción de Jose Ángel que únicamente se concertó con el resto de acusados el mencionado día 28 de abril de 2011, constituían un grupo previamente concertado, con distribución de funciones, en el que Raimundo era el organizador de los desplazamientos para la adquisición del producto y su distribución posterior entre la clientela; Roque , Serafin , realizaban labores de transporte y distribución; y Vicente , además de participar en la trama, daba cobertura a la misma con su acceso a las informaciones policiales que podían entorpecer el desarrollo de la actividad.

El precio total del tabaco intervenido en los tres vehículos antes referenciados asciende a 38.700 E, según los informes sobre clasificación y valoración de tabacos decomisados y la corrección aritmética realizada por la prueba pericial. A su vez, la defraudación de los tributos por deuda aduanera (arancel UE), labores del tabaco e impuesto sobre el valor añadido asciende a un total de 33.738,32 E.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO:

1) Condenamos a Raimundo , Roque , Serafin y Jose Ángel , como autores de un delito de contrabando, a cada uno de ellos, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y multa de 116.100 E, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 30 días de prisión.

2) Condenamos a Raimundo , Roque , Serafin y Jose Ángel , como autores de un delito de integración en grupo criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de seis meses de prisión,



www.civil-mercantil.com

con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3) Condenamos a Vicente , como autor de un delito de revelación de secretos oficiales, al pago de una multa de dieciséis meses, a razón de 8 E diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, así como inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos años y tres meses. Firme que sea esta sentencia, se comunicará a los efectos oportunos a la Dirección General de la Guardia Civil.

4) Absolvemos a Jose Ángel del delito de integración en grupo criminal.

5) Acordamos el comiso del tabaco intervenido a los acusados.

6) Condenamos a todos los acusados a que indemnicen conjunta y solidariamente al Estado español en la suma de 33.738,32 E, más 4.108,68 E de intereses legales devengados hasta el 14 de octubre de 2013, más los que se devenguen a partir de dicha fecha y hasta el completo pago del principal.

7) Condenamos a todos los acusados al pago de las costas, incluidas las de la acusación particular; salvo las causadas por Jose Ángel en relación con el delito del que ha sido absuelto, que se declaran de oficio.

8) Ordenamos el borrado del sistema SITEL de todas las conversaciones telefónicas intervenidas en esta causa.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por Raimundo , Roque , Serafin , Vicente Jose Ángel , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos en los siguientes motivos de casación :

Recurso de Raimundo y de Serafin :

MOTIVO PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 18 de la Constitución Española y del derecho al secreto de las comunicaciones y de la intimidad personal, así como infracción del art. 24.2 de la Constitución Española por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías.

MOTIVO SEGUNDO: Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECr ., por indebida aplicación del art. 570 ter del Código Penal , delito de pertenencia a grupo criminal.

MOTIVO TERCERO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 24 de la Constitución Española y del derecho a la presunción de inocencia de los acusados.

Recurso de Vicente y Roque :



www.civil-mercantil.com

MOTIVO PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 18 de la Constitución Española y del derecho al secreto de las comunicaciones y de la intimidad personal, así como infracción del art. 24.2 de la Constitución Española por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías.

MOTIVOS SEGUNDO y TERCERO: Se trata de impugnaciones idénticas a las realizadas por los anteriores recurrentes.

Recurso de Jose Ángel :

MOTIVO PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , y del artículo 852 de la LECr ., por infracción del artículo 18 de la Constitución Española , en lo que se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones.

MOTIVO SEGUNDO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , y del artículo 852 de la LECr ., por infracción del artículo 24 de la Constitución Española , en lo que se refiere a la presunción de inocencia del acusado.

MOTIVO TERCERO: Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECr ., por aplicación indebida del artículo 2.3 b) de la LO 12/1995 , en relación con el art. 28 ó 29 del Código Penal .

MOTIVO CUARTO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , y del artículo 852 de la LECr ., por infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

MOTIVO QUINTO: Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECr ., por aplicación indebida del artículo 127 del Código Penal .

MOTIVO SEXTO Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECr ., al no expresar la sentencia cuáles son los hechos declarados probados, y utilización de expresiones jurídicas predeterminantes del fallo.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día 2 de octubre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia núm. 264/2013, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba , condenó a los acusados Raimundo , Roque , Serafin , Vicente y Jose Ángel , como autores de un delito de contrabando, imponiendo a cada uno de ellos la pena de 1 año y



www.civil-mercantil.com

6 meses de prisión y multa de 116.100 euros. También les condenó como autores de un delito de integración en grupo criminal, a la pena de 6 meses de prisión, con la excepción de Jose Ángel , que fue absuelto de la acusación formulada por ese delito. Además, Vicente fue condenado, como autor de un delito de revelación de secretos oficiales, a la pena de multa de 16 meses a razón de un cuota diaria de 8 euros.

RECURSOS DE Raimundo , Serafin , Vicente Y Roque

Segundo.

Si bien la formulación de los motivos se distribuye en dos recursos formalmente diferenciados, la coincidencia prácticamente literal entre ambos, permite a la Sala un tratamiento conjunto de las respectivas impugnaciones.

El primero de los motivos se formaliza al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim . Se denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE , además de la infracción de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE).

A juicio de la defensa, ni el oficio inicial de la Guardia Civil de fecha 24 de marzo de 2011, ni el auto judicial habilitante fechado el 28 de marzo del mismo año y dictado por el Juzgado mixto núm. 2 de Montilla, colman la exigencia constitucional de motivación. Además, el capitán de la Guardia Civil -jefe de la policía judicial- que es el firmante de la totalidad de los oficios en los que se solicitaba la interceptación de las comunicaciones, no fue citado a juicio como testigo por las acusaciones. Ello impidió la ratificación de esos oficios en el acto del juicio oral. Estaríamos en presencia de informaciones confidenciales que son inidóneas, según la jurisprudencia, para justificar la injerencia en las comunicaciones. No hubo siquiera actos de vigilancia. Termina el motivo con un análisis de la injustificada suficiencia incriminatoria que tendrían las distintas operaciones policiales que se describen en aquellos oficios y se concluye que la conexión de antijuridicidad debería llevar a la anulación de la prueba derivada de las conversaciones interceptadas.

