

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064850

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 303/2020, de 12 de junio de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3782/2018

SUMARIO:

Delito de contrabando. Consumación. Deuda aduanera. Aprovechando su condición de apoderado de Agente de Aduanas, con la finalidad de importar una gran cantidad de tabaco, sin abonar la deuda aduanera correspondiente y obtener un cuantioso beneficio económico, simuló una importación más del material que habitualmente éste importaba.

El delito de contrabando, consistente en la importación ilegal en territorio español de tabaco o cualquier otro género estancado, no es un delito contra la propiedad, del que pueda afirmarse que, mientras no haya una efectiva disponibilidad del objeto, el delito no se consuma. La acción típica agota el daño al bien jurídico en el momento mismo en que entra en territorio español sin la declaración fiscal correspondiente. Así lo ha entendido esta Sala, en sintonía con el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, en la sentencia de fecha 2 de abril de 2009, número de recurso C-459/2007.

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.

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. Pasaron, cuatro días en los que la mercancía clandestina -ya en territorio español- estuvo a disposición del acusado, sin control de los agentes de Vigilancia Aduanera. Mal se puede hablar, por tanto, de tentativa de delito.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 62.

Ley Orgánica 12/1995 (Represión del contrabando), art. 2.5.

Constitución Española, art. 24.

Reglamento 2454/93 [disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 2913/92], art. 163.1 c).

Reglamento (CEE) 2913/92 (Código Aduanero Comunitario), arts. 38 a 41.

PONENTE:*Don Manuel Marchena Gómez.***RECURSO CASACION núm.: 3782/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente
D. Antonio del Moral García
D^a. Ana María Ferrer García
D^a. Susana Polo García
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 12 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Prudencio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3^a, de fecha 22 de junio de 2018, en el Rollo de Sala nº 67/16, que le condenó por un delito de contrabando, 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 indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el procurador D. Javier Lorente Zurdo, bajo la dirección letrada de D. Juan C. Zayas Sádaba, y como parte recurrida el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de instrucción nº 6 de Manresa instruyó diligencias previas nº 388/12 contra D. Prudencio y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3^a que con fecha 22 de junio de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: " PRIMERO.- En el año 2012 el acusado Prudencio, mayor de edad y sin antecedentes penales, era empleado de la Agencia de Aduanas CEDASA, de la que era administrador único D. Serafin, que le había apoderado para llevar a cabo las funciones propias de agente de aduanas, es decir, realizar trámites comerciales y de despacho a fin de obtener el "levante" de las mercancías importadas.

El acusado Sixto, mayor de edad y sin antecedentes penales, era cliente habitual de la Agencia de Aduanas CEDASA, a través de la cual importaba atrezos y objetos de decoración en general para la actividad del cine a la que se dedicaba.

El acusado Prudencio, que por esa razón conocía al acusado Sixto, aprovechando su condición de apoderado de Agente de Aduanas, con la finalidad de importar una gran cantidad de tabaco, sin abonar la deuda aduanera correspondiente, y obtener un cuantioso beneficio económico, simuló una importación más del material que habitualmente éste importaba, concretamente "artículos de uso doméstico en plástico".

Así, el 14 de junio de 2012 arriban al puerto de Barcelona, en el buque DIRECCION000, dos contenedores CRSU9156942 y INKU6595000. El acusado Prudencio realizó el despacho de los mismos, presentando el Documento Único Administrativo para la Importación y Exportación de Mercancías (en adelante el DUA) 12-ES-00085531098204 ante la Dependencia Regional de Aduanas de la AEAT, declarando como mercancía importada "artículos de uso doméstico en plástico", como importador el .acusado Sixto, y como declarante/representante que firma, el propio acusado Prudencio, en calidad de apoderado del Agente de Aduanas Serafin.

Ambos contenedores ocultaban 700.000 cajetillas de tabaco (350.000 en cada uno) de la marca 305'S FULL FLAVOR KINGS, con un P.V.P. total de 2.765.000 euros.

