

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1118/2024, de 09 de diciembre de 2024

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4715/2022

SUMARIO:**Contrabando. Género prohibido. Delito la mera tenencia. Principio acusatorio.**

El respeto al principio acusatorio conlleva un deber de congruencia entre la acusación formulada y el fallo de la sentencia que no solo se exige al órgano sentenciador en primera instancia sino que debe ser observado y respetado en todas las fases del proceso por los tribunales que resuelvan de los eventuales recursos formulados por las partes frente a la sentencia, sin que les esté permitida la inclusión de nuevos hechos, ni en la declaración de hechos probados ni en los fundamentos de la sentencia. Todo ello impide que la sentencia pueda condenar por un hecho distinto e introducido de forma sorpresiva, que no haya sido previamente sometido en el contradictorio y por el que no se acusó, privando al acusado de su posibilidad de defenderse. No es exigible un absoluto mimetismo, de forma que no habrá lesión del principio acusatorio cuando se condene por un delito distinto, siempre que sea homogéneo, es decir, cuando se condene por un delito que constituya una modalidad distinta pero cercana dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que todos los elementos del tipo aplicado estén contenidos en el delito objeto de acusación se introduzca ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse. El apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación "requiere el cumplimiento de dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación. La segunda condición es que ambos delitos, el declarado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo. El principio acusatorio no impide "que el juzgador imponga pena superior a la solicitada por las acusaciones, cuando no se alteren los hechos aducidos en el proceso, y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación. Es admisible que el tribunal de instancia imponga una pena superior a la solicitada si ésta no es la mínima legal y como en este caso se agravó la pena pero siguió sin imponerse la pena mínima legal no cabe por vía de recurso subsanar esa deficiencia, de ahí que deba mantenerse la pena impuesta en la instancia sin ulteriores modificaciones.

Sobre el delito de contrabando, la inclusión de las embarcaciones como género prohibido a efectos de la legislación de contrabando tenía como finalidad adelantar las barreras de protección sancionando la mera tenencia. La comisión del delito no exige la acreditación de la utilización de la embarcación para la introducción de drogas, armas o personas o cualquier objeto empleado en el seno de organizaciones criminales, ni tampoco que el autor sea el propietario de la nave o persona que realice labores de marinería o auxilio en la navegación. El tipo penal castiga la mera tenencia. No puede existir una exoneración por contrabando bajo el alegato de que no son patrones. La condición de usuarios de la navegación de la embarcación en el momento del transporte de la droga les hace responsables.

PONENTE:

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Síguenos en...



Magistrados:

D.ANDRES MARTINEZ ARRIETA
D.ANDRES PALOMO DEL ARCO
D^a. ANA MARIA FERRER GARCIA
D.VICENTE MAGRO SERVET
D.EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.118/2024

Fecha de sentencia: 09/12/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4715/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/11/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: AP Ceuta- Sección 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MCH

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4715/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1118/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 9 de diciembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 4715/2022 interpuesto por Pedro, representado por la procuradora doña Susana ROMAN BERNET bajo la dirección letrada de don Javier HERMOSO GONZÁLEZ, por Teofilo, representado por el procurador don Ángel RUIZ REINA bajo la dirección letrada de don José Luis PIZARRO CARRETO y por Jose Ignacio, representado por el procurador don Javier ÁLVAREZ DÍEZ bajo la dirección letrada de don Antonio NAVAS MARTÍNEZ, contra la sentencia nº 33/2022 de fecha 05/04/2022, dictada por la Sección 6ª de

Síguenos en...



la Audiencia Provincial de Cádiz-Ceuta en el Procedimiento Abreviado nº 15/2021, que desestima el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes contra la sentencia nº 65/2021, dictada el día 16 de marzo de 2021 por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ceuta, Procedimiento Abreviado nº 207/2020, en la que se les condenó por un delito de contrabando. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de Instrucción nº 3 de Ceuta incoó Diligencias Previas nº 281/2019 por un delito de contrabando, contra Pedro, Teofilo y Jose Ignacio, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal nº 1 de Ceuta. Incoado el Procedimiento Abreviado nº 207/2020 con fecha 16/03/2021 dictó sentencia nº 65/2021 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"1.- Sobre las 6:30 horas del día 28 de julio de 2019, los acusados, D. Pedro, D. Teofilo, D. Jose Ignacio, fueron sorprendidos por agentes de la Guardia Civil cuando iban a bordo de una embarcación semirrígida por la Bahía Sur de la Ciudad de Ceuta.