El motivo no es viable.

A) Conviene hacer alguna precisión inicial acerca de la metodología que inspira la acotación crítica que efectúa la defensa sobre los indicios aportados por los agentes para justificar la interceptación de las conversaciones. En efecto, la legitimidad constitucional de la interferencia de las comunicaciones no puede obtenerse a partir de un análisis artificialmente dividido de las distintas operaciones a las que se alude en la petición de la Guardia Civil. Ya hemos dicho en otros precedentes -cfr. SSTS 555/2014,10 de julio ; 744/2013,14 de octubre ; 593/2009, 8 de junio y 527/2009, 27 de mayo - que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE , no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

B) Tampoco podemos aceptar el criterio de la defensa, referido al carácter puramente confidencial de las informaciones que dieron lugar a la interceptación de las comunicaciones. Es cierto que la información puramente confidencial, sin otro apoyo de verificación, ha sido reputada insuficiente por esta Sala. No basta con una desnuda remisión a las fuentes



www.civil-mercantil.com

confidenciales para cumplir los cánones mínimos que exige nuestro sistema constitucional. No es suficiente la noticia de que alguien ha señalado a unas personas como relacionadas con un determinado delito. Para que tales informaciones, anónimas en su origen, puedan servir de base para una intervención telefónica no es absolutamente necesario que se exteriorice la identidad de la fuente o fuentes. Será suficiente con proporcionar un mínimo de elementos que permitan graduar su fiabilidad y la consiguiente verosimilitud de esa información, proporcionando al Juez datos objetivos que le permitan discriminar entre un rumor o una vaga sospecha, insuficientes para una injerencia en el secreto de las comunicaciones (cfr. SSTS 141/2013, 15 de febrero ; 121/2010, 12 de febrero , entre otras muchas). Tal línea de razonamiento ha sido expresamente confirmada por esta Sala, que en la STS 1497/2005, 13 de diciembre , recordaba que las noticias o informaciones confidenciales, aunque se consideren fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de los derechos fundamentales (cfr. STC 8/2000, 17 de enero). Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a <fuentes o noticias confidenciales>. Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a contrastar la verosimilitud de la imputación. Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida. En el mismo sentido se han expresado, entre otras muchas, las SSTS 1047/2007, 17 de diciembre y 25/2008, 29 de enero .

En el presente caso, no puede hablarse de una simple confidencia como elemento legitimador y desencadenante de las intervenciones acordadas. Como expresa la sentencia recurrida en su FJ 3º, en el oficio policial ya estaban plenamente identificados los principales acusados. Se aludía a la dedicación permanente a introducir en su localidad hachís y tabaco de contrabando. Se describía plenamente el modus operandi, consistente en la realización de viajes mediante la utilización de coches de alquiler. Se daba cuenta del relevante papel de un Guardia Civil - Vicente - que prestaba su apoyo para hacer más fácil la elusión de los controles: "... este Guardia Civil que reside en un domicilio situado frente a su hijo Roque , se siente con absoluta impunidad en su zona, ya que en numerosas ocasiones, cuando su hijo se encuentra de viaje transportando la mercancía, Vicente se desplaza al domicilio de su hijo y, supuestamente, saca las cajas de tabaco para entregárselas a clientes, cargándolas él mismo a plena luz del día".

Se facilitaban los nombres de las empresas arrendadoras de los vehículos de alquiler. Se informaba de labores de vigilancia que habían demostrado la existencia de actividades de transporte físico de la mercancía. Se situaban en el tiempo -días 11 y 16 de febrero, 6 y 7 de marzo de 2011- los días de realización de la ruta Santaella-La Línea, habiendo sido detectados por distintos dispositivos de la Guardia Civil los sospechosos que luego resultaron acusados. Y se ofrecía información minuciosa acerca de los movimientos, traslados y rutas efectuados en aquellos días.

En definitiva, nada más lejos de una medida de intromisión en el secreto de las comunicaciones a partir de simples informaciones confidenciales. El auto de fecha 28 de marzo de 2011 no es, desde luego, la respuesta rutinaria a una petición basada en información clandestina y sin contrastar. Cuanto allí se expone fue objeto de investigación previa. Los elementos de juicio proporcionados por los agentes justificaron, en fin, la necesidad y la proporcionalidad de la medida de injerencia. No hubo, por tanto, ilicitud probatoria y huelga hablar de conexión de antijuridicidad.

C) También hemos de desestimar la alegación referida a la " falta de ratificación" de los oficios que respaldaron la intervención telefónica, a la vista de la falta de citación del capitán de



www.civil-mercantil.com

la Guardia Civil núm. NUM000 , que el Ministerio Fiscal no incluyó en la prueba testifical propuesta para el juicio oral.

La sentencia de instancia explica esta ausencia razonando que "... el oficio no es el atestado, sino simplemente una comunicación oficial que firma el jefe de la unidad o dependencia por razones meramente administrativas o de representación, y que expresa el contenido de una investigación colectiva o de grupo contenida en los atestados; los cuales fueron ratificados a presencia judicial por sus autores y en particular por el jefe del equipo investigador e instructor de las diligencias".

Pero más allá de esta explicación, que puede ser suficiente para justificar la ausencia como testigo del firmante de los oficios en los que se solicitaba la intervención telefónica o alguna de sus prórrogas, conviene dejar claro que las pruebas no se ratifican, sino que se generan en el acto del juicio oral. Es a la acusación, por tanto, a la que incumbe propugnar la batería probatoria de la que pretende valerse en el plenario. Y es el órgano jurisdiccional el que constitucionalmente asume la valoración de su suficiencia. La afirmación del juicio de autoría se basa en exclusiva en los actos de prueba que se desarrollaron en el juicio oral. El quién de la firma de los oficios resultaba indiferente para justificar, como se acreditó en el plenario, la veracidad de su contenido.