No ha quedado fehacientemente acreditado que el acusado Sixto tuviera conocimiento de esa importación, ni que hubiera autorizado o consentido al acusado Prudencio para figurar como importador.



Segundo.

El día 18 de junio de 2018, el Agente de Aduanas Serafin, al tener sospechas de haberse emitido de forma irregular el DUA 12-ES-00085531098204,, por parte de su apoderado, el acusado Prudencio, concretamente por una posible suplantación de la identidad del importador, comunica esta circunstancia a la Dependencia Regional de Vigilancia Aduanera, averiguando los agentes el día, la hora y el lugar de destino de los citados contenedores.

En la tarde del día 18 de junio de 2012 se produce la salida de los contenedores del puerto de Barcelona, con destino a una nave sita en, la Colonia Valls, Zona Industrial, no 55, de Valls de Torroella (Barcelona), siendo controlados por agentes de Vigilancia Aduanera, donde debían ser descargados al día siguiente.

La citada nave, que estaba para ser alquilada, era propiedad de la empresa POLÍGONO INDUSTRIAL CAN SIDO, S.L., siendo su Consejero Delegado D. Pedro Miguel.

No ha quedado fehacientemente acreditado que los acusados Adriano, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Alberto, mayor de edad y con antecedentes penales, fueran las personas que habían hecho gestiones con la propiedad para el alquiler de la citada nave.

Tercero.

Siendo las 6:50 horas del día 19 de junio de 2012, el camión que transportaba el contenedor CRSU9156942 llegó a la citada nave sita en la Colonia Valls, Zona Industrial, no 55, de Valls de Torroella (Barcelona). Allí se encontraban los acusados Augusto y Benedicto, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, que habían llegado en el vehículo Opel Vectra, matrícula-QXG, propiedad del primero, para descargar los contenedores

Al llegar el camión, el acusado Benedicto se apeó del vehículo y se dirigió al conductor para que le entregara el albarán, indicándole a éste como maniobrar para poder efectuar la descarga. Una vez aparcado, el acusado Constantino, mayor de edad y sin antecedentes penales, que había ido con su coche, se acercó a los mismos para realizar también la descarga, la que no se produjo debido a la intervención de los agentes de Vigilancia Aduanera. El segundo contenedor INKU6595000 tenía idéntico destino, estando prevista su llegada una hora y media más tarde, aproximadamente.

La mercancía hallada en ambos contenedores era, efectivamente, 700.000 cajetillas de tabaco (350.000 en cada contenedor) de la marca 305'5 FULL FLAVOR KINGS; tabaco que carecía de los precintos fiscales acreditativos del abono de la deuda aduanera de pago obligado por importar dicha mercancía.

No ha quedado suficientemente acreditado que los acusados Augusto, Benedicto y Constantino, tuvieran conocimiento de la mercancía que tenían que, descargar, ni que su presencia en el lugar para realizar la misma obedeciera a otro hecho que no sea el haber sido contratados simplemente para realizar esa faena a cambio de una cantidad de dinero.

La cantidad defraudada a la Agencia Tributaria asciende a 2,349.075 euros, por la que el Ministerio Fiscal y la acusación particular reclaman que aquella sea indemnizada."

Segundo.

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª dictó sentencia con el tenor literal siguientes: " CONDENAMOS al acusado Prudencio, como autor de un delito de contrabando, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA IDE DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL EUROS (2.400.000 euros); así como al pago de 1/7a parte de las costas procesales, con inclusión de las de la acusación particular.

ABSOLVEMOS a los acusados Sixto, Adriano, Alberto, Augusto, Benedicto y Constantino, del delito de contrabando que se les venía imputando; declarando de oficio 6/7a partes de las costas procesales.

Se decreta el comiso del tabaco intervenido al que se dará el destino reglamentariamente previsto y en su defecto se procederá a su total destrucción."