Los acusados, al verse sorprendidos, emprendieron la huida a gran velocidad hacia tierra, embarrancando la embarcación en la playa del Desnarigado para continuar a pie la huida hasta que finalmente fueron detenidos.

2.- La embarcación ocupada por los acusados era una semirrígida de 12 metros de eslora, con 3 propulsores marca Yamaha 350 V8, valorada en 159.783,09 euros.

3.- Los acusados sabían que la embarcación tiene la consideración de género prohibido"

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"1.- CONDENAR a D. Pedro, D. Teofilo y a D. Jose Ignacio, como autores criminalmente responsables de un delito de contrabando, a la pena de 3 años y 1 día de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo periodo de tiempo, 159783,09 euros de multa con 15 días de prisión en concepto de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

2.- Decomisar la embarcación intervenida.

3.- Imponer a los condenados el pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que es recurrible en apelación en el plazo de los 10 días siguientes a la notificación.

Por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo."

3. Notificada la sentencia, la representación procesal de Pedro, Teofilo y Jose Ignacio, interpuso recurso de apelación ante la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, formándose el Rollo de Apelación nº 15/2021. En fecha 05/04/2021 el citado Tribunal dictó sentencia nº 33/2022, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"1) Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Susana Román Bernet en representación de Pedro contra la sentencia que le condenó como autor de un delito de contrabando.

2) Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador Ángel Ruiz Reina en representación de Teofilo contra la sentencia que le condenó como autor de un delito de contrabando.

3) Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Esther González Melgar en representación de Jose Ignacio contra la sentencia que le condenó como autor de un delito de contrabando.

4) Declaramos de oficio las costas procesales que se hubieran podido generar con ocasión del recurso de apelación de Pedro.

Síguenos en...

5) Declaramos de oficio las costas procesales que se hubieran podido generar con ocasión del recurso de apelación de Teofilo.

6) Declaramos de oficio las costas procesales que se hubieran podido generar con ocasión del recurso de apelación de Jose Ignacio.

Esta sentencia no es firme, pudiendo interponerse contra la misma un recurso de casación fundado exclusivamente en que en los hechos declarados probados se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal, que habrá de prepararse en el plazo de cinco días desde su última notificación.

Así lo resuelven y firman los magistrados indicados en el encabezamiento."

4. Notificada la sentencia, la representación procesal de Pedro, Teofilo y Jose Ignacio anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

5. El recurso formalizado por Pedro se basó en un UNICO MOTIVO DE CASACIÓN:

1. Infracción de ley del art. 849.1 LECrim. Vulneración del derecho a la Tutela Judicial Efectiva en relación al principio acusatorio.

El recurso formalizado por Teofilo se basó en un UNICO MOTIVO DE CASACIÓN:

1. Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 LECrim, por cuanto en la Sentencia aplica indebidamente la pena interesada en el art. 1 apartado 12 y 2.2 de la LO 12/1995 de 12 de diciembre de represión del contrabando en relación con lo dispuesto en el artículo único 1 a) ii del Real Decreto Ley 16/2018 de 26 de octubre, con la pena interesada por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación provisional y sus posteriores modificaciones.

El recurso formalizado por Jose Ignacio se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1. Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la LECrim, vulneración del principio acusatorio y del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la CE.

5. Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 07/02/2023, solicitó la inadmisión de los recursos e interesó su desestimación. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 26/11/2024 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Jose Ignacio

1. Motivo único por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim

Se ha recurrido en casación la sentencia de cinco de abril de 2022 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz en la que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia número 65/2021, de 16/03/2021, del Juzgado de lo Penal número 1 de Ceuta. En esta última sentencia se condenó a quienes ahora recurren ante esta Sala por la comisión de un delito contrabando.

En un solo motivo de casación se censura la sentencia a través de tres alegatos diferentes y complementarios.