Por cuanto antecede, la queja ha de ser desestimada (art. 885.1 y 2 LECrim).

Tercero.

El segundo de los motivos se formula por el cauce que habilita el art. 849.1 de la LECrim . En él se alega la indebida aplicación del art. 570 ter del CP , en el que se castiga la pertenencia a grupo criminal.

Entiende la defensa que el Tribunal a quo ha confundido la simple codeinuencia con la existencia de lo que aquel precepto denomina grupo criminal. No se ha acreditado la concurrencia de jerarquías, de un órgano directivo, ni de la distribución de funciones entre los acusados.

No es eso lo que se desprende de la resolución impugnada.

En efecto, en el factum -cuya inalterabilidad constituye un presupuesto metodológico sine qua non para la viabilidad del motivo- se dice expresamente que los acusados, con la excepción de Jose Ángel , que ha resultado absuelto del delito de pertenencia a grupo criminal, "... constituían un grupo previamente concertado, con distribución de funciones, en el que Raimundo era el organizador de los desplazamientos para la adquisición del producto y su distribución posterior entre la clientela; Roque y Serafin realizaban labores de transporte y distribución; y Vicente , además de participar en la trama, daba cobertura a la misma con su acceso a las informaciones policiales que podían entorpecer el desarrollo de la actividad".

Y en eso consiste, precisamente, el delito castigado en el art. 570 ter 1º del CP . En él se define el grupo criminal como "... la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".

La incorporación de este nuevo tipo penal -decíamos en la STS 289/2014, 8 de abril - es consecuencia de la compartida preocupación internacional por los dañinos efectos inherentes a la delincuencia organizada. Más allá de otros precedentes más tempranos, la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, 29 de abril, por la que se aprobó la Convención de Naciones Unidas para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y la Decisión Marco 2008/841/JAI, 24 de octubre, abonaron el camino a una tipicidad en la que



www.civil-mercantil.com

la delincuencia plural y concertada, adquiriera un significado autónomo. No han faltado voces doctrinales que cuestionan la necesidad de esta reforma abanderada por la LO 5/2010, 22 de junio. La idea de que los tratamientos históricos de la coautoría y la conspiración para delinquir, ofrecían ya las claves para el adecuado castigo de estos fenómenos, ha sido invocada para negar la necesidad de la reforma. La Sala entiende, sin embargo, que es perfectamente posible justificar el desvalor autónomo, en este caso, del grupo criminal. Un desvalor que puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión. Se trata de hacer frente al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Una actuación que, en no pocos casos, estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede convertir el delito en una verdadera fuente de recursos, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia. La realidad, en cada caso concreto, exigirá la definición de un criterio que, con tributo a los principios que legitiman cualquier sistema punitivo, distinga entre aquellos supuestos de simple concertación ajena a cualquier idea de lesividad y aquellos otros en los que esa acción concertada se hace merecedora de sanción penal.

En el supuesto que está siendo objeto de análisis, se describen los presupuestos fácticos indispensables para el juicio de subsunción. En efecto, la pertenencia al grupo criminal al que se refiere el art. 570 ter del CP, exige una actuación concertada de más de dos personas, concebida para la perpetración de delitos. Y esto es lo que se describe con precisión en el relato de hechos probados. Aunque resulte una obviedad recordarlo, la pertenencia al grupo no es una forma de participación en el delito de otro. Es un delito autónomo que, una vez acreditado, no exime a la acusación de probar, conforme a las reglas generales, la autoría o participación en el resto de las infracciones que hayan sido ejecutadas por los demás integrantes de la estructura grupal que se ha puesto al servicio del delito.

En definitiva, en el factum se contienen todos y cada uno de los elementos que integran el delito por el que se ha formulado condena: a) la unión de dos o más personas - Raimundo, Roque, Serafin y Vicente -; b) una actuación estratégicamente concertada para cometer delitos -la adquisición de tabaco procedente del extranjero sin cumplir los requisitos fiscales y aduaneros, para su posterior reventa en España-; c) una intervención que desborde los límites conceptuales de la codelincuencia -se trata de viajes repetidos, en los que cada uno de los acusados asume distintas funciones que van desde la conducción de los vehículos a la vigilancia en otro automóvil que actúa de lanzadera o el aviso anticipado de los lugares en los que se han fijado los controles por la Guardia Civil-.

En definitiva, el juicio de subsunción fue correcto y procede, por tanto, la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

Cuarto.

El tercero de los motivos denuncia, con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. La alegada infracción de este derecho habría estado originada por una doble causa.

A) La primera, por la no audición en el plenario de las escuchas telefónicas que fueron practicadas durante la fase de investigación. Sostiene la defensa que se trata de un deber de la acusación, cuyo incumplimiento afectaría directamente al derecho constitucional a la presunción de inocencia.

No es éste el criterio de la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional. La corrección del juicio de autoría no depende, en modo alguno, de que esas conversaciones



www.civil-mercantil.com

hayan sido o no escuchadas en el juicio oral. Tiene declarado esta Sala Segunda que las transcripciones de las cintas, ya sean totales o fragmentarias, estén o no efectuadas por la policía y se hayan o no cotejado con las cintas, no se integran el ámbito de protección constitucional, pues la prueba está constituida en las propias conversaciones grabadas, y su transcripción es un simple medio auxiliar contingente, por tanto los errores que se hayan cometido carecen de relevancia legal (cfr SSTS 250/2014, 14 de marzo ; 538/2001, 30 de marzo y 1954/2000, 1 de marzo).