**Tercero.**

Con fecha 11 de julio de 2018, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, dictó Auto de Aclaración cuya parte dispositiva es la siguiente: "ACLARAMOS la sentencia de fecha 22 de junio de 2018, dictada en el Procedimiento Abreviado no 67/16-L, en el sentido de subsanar la omisión involuntaria sufrida en su parte dispositiva, en el sentido de añadir a la misma el siguiente párrafo:

"En materia de responsabilidad civil, el acusado condenado indemnizará a la AEAT en la cantidad- de 2.349.075 euros, por los perjuicios causados; cantidad que devengará los intereses del art. 576 LEC"."

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, y de precepto constitucional, por la representación del acusado D. Prudencio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.

El recurso interpuesto por la representación del acusado, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la CE.

Segundo.

Por infracción de precepto constitucional al amparo del número 4 del artículo 5 de la LOPJ y art. 852 de la LECrim, en relación al art. 24.2 de la Constitución, por vulneración del principio de presunción de inocencia.

Tercero.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4 del artículo 5 de la LOPJ y art. 852 de la LECrim, en relación al art. 24.2 de la Constitución, por vulneración del principio de presunción de inocencia.

Cuarto.

Por infracción de ley al amparo del art. 849, la de la LECrim, por falta de aplicación del art. 2.5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Quinto.

Por infracción de ley al amparo del art. 849, 1 de la LECrim, por falta de aplicación del art. 62 del CP.

Sexto.

Instruido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado del recurso interpuesto, por escritos de fecha 8 de marzo y 25 de febrero de 2019 respectivamente solicitaron la inadmisión de todos los motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Por providencia de esta Sala de fecha 14 de mayo de 2020 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 3 de junio de 2020.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia núm. 301/2018, fechada el 22 de junio del mismo año y dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, condenó al acusado Prudencio como autor de un delito de contrabando, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 5 años y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a la de multa de 2.400.000 euros.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación. Se formalizan cinco motivos. El cuarto no es objeto de desarrollo. Los dos primeros van a ser analizados conjuntamente, en la medida en que participan del mismo eje argumental, a saber, la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), alegación que se hace valer al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim.

Segundo.

A juicio de la defensa, la sentencia recurrida refleja una absoluta falta de pruebas, tanto en lo que afecta a la autoría del acusado como en lo que tiene relación con el material alojado en los contenedores, ya que no se ha acreditado en ningún momento que fuera tabaco. Frente a lo que parece desprenderse de la resolución recurrida, el acusado nunca reconoció que lo aprehendido por los agentes fuera tabaco. Este hecho se presenta como un dato incontrovertido; sin embargo, en ningún momento se ha admitido esa pretendida realidad. La defensa emprende una glosa crítica de las inferencias proclamadas por la Audiencia, a partir de los documentos examinados y de los testigos que fueron oídos en el plenario. Lo que declararon los agentes de aduana, los transportistas Isidro, Augusto, Benedicto y Constantino y los informes obrantes en la causa, relativos a la valoración del tabaco intervenido, avalarían la tesis que ha venido sosteniendo el acusado Prudencio desde el primer momento.

Aun admitiendo en el terreno hipotético que los objetos importados eran cartones de tabaco, se censura el vacío probatorio frente al estado de conservación, en clara contravención -se aduce- con las previsiones del Real Decreto 904/1987, 29 de mayo y de la Ley 13/1998, 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos.

La vulneración del derecho a la presunción de inocencia -se alega en el segundo motivo- también se habría originado por el razonamiento que hace el Tribunal a quo al concluir el elemento subjetivo necesario -dolo- para cometer este delito, ya que son posibles alternativas más favorables al reo que han sido descartadas. En efecto, es cierto que no ha sido posible identificar a una persona relacionada con los hechos por el nombre aportado - Olegario-, ni tampoco vincularlo con el teléfono móvil del que disponía el acusado. Sin embargo, hay toda una serie de indicios igualmente acreditados que permiten deducir la falta de ocultación o sospecha de excepcionalidad del comportamiento del acusado. Reitera la defensa que el razonamiento de la Audiencia acerca de operaciones de contrabando atribuibles a Prudencio desprecian opciones alternativas más respetuosas con el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

No tiene razón el recurrente.