(i) Se aduce que el recurrente ha sido condenado por un delito distinto al interesado por la acusación pública, lo que conlleva la lesión del principio acusatorio y del derecho a la presunción de inocencia;

(ii) También se alega que una correcta interpretación del precepto aplicado (artículo 2.2.b en relación con el artículo 1.12 de la Ley Orgánica 12/1995) exige que sólo pueda castigarse como contrabando la mera tenencia respecto de quienes sean sus propietarios, tenedores o poseedores y puedan en el futuro realizar potencialmente actos de contrabando y no respecto

Síguenos en...



de quienes sean meros viajeros u ocupantes y con su presencia no favorezcan en modo alguno esa conducta poniendo en peligro los bienes jurídicos por la norma, todo ello en apoyo en la doctrina establecida por esta Sala en la STS 906/2021, de 24 de noviembre. Considera la defensa que no habiéndose acreditado una relación entre el desplazamiento de la embarcación y un transporte de género prohibido no puede haber condena por delito de contrabando, en tanto que un simple viajero no posee el dominio del hecho de dicho delito porque no podrá disponer en el futuro de la embarcación para transportar ese tipo de género.

(iii) Por último, se argumenta que en los hechos probados se declara que el acusado conocía que la embarcación era un género prohibido pero no que conociera que la embarcación tuviera un valor superior a 50.000 euros por lo que la conducta desplegada por el recurrente sería a lo sumo imprudente y procedería la rebaja de la pena impuesta en un grado, conforme a lo previsto en los artículos 2.5 y 3.1, in fine, de la LO 12/1995.

2. El primer argumento impugnativo se refiere a la una posible lesión del principio acusatorio por haberse aplicado un tipo penal diferente al solicitado por la acusación.

2.1 Conviene recordar que el principio acusatorio se configura como principio esencial de la fase de enjuiciamiento penal que deriva del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías ex artículo 24.2 de la Constitución Española.

Cumple una doble función de garantía: de un lado, la imparcialidad judicial, toda vez que impone a las acusaciones la delimitación de los elementos fácticos y jurídicos e impide la extralimitación de oficio sobre dichos elementos; y de otro, el derecho de defensa, que se concreta en el derecho del acusado a ser informado de los hechos objeto de acusación sobre los que defenderse, lo que le permite articular su estrategia de defensa y definir la tesis absolutoria (realizar alegaciones, proponer prueba, participar en su práctica e informar sobre su resultado en juicio).

Su aplicación obliga al órgano sentenciador a respetar los hechos objetivos y subjetivos establecidos en los escritos de acusación y defensa que tienen por objeto fijar los términos del debate, la calificación jurídica y la pena, y que, elevados a definitivas, constituyen el marco fáctico y jurídico en el que debe dictarse la sentencia.

El Tribunal Constitucional ha reconocido la íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho de defensa al afirmar que el acusado ha de tener posibilidad de combatir la acusación contra él formulada, con todas sus vertientes e implicaciones fácticas y jurídicas, tras la celebración de un debate contradictorio en que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios (SSTC 53/1987, de 7 mayo y 4/2002, de 14 de enero).

Por tanto, el respeto al principio acusatorio conlleva un deber de congruencia entre la acusación formulada y el fallo de la sentencia que no solo se exige al órgano sentenciador en primera instancia sino que debe ser observado y respetado en todas las fases del proceso por los tribunales que resuelvan de los eventuales recursos formulados por las partes frente a la sentencia, sin que les esté permitida la inclusión de nuevos hechos, ni en la declaración de hechos probados ni en los fundamentos de la sentencia como razonamiento para confirmar la condena.

Todo ello impide que la sentencia pueda condenar por un hecho distinto e introducido de forma sorpresiva, que no haya sido previamente sometido en el contradictorio y por el que no se acusó, privando al acusado de su posibilidad de defenderse.

Sentadas estas premisas lo que se advierte en el caso analizado es que esta defensa, al igual que las restantes, como veremos, plantea un problema de índole procesal y constitucional, que no tiene encaje en el motivo de casación establecido en el artículo 849.1 de la LECrim, en los términos a los que ahora nos referiremos, que tienen que ven con los límites de impugnación de una sentencia de apelación de una Audiencia Provincial.