De ahí que esas escuchas, debidamente autorizadas, sometidas a control judicial e inspiradas en los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, serán susceptibles de valoración jurisdiccional siempre que puedan convertirse en verdadera prueba. En efecto, las SSTS 209/2013, 6 de marzo ; 363/2008, 23 de junio , 1778/2001, 3 de octubre y 807/2001, 11 de mayo , recuerdan que el contenido de esas escuchas, como medio de prueba plena en el juicio deberá ser introducido en el mismo regularmente, bien mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba, mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documentada, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas, criterio también reiterado en las SSTS 112/2012, 23 de febrero ; 1070/2003, 22 de julio y 112/2002, 17 de junio .

La queja del recurrente no puede ser atendida.

B) La segunda, la falta de sostén probatorio respecto de la existencia de un verdadero grupo criminal. En este punto la defensa se remite a la argumentación hecha valer en el motivo segundo.

Ello permite también a la Sala acudir a esa técnica remisoria para justificar la improcedencia del motivo. Baste apuntar que lo que proclama el juicio histórico respecto a la actuación concertada y a la distribución de papeles para la ejecución del delito, no es sino el resultado de la valoración de las pruebas ofrecidas por el Fiscal al Tribunal a quo. La lectura en el plenario de la transcripción de las conversaciones intervenidas, el testimonio de los agentes que participaron en los seguimientos y en la detención final de los acusados y, sobre todo, las piezas de convicción aprehendidas, son elementos de cargo de inequívoco significado incriminatorio que, además, han sido valorados conforme a pautas racionales y máximas de experiencias compartidas por todos. De ahí la ausencia de toda vulneración constitucional en el momento de afirmar la autoría del recurrente.

El motivo ha de ser desestimado (arts. 885.1 y 2 LECrim).

RECURSO DE Jose Ángel

Quinto.

El primero de los motivos, con la cobertura de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia infracción del derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE .

A las razones ya apuntadas por los anteriores recurrentes y que han sido objeto de atención y respuesta en el FJ 2º de esta resolución, se añaden otras consideraciones críticas que aspiran a la declaración de nulidad de la prueba de intervención telefónica acordada por el Juez de instrucción. Ninguna de ellas, sin embargo, tiene virtualidad para producir ese efecto.

A) Se alega que ni el auto inicial ni alguna de las resoluciones que siguieron a aquél, fijaba un límite total de duración de las interceptaciones, que se han ido sucediendo en cadena.



www.civil-mercantil.com

No es exacta esta afirmación. La Sala ha examinado el auto de 28 de marzo de 2011 (art. 899 de la LECrim) y constata que en los folios 14 y 15 del primer tomo, se contiene la parte dispositiva de esa resolución, en la que puede leerse expresamente que "... la autorización se concede por término de un mes desde la fecha de esta resolución". Además, se impone a los agentes facultados el deber de "... dar cuenta quincenalmente de los avances de la investigación". Una tercera cautela se añade a lo ya reseñado: "... asimismo, transcurrido el término del mes señalado anteriormente, deberá realizar informe del resultado de la intervención autorizada o previamente si termina con anterioridad la investigación". Idéntica fórmula de autorización, control y fiscalización se inserta en los autos habilitantes de 1 de abril de 2011 (folio 32), 7 de abril de 2011 (folio 52) y 12 de abril de 2011 (folio 68).

B) Sostiene el acusado que el delito a investigar no era lo suficientemente grave.

Tampoco es cierta esta alegación.

Las penas asociadas al delito de contrabando previsto en el art. 3.3.b) de la LO 12/1995, 12 de diciembre , tras la redacción operada por la reforma de la LO 6/2011, de 30 de junio, se corresponden con prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos (art. 3). En su redacción inicial se preveía una pena de prisión menor en sus grados medio o máximo -de 2 años, 4 meses y 1 día a 6 años- y multa del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos. Y la disposición transitoria undécima de la LO 10/1995, 23 de noviembre , sustituyó la pena de prisión de prisión menor por la de 6 meses a 3 años de prisión.

Más allá de una consideración puramente cuantitativa, que atendiera al límite de 5 años fijado por el art. 33.1.2 del CP y a la previsión del apartado 3.j) del mismo precepto, que considera siempre pena menos grave "... la multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía", lo cierto es que la jurisprudencia constitucional no se ha aferrado a una interpretación ceñida a la gravedad aritmética de la pena señalada al delito por el que finalmente resulta condenado el acusado. Así, por ejemplo, ha acudido al especial interés que para el Estado encierra el bien jurídico protegido y que es vulnerado por el delito - STC 82/2002, 22 de abril , el bienestar económico y la tutela constitucional de la salud-; la relevancia social del delito - SSTC 123/2002, 20 de mayo y 167/2002, 18 de septiembre , entendida como amplitud del cuerpo social afectado por las consecuencias del delito-, y, por último, la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito - STC 104/2006, 3 de abril -.

Es posible que las líneas inspiradoras de la sentencia 8 de abril de 2014, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante la que se declara la nulidad de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, haga aconsejable, para algunos supuestos concretos, una relectura del entendimiento más extendido de las exigencias inherentes al principio de proporcionalidad. Sin embargo, en el presente caso, la existencia de un grupo organizado, la implicación de un Guardia Civil que, con quebranto del sigilo que le era exigible, facilitaba el tránsito de la mercancía ilegal y, en fin, la sospecha inicial de que los acusados también importaban clandestinamente hachís, son elementos que refuerzan el criterio jurisprudencial antes expuesto y despejan cualquier duda acerca de la corrección constitucional del juicio de proporcionalidad ponderado por el Juez instructor.