2.1.- Esta Sala no detecta ninguno de los presupuestos que habrían de estar en el origen de una posible vulneración de alcance constitucional. El Tribunal a quo ha ponderado prueba lícita, se trata de prueba de inequívoco signo incriminatorio y, además, ha sido exteriorizado el proceso de valoración con arreglo a las máximas de experiencias y a las reglas impuestas por un sistema de valoración racional de la prueba. La defensa emprende un laborioso esfuerzo encaminado a ofrecer a esta Sala su propia valoración alternativa de las declaraciones del imputado y los testigos. No es éste, sin embargo, el ámbito propio de la presunción de inocencia cuando se invoca en sede casacional. Como hemos afirmado en numerosos precedentes y aun cuando ello implique recordar una obviedad, nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba (SSTS 399/2013, 8 de mayo; 790/2009, 8 de



julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril). Y es que, por más que con frecuencia se olvide, ningún parecido existe entre la posición procesal de la Audiencia Provincial ante la que se practican las pruebas y la capacidad del Tribunal Supremo para ponderar en términos jurídicos la corrección de la inferencia del órgano decisorio. No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. No nos resulta posible, en fin, proceder a un análisis secuencial de todas y cada una de las alegaciones mediante las que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal a quo. El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia ha quedado sobradamente delimitado por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala (cfr. STS 553/2008, 18 de septiembre y SSTC 16/2012, 13 de febrero; 89/1998, de 28 de septiembre; 135/2003, de 30 de junio; 137/2005, de 23 de mayo y 26/2010, de 27 de abril, entre otras muchas). Es en ese exclusivo ámbito en el que hemos de valorar las alegaciones de la defensa.

Pues bien, la lectura de la sentencia recurrida pone de manifiesto que la determinación del objeto del delito, esto es, la realidad de que en los contenedores se incluían cartones de tabaco, más allá de que fuera este hecho reconocido o rechazado por el acusado, no ha sido el fruto de una inferencia arbitraria o carente de respaldo probatorio. La existencia de 700.000 cajetillas de tabaco, con entrada en nuestro territorio a través del puerto de Barcelona, ha sido acreditada a partir de la documentación aportada, la declaración testifical de los agentes de vigilancia aduanera núms. 2793 y 2467 que procedieron al seguimiento de los contenedores interceptando la ilegal mercancía en su destino. También respalda esa inferencia la declaración del testigo Isidro, conductor de uno de los contenedores y la declaración de algunos de los coimputados, Augusto, Benedicto y Constantino. Estos fueron interceptados y detenidos por los agentes cuando se encontraban en el lugar de destino de los contenedores. La Audiencia señala entre sus fuentes de prueba "...la documental relativa a la identificación y recuento del tabaco intervenido y su consignación".

La valoración de esas cajetillas es el resultado de la apreciación por los Jueces de instancia de la prueba pericial (folios 132 y 679) ofrecida por el Jefe de Aduanas de Barcelona en el momento de los hechos, fijando el total de la deuda en 2.349.075,40 euros.

La autoría de Prudencio es objeto de motivación en el FJ 3º de la sentencia. En él se subrayan los siguientes datos: a) el acusado ha reconocido que trabajaba para la empresa CEDASA, como despachante de aduanas; b) admite también que intervino en el despacho aduanero de importación que se llevó a cabo en el DU núm. 12-ES-00085531098204, en el que constan como despachados de importación los dos contenedores en los que se ocultaba la ilegal mercancía; c) en ese documento se hizo constar como objetos de importación "artículos de uso doméstico en plástico"; d) Prudencio reconoció su firma en esos dos documentos, en los que aparecía como importador el coacusado Sixto.