En efecto, según hemos precisado en numerosas sentencias (SSTS 55/2018, de 31 de enero y 210/2017, de 28 de marzo, por todas) esta nueva modalidad de casación cumple fundamentalmente un función nomofiláctica por cuanto se pretende homogeneizar la interpretación de las normas penales en todos los órganos de la jurisdicción penal.

Como argumentamos en la STS 122/2019, de 8 de marzo, "el legislador de 2015 ha sido sensible a esta necesidad. Al tiempo que generaliza la doble instancia (otra sentida necesidad), ha abierto la casación, solo por infracción de ley del art. 849.1º (error iuris), a los delitos cuyo enjuiciamiento viene atribuido a los Juzgados de lo Penal. De esa forma se implanta una herramienta procesal idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo (vid. STC 134/1991, de 17 de junio), lo que repercute en una más efectiva satisfacción del principio de igualdad, minimizando (aunque sin llegar a neutralizar, lo que es objetivo no plenamente alcanzable) y reconduciendo a márgenes tolerables el peligro de respuestas judiciales desiguales ante situaciones iguales, con lo que ello comporta de erosión del principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE). No es admisible que una misma conducta pueda ser considerada delictiva en un territorio y atípica en otro. O que los contornos de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término del criterio de la Sección de la Audiencia a la que haya derivado el asunto la regla, objetiva pero aleatoria, consagrada en las normas de reparto.

Estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el artículo 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa -es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva- ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica.

Se posibilita con ello que las sentencias dictadas por los Juzgados tengan acceso a la casación, pero la extensión del ámbito impugnativo obliga a la restricción de las causas de impugnación, razón por la que el precepto antes citado sólo admita como cauce impugnativo del de infracción de ley, previsto en el artículo 849.1 de la LECrim.

En esa dirección esta Sala en el Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016 fijó los límites de este recurso de casación en los siguientes términos:

a) El art. 847 1º letra b) de la LECrim debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852. Por tanto, al tratarse de un recurso por infracción de ley penal sustantiva queda excluida la posibilidad de invocar vulneraciones de preceptos constitucionales, sin perjuicio de que éstas puedan ser invocadas para reforzar el alegato de infracción de la ley penal sustantiva.

b) Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 LECrim).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: (i) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, (ii) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, (iii) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido".

Por lo tanto, y de conformidad con la doctrina expuesta el motivo de casación incurre en causa de inadmisión que en este momento procesal se transmuta en causa de desestimación. No cabe en esta clase de recurso el planteamiento de cuestiones de naturaleza constitucional o procesal como la que aquí se ha formulado, lo que basta para la desestimación del motivo.

Síguenos en...

2.2 A todo lo anterior se suma que esta cuestión no fue expresamente planteada en los recursos de apelación en los que únicamente se invocó la lesión del principio acusatorio por la imposición de una pena superior a la solicitada, no por la condena por un delito distinto al que fue objeto de acusación.

Sobre este particular venimos declarando que por flexible que quieran interpretarse los motivos de casación, es obvio, que en cuanto último control de la legalidad ordinaria penal, aquellos motivos deben versar sobre cuestiones objeto de debate en el Plenario y decisión por el Tribunal sentenciador, de suerte que la técnica de injertar al socaire de la formalización del recurso de casación denuncias ex novo, no puede prosperar porque en primer lugar esta Sala Casacional, no puede verificar el control de legalidad de lo acordado en la instancia si éste va a versar sobre un tema no debatido, y en segundo lugar, con esta estrategia queda vulnerado el derecho de igualdad de armas, pues las otras partes --en este caso el Ministerio Fiscal-- se vería impedido de efectuar alegaciones contra argumentaciones y probanzas. Por ello existe un sólido corpus doctrinal de esta Sala que en relación a la proposición de cuestiones nuevas en la casación (SSTS 162/96 de 23 de febrero y 67/2020, de 24 de febrero, por todas). En esta última sentencia, con cita de otras anteriores se señalan las excepciones a esta regla general: a) Que la infracción denunciada se atribuya al tribunal de apelación; b) Que lo planteado en casación, superando formalismos exacerbados, haya sido planteado en apelación pero desde una consideración o enfoque diferente; c) Que la infracción que se denuncie esté vinculada con la noción de orden público, lo que permitirá plantear como cuestiones nuevas violaciones flagrantes de derechos fundamentales y d) Que se trate de cuestiones apreciables de oficio en cualquier fase procesal, como la prescripción.