C) Ninguna viabilidad puede predicarse de la tesis que sostiene la ruptura de la cadena de custodia referida a uno de los CDs en el que se recogía la conversación sostenida por el recurrente. Esa falta de diligencia en la custodia de los soportes digitales habría hecho imposible una prueba pericial de cotejo de voces, con el consiguiente perjuicio para Jose Ángel



www.civil-mercantil.com

Respecto de la ausencia de una prueba pericial que hubiera acreditado la integridad de la voz del recurrente, en contraste con la recogida en los soportes que reproducían sus conversaciones, conviene tener presente -decíamos en las SSTS 75/2012, 28 de septiembre, 412/2011, 11 de mayo y 593/2009, 8 de junio, entre otras- que la validez de las escuchas telefónicas no exige como presupuesto constitutivo el aval de un informe pericial que dictamine acerca de la coincidencia entre la voz registrada y la de aquella persona a la que esa voz se atribuye por la investigación. La posibilidad de alcanzar una convicción judicial sin necesidad de un dictamen pericial previo ha sido ya defendida por la jurisprudencia de esta Sala (cfr. STS 1286/2006, 30 de noviembre), que también ha proclamado la no exigencia, con carácter general, de una comparecencia previa al juicio oral, con la correspondiente audición, con el fin de que los imputados pudieran reconocer o negar como propia la voz que había sido objeto de grabación (cfr. STS 537/2008, 12 de septiembre). Es cierto que el órgano de enjuiciamiento no puede albergar duda alguna respecto de la autenticidad y la atribuibilidad de las voces. Pero su convicción no tiene por qué obtenerse necesariamente mediante el formato de una pericial o una comparecencia previa de audición. En el presente caso, el inconfundible acento de algunos de los imputados que han llegado a cuestionar su propia voz y, sobre todo, su falta de iniciativa procesal a la hora de aportar cualquier elemento probatorio que pudiera respaldar su reproche, obligan a rechazar tal línea argumental.

El motivo, en consecuencia, ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

Sexto.

El segundo motivo, con la misma cobertura que el precedente, sostiene la infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

Aduce la defensa que la sentencia de instancia no ha concedido el más mínimo valor a la explicación que dio Jose Ángel acerca de las circunstancias de su viaje, en el momento en el que fue detenido. El concierto entre los acusados lo deduce la Audiencia -se insiste- a partir de "... indicios puramente causales".

No tiene razón el recurrente.

El acusado fue detenido cuando conducía el vehículo Citroen C-4, matrícula-PLT . En su interior se hallaron 2.000 cajetillas de tabaco Winston y 1.000 cajetillas de la marca Fortuna. La conclusión a la que llega el Tribunal, referida al concierto previo con los otros acusados para introducir y difundir distintas cantidades de tabaco de contrabando que transportaban en sus respectivos coches de alquiler, no encierra ninguna extravagancia. Los agentes de la Guardia Civil que practicaron la detención pusieron de manifiesto en el juicio oral que los tres automóviles viajaban en caravana, precedidos por otro que asumía la función de lanzadera, todo ello con el auxilio de Vicente quien, por razón de su profesión, les informaba previamente de las vigilancias y controles establecidos por los agentes que investigan el contrabando en esa zona. Además, como subraya el Fiscal en su informe, justo en el momento de su detención, a las 22,45 horas -folio 375- recibió una llamada telefónica del otro coacusado Raimundo , con quien manifestó no tener relación alguna. En el juicio oral -minuto 57 del DVD- insistió en circular solo a pesar de que los agentes reiteraron que iban los tres juntos. El acusado, en fin, fue a adquirir los efectos en un vehículo alquilado, estuvo acompañado de los otros acusados, recibió la llamada de uno de ellos, con quien negó tener trato alguno y, además, estaba siendo objeto de vigilancia por los agentes que testimoniaron en el plenario.

La prueba ha sido suficientemente incriminatoria, válida y racionalmente ponderada. No puede hablarse, por tanto, de menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. De ahí que proceda la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).



www.civil-mercantil.com

Séptimo.

El tercer motivo, con la cobertura del art. 849.1 de la LECrim denuncia infracción de ley, indebida aplicación del art. 2.3.b) de la LO 12/1995 , en relación con los arts. 28 y 29 del CP .

El desarrollo del motivo mezcla consideraciones referidas a la falta de sostén probatorio del relato de hechos probados -inviabiles por la vía del art. 849.1 de la LECrim , que exige argumentar a partir de la aceptación del factum- y alegaciones que niegan el carácter de autor al recurrente, dado el valor del tabaco que le fue intervenido (11.250 euros), que no habría alcanzado el límite de punibilidad que fija la ley vigente (15.000 euros, ex art. 2.3.b).

La línea argumental que hace valer la defensa se aparta de la proclamación del juicio histórico, en el que se describe una actuación concertada de los acusados para "... adquirir tabaco procedente del extranjero sin cumplir los requisitos fiscales y aduaneros y proceder a su reventa en España". Se distancia también de la secuencia de la detención de tres de los acusados, cada uno de ellos conduciendo un vehículo distinto, circulando en caravana y con otro coche en funciones de vigilancia. Pues bien, el valor total del tabaco aprehendido por los agentes de la Guardia Civil, según precisa el propio relato de hechos probados, ascendió a 38.700 euros. Se rebasa con creces la condición objetiva de punibilidad que inserta el art. 2.3.b), en relación con el art. 2.1.d) de la LO 12/1995, 12 de diciembre , de represión del contrabando.

No ha existido error en el juicio de subsunción. El motivo ha de ser desestimado (art. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

Octavo.

El cuarto motivo sirve de vehículo para sostener otra vulneración constitucional, que se habría producido por la falta de motivación individualizada de la pena impuesta al recurrente (arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , en relación con el art. 24 de la CE).

El alegato no puede prosperar. La sentencia de instancia sí dedica parte de su fundamentación jurídica -FJ 12º- a exteriorizar las razones por las que rebasa la duración mínima de las penas impuestas. De hecho, explica que no se ciñe a ese mínimo a la vista de "... la cuantía intervenida (más del doble del mínimo legal) y de las circunstancias del mismo (concierto criminal, actividad múltiple, intervención de funcionario público)". La defensa pretende que la pena sólo tome en consideración la aportación concreta del acusado y la cantidad de tabaco que le fue decomisada. Sin embargo, en palabras del Fiscal que la Sala asume como propias, desligar su responsabilidad del alcance de la actividad conjunta desplegada con los demás acusados, cuyas consecuencias aceptó en el lucro, no parece una posición razonable.