Ninguna de estas excepciones se cumple en este caso. La cuestión que ahora se plantea no fue invocada en los previos recursos de apelación y no es procedente que esta Sala, cuya función es revisar el análisis jurídico realizado por la sentencia impugnada, entre a analizar un problema que no fue planteado en la segunda instancia y que, además, es de naturaleza esencialmente probatoria.

2.3 No obstante lo anterior hay una última razón para desestimar la queja. Es cierto que existe un deber de congruencia entre la sentencia y la previa acusación, de forma que la sentencia en sus hechos probados no puede desbordar ni lo hechos objeto de acusación ni las pretensiones formuladas, también lo es que no es exigible un absoluto mimetismo, de forma que no habrá lesión del principio acusatorio cuando se condene por un delito distinto, siempre que sea homogéneo, es decir, cuando se condene por un delito que constituya una modalidad distinta pero cercana dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que todos los elementos del tipo aplicado estén contenidos en el delito objeto de acusación se introduzca ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse (ATC 244/1995).

En el mismo sentido esta Sala ha proclamado en la STS 1305/2009, de 22 de diciembre, entre otras muchas, que "nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia" (SS.T.C. 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2 EDJ 1995/2623 , y 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4). "De lo que se desprende que el debate procesal en el proceso penal "vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse" (STC 205/1989, FJ 2; reiterado en la STC 161/1994" (STC 95/1995, FJ 2). En la STC 225/1997, de 15 de diciembre, se añadía que: "Sin embargo, so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el juez valora los hechos "y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso" (STC 10/1998, FJ 2). En este sentido, "el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación" que en la acusación se verifique (STC 11/1992, FJ 3)".

A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: a la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito posibilita también per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. En palabras del TC A244/1995, son delitos o faltas "generalmente homogéneos" los que "constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse" (FJ 2). Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden solo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia.

En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación "requiere el cumplimiento de dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación. La segunda condición es que ambos delitos, el declarado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo (STC 12/1981, FJ 5)" (STC 95/1995, FJ 3 a)".

Es claro, pues, que el Tribunal Constitucional, como esta misma Sala del Tribunal Supremo en su doctrina jurisprudencial, no utiliza para la determinación de la homogeneidad delictiva criterios formales, ni sistemáticos ni sujetos al ámbito de la dogmática técnico-penal, sino que esencialmente utiliza el criterio de la proscripción de la indefensión, de suerte que el verdaderamente importante y decisivo es que el hecho que configure los tipos penales sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos fácticos y normativos que integran el delito objeto de condena.

2.4 En este caso se formuló acusación por el delito tipificado en el artículo 2.3.a) de la LO 12/1995 en el entendimiento por parte de la acusación que la finalidad de la tenencia de la embarcación era el tráfico de drogas. Sin embargo, la sentencia, excluyendo implícitamente esta finalidad condenó exclusivamente por la tenencia de la embarcación (2.3 b), que es una conducta punible también presente en la tipicidad del artículo 2.3 a) citado. No hubo una alteración esencial de los hechos en cuanto que la acusación por contrabando de droga incluía necesariamente el uso de la embarcación, que fue finalmente la conducta objeto de condena. La tenencia de la embarcación es una conducta que anticipa las barreras de protección y que está ínsita en el uso de la embarcación para la importación de géneros prohibidos.

La queja se desestima.

3. La segunda queja formulada en el motivo y que sí tiene encaje en el tipo de recurso de casación interpuesto es que la mera tenencia de una embarcación catalogada como género prohibido en el artículo 1.12 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre por parte de un viajero o un simple ocupante no es sancionable penalmente conforme al artículo 2.3 b) de la citada ley, por cuanto se precisa que sea un propietario o un poseedor que pueda poner en peligro el bien jurídico protegido por el delito, es decir, se precisa que se acredite una relación entre el desplazamiento de la embarcación y el transporte de géneros prohibidos como sustancias psicoactivas, armas, tabaco o, en general, las sustancias y géneros aludidos en el artículo 2.3 a) de la Ley.

El Real Decreto Ley 16/2018, de 26 de octubre, modificó el artículo 1.12 de la Ley Orgánica 12/1995, calificando como "género prohibido" las siguientes embarcaciones:

a) Las embarcaciones neumáticas y semirrígidas susceptibles de ser utilizadas para la navegación marítima que cumplan alguna de las siguientes características:

i. Todas aquellas cuyo casco, incluida en su caso la estructura neumática, sea menor o igual a 8 metros de eslora total, que dispongan de una potencia máxima, independientemente del número de motores, igual o superior a 150 kilovatios.

Síguenos en...



ii. Todas aquellas cuyo casco, incluida en su caso la estructura neumática, sea mayor de 8 metros de eslora total.

b) Las embarcaciones neumáticas o semirrígidas diferentes de las descritas en el apartado anterior, así como cualquier otra embarcación y los buques de porte menor cuando se acredite la existencia de elementos o indicios racionales que pongan de manifiesto la intención de utilizarlas para cometer o para facilitar la comisión de un acto de contrabando.

La norma señala, a continuación una serie de indicios a los efectos del apartado b) del precepto citado.

Importa destacar que en la Exposición de Motivos de la norma se señala como fundamento de la nueva regulación que *"el incremento del contrabando de determinados géneros, en especial drogas y tabaco, es consecuencia parcialmente del uso cada día más habitual por parte de las organizaciones criminales de las denominadas embarcaciones de alta velocidad neumáticas y semirrígidas"* y que resulta altamente complejo actuar contra los tripulantes y propietarios una vez que se ha producido el alijado de la droga o tabaco. Señala la norma que *"al problema del tráfico ilícito y su impunidad se une el riesgo que para la seguridad marítima suponen estas embarcaciones que navegan a alta velocidad, a menudo en la oscuridad y sin dispositivos de localización o señalización alguno, causando un grave peligro de colisión con otras embarcaciones o incluso de atropello. La propia acción de las fuerzas encargadas de la represión de estos ilícitos en la persecución de estas embarcaciones exige a menudo la asunción de importantes riesgos para la seguridad de los tripulantes y de las embarcaciones, ante las arriesgadas maniobras evasivas que habitualmente llevan a cabo los pilotos de las semirrígidas que han llegado a ocasionar accidentes con pérdida de vidas humanas. Por otro lado, se ha constatado que, en los últimos tiempos se han venido utilizando este tipo de embarcaciones para el transporte ilegal de personas, concretamente de inmigrantes africanos, suponiendo una clara amenaza al orden público y social. Finalmente, no es despreciable la amenaza que para determinadas infraestructuras críticas (de titularidad pública o privada) existentes en zonas concretas, como por ejemplo en la Bahía de Algeciras, puede suponer el desplazamiento a altas velocidades de embarcaciones sin control alguno en sus proximidades con el consiguiente riesgo para la seguridad pública que ello supone"*.

De la Exposición de Motivos se infiere que la inclusión de las embarcaciones como género prohibido a efectos de la legislación de contrabando tenía como finalidad adelantar las barreras de protección sancionando la mera tenencia, en cuanto que la experiencia venía evidenciando que este tipo de embarcaciones se suele utilizar para el contrabando de drogas, armas y tabaco y suponían un riesgo elevado para la navegación. Por lo tanto, es la mera tenencia la que se castiga en el [artículo 2.3 b\)](#) de la [LO 12/1995](#), sin que se exija como elemento típico adicional que el tipo de tenencia que se ostente sea susceptible de lesionar el bien jurídico protegido por el tipo de contrabando. La mera tenencia en condiciones de ilegalidad supone el riesgo de lesión de ese bien jurídico pues no debe olvidarse que el propio Real Decreto Ley 16/2018 crea el Registro Especial de Embarcaciones Neumáticas y Semirrígidas de Alta velocidad, ubicado en la Agencia Estatal de Administración Tributaria para garantizar el uso exclusivo de esas embarcaciones para la actividad o actividades a que se extienda la autorización administrativa.