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 LECrim).

Noveno.

El quinto de los motivos formalizados se plantea al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por infracción de ley, indebida aplicación del art. 127 del CP , en la medida en que la sentencia recurrida ha impuesto a Jose Ángel el deber de indemnizar al Estado, en concepto de responsabilidad civil, con una cantidad en la que se incluye la deuda aduanera, lo que implicaría una vulneración del art. 233.d) del Reglamento 2913/1992, de la CEE .

A juicio del recurrente, la deuda aduanera habría quedado extinguida por la intervención y posterior comiso de la mercancía, sin que pueda ni excepcionalmente mantenerse la obligación de su pago en concepto de responsabilidad civil.



www.civil-mercantil.com

El motivo no puede ser estimado.

A) La naturaleza del recurso extraordinario de casación, de modo singular en aquellos casos en los que se formaliza el motivo por la vía del art. 849.1 de la LECrim , determina que nuestra respuesta se circunscriba a los términos en que la queja se ha hecho valer. El recurrente sólo reacciona frente a la inclusión de la deuda aduanera en el montante de responsabilidad civil. Ninguna alegación se formula frente a la exigida deuda tributaria, también acogida en el pronunciamiento indemnizatorio. Y no son conceptos, desde luego, sustancialmente idénticos. La STS 330/2006, 10 de marzo , abordó una alegación similar, si bien el hecho de que la determinación de la deuda aduanera hubiera sido deferida a ejecución de sentencia, llevó a esta Sala a no anticipar una respuesta al tema suscitado.

El art. 4 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre , de represión del contrabando, redactado conforme a la reforma de la LO 6/2011, de 30 de junio, dispone que "... en los procedimientos por delito de contrabando la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria y aduanera no ingresada, que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción, caducidad o cualquier otra causa legal prevista en la Ley General Tributaria o en la normativa aduanera de la Unión Europea, incluidos sus intereses de demora ".

El diferente significado de una y otra deuda -tributaria y aduanera- está sugerido en ese precepto. Pero, además, el apartado 20 del art. 1 de la referida LO 12/1995 , entiende por deuda aduanera, en el capítulo de definiciones legales, " la obligación definida como tal en el apartado 13 del artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado)". En este último texto -art. 4, apartado 13- se identifica el concepto de deuda aduanera con " la obligación de una persona de pagar el importe de los derechos de importación o exportación aplicables a mercancías específicas con arreglo a la legislación aduanera vigente ".

Frente al concepto de deuda aduanera, la deuda tributaria no se halla definida en la LO 12/1995. En aquélla se incluiría el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (cfr. arts. 17 y 18.1 y 2 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre), y el Impuesto sobre las Labores del Tabaco (cfr. arts. 5.3 , 56.1 , 1.1 , y 7.2 de la Ley 38/1992, 28 de diciembre).

El recurrente sólo discute la inclusión en el concepto indemnizatorio de la deuda aduanera. A esa alegación se limita nuestra respuesta, sin adentrarnos en otras consideraciones referidas, no ya a la deuda aduanera, sino a la deuda tributaria incorporada al fallo en concepto de responsabilidad civil.

También hemos de precisar que buena parte del discurso impugnatorio esgrimido por el recurrente, se construye a partir de una norma ya no vigente. Y es que el Reglamento 2913/1992, de la CEE, ha sido recientemente derogado por el Reglamento (UE) nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión. Sin embargo, el hecho de que fuera la primera norma la que estaba en vigor en el momento de la comisión de los hechos y la fijación del alcance de la responsabilidad civil, es a ella a la que vamos a referirnos.

B) La sentencia cuestionada descarta cualquier duplicidad valorativa, con potencial afectación de la prohibición constitucional de bis in idem, entre el comiso y la responsabilidad civil. Su distinta naturaleza -punitiva y confiscatoria el comiso, reparatoria la indemnización acordada en el marco de la responsabilidad civil- permiten eludir el riesgo de doble valoración. Carece de sentido afirmar que siempre que medie el decomiso de los efectos del delito se cierra la puerta a cualquier pronunciamiento civil de carácter indemnizatorio.



www.civil-mercantil.com

De lo que se trata ahora es de discernir acerca de la corrección del criterio de la Audiencia, no a partir de la compatibilidad entre comiso y responsabilidad civil, sino analizando el régimen de extinción de la deuda aduanera a que se refiere el Código Aduanero. En efecto, el artículo 233 del Reglamento (CEE), núm. 2913/1992 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario -sobre su falta de vigencia ya nos hemos pronunciado supra- fija el régimen de extinción de la deuda aduanera. En él se dispone lo siguiente: « Sin perjuicio de las disposiciones vigentes relativas a la prescripción de la acción relativa a la deuda aduanera, así como a la no recaudación del importe de la deuda aduanera en caso de insolvencia del deudor determinada judicialmente, la deuda aduanera se extinguirá:

a) por el pago del importe de los derechos;
b) por la condonación del importe de los derechos;
c) cuando, en relación con mercancías declaradas para un régimen aduanero que incluya la obligación de abonar derechos:

- la declaración en aduana se invalide [...];

- las mercancías, antes de que se haya autorizado el levante, sean o bien decomisadas y simultánea o posteriormente confiscadas, o bien destruidas por orden de las autoridades aduaneras, o bien destruidas o abandonadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182, o bien destruidas o irremediamente perdidas por una causa que dependa de la naturaleza misma de dichas mercancías, o por caso fortuito o de fuerza mayor;

d) cuando se decomisen en el momento de la introducción irregular y se confisquen simultánea o posteriormente mercancías que hayan dado origen a una deuda aduanera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202.