La comisión del delito no exige la acreditación de la utilización de la embarcación para la introducción de drogas, armas o personas o cualquier objeto empleado en el seno de organizaciones criminales, ni tampoco que el autor sea el propietario de la nave o persona que realice labores de marinería o auxilio en la navegación. El tipo penal castiga la mera tenencia.

En la STS 906/2021, de 24 de noviembre, citada en el escrito de recurso, nos pronunciamos sobre esta cuestión declarando que conforme al artículo 1.2 e) del RDL 16/2018, operador es quien por cualquier título ostente la posesión legal de las embarcaciones y que "es irrelevante que quienes se encuentran en la embarcación navegando con droga con las características que se citan tengan que serlo con labores de patroneo, orientación, comunicaciones, asistencia técnica u otras, ya que en este caso utilizan la embarcación para hacerla navegar, bien personalmente o bien por persona intermedia, llevando a cabo o impulsando su periplo a las costas peninsulares. Ello determina que la embarcación es género prohibido. Artículo único. 1, in fine RDL 16/2018. Y se castiga a los que tengan a su disponibilidad la posesión y uso de la misma; es decir, quienes sean interceptados en la embarcación con la droga. No puede existir

una exoneración por contrabando bajo el alegato de que no son patrones. La condición de usuarios de la navegación de la embarcación en el momento del transporte de la droga les hace responsables sin poder apelar a la teoría del dominio del hecho".

También declaramos que el mero uso de la embarcación de las características fijadas en el RDL 16/2018, la mera tenencia, es constitutiva de delito exponiendo que "si no fuera así se desnaturalizaría el objeto del citado Real Decreto ley y los objetivos plasmados en la Exposición de Motivos tendentes a reprimir y evitar el uso y disposición o tenencia de esas embarcaciones que se preparan ad hoc para el posterior destino al tráfico de drogas, siendo esto último un plus de antijuridicidad a la actividad previa concretada en la embarcación, que es lo que hace emerger luego el concurso medial del art. 77.3 CP". En efecto, en el caso analizado en la sentencia que venimos comentando, además del uso de la embarcación, los acusados fueron sorprendidos transportando droga se les condenó en segunda instancia por delitos de tráfico de drogas y contrabando en concurso ideal, confirmándose la sentencia, precisamente porque se trataba de dos conductas que ofendían bienes jurídicos diferentes, ya que el uso de la embarcación como infracción de contrabando protege la defensa del territorio aduanero español y la Hacienda Pública y el tráfico de drogas la salud pública.

Por lo tanto, para la sanción del delito previsto en el artículo 2.3.b) de la LO 12/1995 no se precisa un título posesorio del que se pueda inferir que la embarcación vaya a ser utilizada en una actividad ulterior de contrabando. La norma adelanta las barreras de protección para evitar la circulación de este tipo de embarcaciones de modo que cualquier poseedor que utilice esa embarcación en condiciones contrarias a la legalidad, según lo preceptuado por el RDL 16/2018, incurre en el tipo penal mencionado.

Consecuentemente, la queja se desestima.

4. La tercera alegación impugnatorio se centra en censurar la sentencia porque en los hechos probados no se precisa el elemento subjetivo del injusto en relación con el valor de la embarcación. Se trata también de una cuestión nueva que se suscita en casación y que no había sido planteada en los recursos de apelación previos, lo que basta para desestimar la queja.

RECURSO DE Teofilo

5. Único motivo por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, invocándose la lesión del principio acusatorio

5.1 En este motivo se alega que se formuló acusación por del delito tipificado en el artículo 12.2.3 a) y 3.1 de la Ley Orgánica 12/1995 y el Ministerio Fiscal, al objeto de poder celebrar la vista en ausencia del resto de acusado (ya que en ese primer señalamiento sólo comparecieron dos de ellos) modificó sus conclusiones interesando la imposición de una pena de 2 años y multa de 958,698 €. Pese a todo ello, la sentencia de instancia, confirmada en apelación, condenó por un delito distinto y a una pena superior a la solicitada, vulnerándose con ello el principio acusatorio, máxime si se tiene en cuenta que en casos similares se han impuesto penas notablemente inferiores.