En caso de decomiso y confiscación, a efectos de la legislación penal aplicable a las infracciones aduaneras, la deuda aduanera no se considerará extinguida cuando la legislación penal de un Estado miembro establezca que los derechos de aduana sirven de base para determinar sanciones o cuando la existencia de una deuda aduanera sirva de base a acciones penales.»

Es, por tanto, el apartado d) del referido precepto el que resulta aplicable a la hora de ponderar si el comiso de las cajetillas de tabaco descubiertas en poder de los acusados, implicó la extinción del deber de indemnizar al tesoro público en el importe de la deuda aduanera.

Pues bien, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de fecha 2 de abril de 2009, número de recurso C-459/2007, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial promovida, al amparo del artículo 234 CE, por el Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Graz (Austria), resulta de obligada cita. En ella se planteaba la correcta interpretación de los artículos 202 y 233, párrafo primero, letra d), del Reglamento (CEE) nº 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario. Se trataba de fijar el alcance de la extinción de pago de la deuda aduanera como consecuencia del decomiso de las mercancías ilegalmente introducidas y de la determinación del momento en el que el deudor quedaba exonerado como consecuencia de la intervención de los efectos clandestinamente introducidos en territorio comunitario.

Los párrafos 22 a 38 concentran la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión suscitada. Su transcripción literal resulta indispensable:



www.civil-mercantil.com

"22. Del propio texto de los artículos 38 a 41 del Código aduanero se desprende que, para que pueda considerarse que una mercancía ha sido introducida de manera regular en el territorio aduanero de la Comunidad, debe, desde su llegada, ser trasladada a una aduana o a una zona franca y ser presentada en aduana. La finalidad de esta última obligación, que corresponde al responsable de la introducción o al que se hace cargo del transporte, es garantizar que se informe a las autoridades aduaneras no sólo de la llegada de las mercancías, sino también de todos los datos pertinentes relativos al tipo de artículo o de producto de que se trate, así como a la cantidad de tales mercancías. En efecto, esta información permitirá la identificación correcta de aquéllas, con vistas a su clasificación arancelaria y, en su caso, al cálculo de los derechos de importación (sentencia Papismedov y otros, antes citada, apartado 27).

23. A este respecto, el Tribunal de Justicia consideró que del tenor y de la sistemática de los artículos 4, punto 19, 38, apartado 1, y 40 del Código aduanero se desprende claramente que todas las mercancías introducidas en el territorio aduanero de la Comunidad deberán presentarse en aduana. La circunstancia de que algunas mercancías estén ocultas en escondites del vehículo en el que se transportan no tiene por efecto sustraerlas a la citada obligación (sentencia de 4 de marzo de 2004, Viluckas y Jonusas, C-238/02 y C-246/02, Rec. p. I-2141, apartado 22).

24. Procede añadir que, como resulta del artículo 163, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 2454/93, en su versión modificada por el Reglamento nº 2787/2000, a efectos de la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas, se considera «lugar de introducción en el territorio aduanero de la Comunidad», para las mercancías transportadas por vía terrestre, el lugar de la primera oficina aduanera.

25. De las consideraciones anteriores se deduce, como sostiene acertadamente la Comisión de las Comunidades Europeas, que la introducción irregular de mercancías se consume desde que pasan la primera oficina aduanera situada en el interior del territorio aduanero de la Comunidad sin que hayan sido presentadas en ella.

26. Por consiguiente, debe considerarse que han sido objeto de una «introducción irregular» en ese territorio en el sentido del artículo 202 del Código aduanero las mercancías que, habiendo cruzado la frontera terrestre exterior de la Comunidad, se encuentran en dicho territorio más allá de la primera oficina aduanera, sin haber sido conducidas hasta allí y sin que hayan sido presentadas en aduana, con el resultado de que las autoridades aduaneras no han recibido comunicación del hecho de la introducción de esas mercancías por parte de las personas responsables de la ejecución de esa obligación.

27. Además, del tenor del artículo 202, apartados 2 y 3, del Código aduanero se desprende que una operación de importación de mercancías en el territorio aduanero de la Comunidad que se desarrolla en las condiciones descritas en el apartado anterior hace nacer una deuda aduanera a cargo de la persona que haya procedido a tal importación en el momento mismo de la introducción irregular, a saber, el momento en que consta que no se han cumplido las formalidades previstas, en particular, en los apartados 38 a 41 del citado Código. Así, la introducción irregular y el nacimiento de la deuda tienen lugar simultáneamente.

28. Pues bien, habida cuenta de que el decomiso de las mercancías en el momento de la introducción irregular y su confiscación, simultánea o posterior, suponen, en aplicación del artículo 233, párrafo primero, letra d), del Código aduanero, la extinción de la deuda aduanera, se plantea la cuestión de en qué momento debe producirse ese decomiso para que tenga efectos liberatorios para el deudor.

29. Es preciso señalar que el objetivo de la extinción de la deuda aduanera prevista en el artículo 233, párrafo primero, letra d), del Código aduanero es evitar la imposición de un derecho en el caso de que la mercancía, aun siendo introducida ilegalmente en el territorio comunitario, no haya podido ser comercializada, y, por tanto, no haya constituido una amenaza, en términos de competencia, para las mercancías comunitarias.



www.civil-mercantil.com

30. En el contexto del Código aduanero, el decomiso, acompañado de la confiscación de las mercancías en el momento de la introducción irregular de éstas, previsto en el artículo 233, párrafo primero, letra d), del citado Código, constituye, a semejanza de los casos contemplados en las letras a) a c) de ese artículo 233, párrafo primero, a saber, el pago del importe de los derechos, la condonación del importe de los derechos, la invalidación de la declaración en aduana y, antes de que se haya procedido al levante, el decomiso con confiscación, la destrucción, el abandono o la pérdida irremediable de mercancías declaradas, una causa de extinción de la deuda aduanera que debe ser objeto de interpretación estricta.