5.2 Al igual que ocurre con el recurso anterior, la cuestión que se plantea en este motivo es de naturaleza constitucional y no puede invocarse en esta clase de recursos, que sólo admite la formulación de cuestiones de derecho sustantivo penal. Por lo tanto, esta última queja también merece la desestimación.

A mayor abundamiento, no ha habido lesión del principio acusatorio. Ciertamente se ha impuesto una pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal pero se da la circunstancia que la pena pedida no era legal ya que conforme al artículo 3.1 al tipo penal del artículo 2.3 b) le corresponde una pena de 2 a cinco años de prisión y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos pero en su mitad superior, por lo que la pena solicitada por el Ministerio Fiscal no cumplía con el mínimo legalmente exigible, por lo que era factible que el tribunal de instancia impusiera la pena mínima legal.

Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional, en STS 132/2021, de 21 de junio, ha declarado, aplicando una doctrina reiterada en el tiempo, que el principio acusatorio no impide "que el juzgador imponga pena superior a la solicitada por las acusaciones, cuando no se alteren los hechos aducidos en el proceso, y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena

Síguenos en...



correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso, pues el juez se halla sometido a la ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, a su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito (SSTC 17/1988, de 16 de febrero, FJ 6; 21/1993, de 18 de enero, FJ 2; 161/1994, de 23 de mayo, FJ 2; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 6; 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 9; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 4; 71/2005, de 4 de abril, FJ 7; 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, entre otras)". En esa misma sentencia y con cita de otra anterior número 155/2009, de 25 de junio, se matizó la anterior doctrina señalando que "el tribunal de instancia no puede imponer pena de distinta naturaleza ni más grave de la solicitada por la acusación cuando la pena interesada no trasgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo pena que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso". En el caso allí analizado se condenó a una pena de localización permanente cuando la acusación había solicitado una multa y consideró el Tribunal Constitucional que ambas penas eran de posible aplicación y que la opción del tribunal suponía la imposición de una pena más grave que la solicitada, razón por la que se estimó el amparo.

En este caso, en cambio, la pena solicitada no era la legalmente prevista dado que se solicitó una pena por debajo del mínimo legal, razón por la que el tribunal podía imponer una pena superior a la solicitada. Sin embargo, impuso también una pena inferior al mínimo legal y el tribunal de apelación no ha corregido esa deficiencia porque por vía de recursos no es posible subsanarla.

En efecto, en la misma sentencia del máximo intérprete constitucional que venimos citando advierte que esta misma actuación no es admisible por vía de recurso cuando ninguna de las partes acusadoras lo ha interesado. Señala el Tribunal Constitucional que "el principio acusatorio requiere, en su contenido constitucional, que la pretensión punitiva se exteriorice en cada una de las instancias, siendo inadmisibles las acusaciones implícitas. Por otro lado, la seguridad jurídica de la condenada sobre la inmutabilidad de la sentencia en su perjuicio, si no media recurso de parte contraria, veda la agravación de oficio, aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del juez a la ley, incluso para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la instancia (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5); 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5).

Aplicando estos criterios jurisprudenciales es admisible que el tribunal de instancia imponga una pena superior a la solicitada si ésta no es la mínima legal y como en este caso se agravó la pena pero siguió sin imponerse la pena mínima legal no cabe por vía de recurso subsanar esa deficiencia, de ahí que deba mantenerse la pena impuesta en la instancia sin ulteriores modificaciones.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Pedro

6. Único motivo por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, en el que se invoca la lesión del principio acusatorio

En este motivo de casación se hacen alegaciones similares a las formuladas en el anterior recurso y que han sido debidamente respondidas en el fundamento jurídico precedente a cuyo contenido nos remitimos.

El motivo se desestima.

7. Costas procesales

De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso de casación.

FALLO

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

Síguenos en...



1.º **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Jose Ignacio, Teofilo y Pedro contra la sentencia nº 33/2022 de fecha 5 de abril de 2022, dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Cádiz.

2.º Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas por el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