31. Este análisis es confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que declaró, en la sentencia de 14 de noviembre de 2002, SPKR (C-112/01, Rec. p. I-10655), apartado 31, que el artículo 233 del Código aduanero responde a la necesidad de proteger los recursos propios de la Comunidad, objetivo que no puede ser menoscabado mediante el establecimiento de nuevas causas de extinción de la deuda aduanera. Dicha necesidad se impone con más fuerza por lo que se refiere a la determinación del momento en que debe tener lugar el decomiso de las mercancías que puede suponer la extinción de la deuda aduanera relativa a éstas.

32. A este respecto, debe señalarse que la presencia en el territorio aduanero de la Comunidad de mercancías introducidas irregularmente entraña, en sí misma, un riesgo muy elevado de que tales mercancías acaben integradas en el circuito económico de los Estados miembros y de que, una vez que esas mercancías hayan pasado la zona en la que se encuentra la primera oficina aduanera situada en el interior de dicho territorio, haya menos posibilidades de que sean descubiertas de manera fortuita por las autoridades aduaneras en el marco de controles imprevistos.

33. Es, en efecto, en las oficinas aduaneras, que se hallan emplazadas estratégicamente en los puntos de entrada situados en las fronteras exteriores, donde las autoridades pueden ejercer mejor un control intensivo de las mercancías que entran en el territorio aduanero de la Comunidad, para evitar tanto la competencia desleal hecha a los productores comunitarios como la pérdida de ingresos fiscales que implican las importaciones fraudulentas.

34. De lo antedicho se desprende que el decomiso de mercancías introducidas en el territorio aduanero de la Comunidad infringiendo los artículos 38 a 41 del Código aduanero, que tiene lugar más allá de la primera oficina aduanera situada en el interior de ese territorio y que prácticamente se produce por casualidad, no puede suponer la extinción de la deuda aduanera en el sentido del artículo 233, párrafo primero, letra d), del Código aduanero.

35. El Gobierno finlandés sostiene que esta interpretación del artículo 233, párrafo primero, letra d), del Código aduanero vulnera el principio de igualdad de trato, en la medida en que las personas que realizaron las introducciones irregulares de mercancías en el sentido del artículo 202 del Código aduanero se encuentran en una situación diferente según su comportamiento sea descubierto en la oficina aduanera en la frontera o más allá de ésta.

36. De reiterada jurisprudencia se desprende que la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o bien en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Truck Center, C-282/07 (LA LEY 243994/2008), Rec. p. I-0000, apartado 37 y jurisprudencia citada).

37. A este respecto, procede señalar que la diferencia de trato establecida por el artículo 233, párrafo primero, letra d), del Código aduanero, por lo que se refiere a la extinción de la deuda aduanera, en función de que las mercancías objeto de una introducción irregular



www.civil-mercantil.com

sean decomisadas en ese momento o posteriormente, se refiere a situaciones que, como se desprende de los apartados 32 y 33 de la presente sentencia, no son objetivamente comparables en cuanto al riesgo que supone la presencia de tales mercancías en el territorio aduanero de la Comunidad para los intereses de ésta.

38. A la luz de las consideraciones anteriores, se ha de responder a la primera cuestión planteada que los artículos 202 y 233, párrafo primero, letra d), del Código aduanero deben interpretarse en el sentido de que, para causar la extinción de la deuda aduanera, el decomiso de mercancías introducidas irregularmente en el territorio aduanero de la Comunidad debe producirse antes de que tales mercancías pasen la primera oficina aduanera situada en el interior de ese territorio".

C) En el caso que es objeto de nuestra atención, según precisa el juicio histórico, los acusados fueron interceptados en distintos vehículos con el cargamento de tabaco rubio - Winston, Ducal, Fortuna y Ducados- ascendente a 38.700 euros. Y esa interceptación se produjo "... a la altura del Kilómetro 23 de la carretera A- 386, dirección Santaella", cuando procedían de un punto "... no determinado del territorio nacional pero cercano al Campo de Gibraltar, con la intención de adquirir tabaco procedente del extranjero sin cumplir los requisitos fiscales y aduaneros y proceder a su reventa en España".

En consecuencia, el decomiso de esos efectos se produjo mucho más allá de lo que el TJUE denomina en la sentencia antes transcrita "... la primera oficina aduanera situada en el interior de ese territorio". De ahí que el principio general referido a la extinción de la deuda aduanera por el decomiso de la mercancía (art. 233.d) del Reglamento 2913/1992), haya de ser interpretado conforme a la idea de que la entrada y circulación clandestina de esos efectos, implican " un riesgo muy elevado de que tales mercancías acaben integradas en el circuito económico de los Estados miembros", con el consiguiente daño a los derechos arancelarios de la Unión Europea.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

Décimo.

El sexto motivo denuncia quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim , ya que la sentencia no declara terminantemente los hechos probados e incluye como tal un concepto jurídico predeterminante del fallo.

El motivo no exige grandes esfuerzos argumentales para justificar su desestimación. El carácter terminante de la declaración de hechos probados se constata con su simple lectura. No existen proposiciones disyuntivas, ambiguas o estructuralmente contradictorias. Tampoco se ha predeterminado el fallo, pues la expresión que se invoca para justificar la procedencia del motivo - pactum scaeleris- ni siquiera ha sido acogida en el juicio histórico. Incluso, para el caso en que esa expresión se hubiera alojado en el relato de hechos probados, la integridad y coherencia de éste no se habría visto alterada.

Se desestima el motivo (arts. 884.4 885.1 y 2 LECrim).

Undécimo.

La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por las respectivas representaciones legales de Raimundo , Serafin , Vicente , Roque y Jose Ángel , contra la sentencia de fecha 21 de octubre de 2013, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba , en la causa seguida por los delitos de contrabando, pertenencia a grupo criminal y revelación de secretos y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario 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.