Pero la Audiencia Provincial no sólo ha valorado de forma racional prueba inequívocamente incriminatoria, sino que se ha adentrado en los elementos de descargo ofrecidos por la defensa. De modo especial, en la refutación de uno de los pilares sobre el que se edifica el discurso exculpativo, a saber, la existencia del tal Olegario. En el mismo FJ 3º puede leerse lo siguiente: "el citado Olegario es una persona totalmente desconocida. No deja de sorprender, como así se constató por Vigilancia Aduanera en la fase de instrucción, que tratándose de una persona para la que el acusado se presta a realizar los despachos de importación que dice, no sepa su nombre completo, su dirección, ni disponga de un teléfono válido de contacto con el mismo. De hecho, preguntado en el juicio si el acusado había tratado de ponerse en contacto con él para que compareciera como testigo, responde que no".

Para descartar la realidad de la existencia de esa persona, los Jueces de instancia subrayan el encargo recibido por el agente núm. NUM000 de investigar la identificación de Olegario. Se facilitaron números de contacto, se hicieron gestiones en las compañías telefónicas, organismos oficiales, negociado del DNI y Agencia Tributaria, todas ellas con resultado negativo. También se ha tomado en consideración en el proceso de valoración probatoria la contradicción del acusado cuando fue descubierto por la empresa para la que trabajaba, CEDASA, y cambió de versión acerca de quién era el importador de esa mercancía.

Refuerza el valor probatorio de esas inferencias la declaración de Serafin, administrador único de la agencia aduanera, quien manifestó en el plenario que el acusado se había saltado "todos los mecanismos internos de la empresa para que se produjera el "levante" de la mercancía". Añadió que había dado órdenes expresas al acusado Prudencio para que no actuara con ningún cliente importador nuevo sin presentárselo a él o sin la posibilidad de ir a visitarlo a su empresa, lo que evidentemente no cumplió el acusado. El comportamiento de Prudencio y las sospechas que generó esa forma inhabitual de actuar le llevaron a denunciar los hechos ante la Unidad de Vigilancia Aduanera. A estos elementos que confirman desde el punto de vista probatorio las acusaciones formuladas contra el acusado, se suma su reconocimiento en la carta de despido que su irregular actuación provocó.



No ha existido, en fin, el vacío probatorio que se denuncia. La versión alternativa que sugiere el acusado - con apoyo en la jurisprudencia dictada por esta Sala- no cuenta con el más mínimo respaldo probatorio. Se trata de conjeturas mediante las que se persigue, de forma tan legítima como infructuosa, neutralizar la tesis de la acusación. En palabras del Ministerio Fiscal, estamos en presencia de un discurso "meramente especulativo".

2.2.- Con el fin de dar signos de verosimilitud a la tesis defensiva de que lo que se hallaba en los contenedores no era tabaco, se mencionan dos textos legales de apoyo. Se pretende así demostrar que la queja acerca de la falta de acreditación de la mercancía inicialmente hallada en los contenedores, tiene a su favor el incumplimiento de la normativa que regula la aprehensión y custodia de los efectos que pasan por la aduana.

El primero de ellos, el Real Decreto 904/1987, 29 de mayo, sobre procedimiento a seguir con las labores de tabaco intervenidas o decomisadas en actuaciones por contrabando. En su art. 3 se dispone que " la compañía gestora, a través de la delegación del gobierno en el monopolio, suministrará a la autoridad judicial (...) cuanta información sea precisa, en especial sobre el estado de las labores intervenidas (...) distinguiendo, consecuentemente, del precio de venta al público, el valor objeto de las labores, atendiendo a su estado de conservación y a la falta, en su caso, de devengo del correspondiente impuesto".

De ese enunciado destaca la defensa el inciso que se refiere al "estado de conservación".

Admitida la vigencia de esa norma reglamentaria y la necesidad de que en la determinación del precio de venta al público de las mercancías intervenidas o decomisadas se tenga en cuenta el estado de conservación del tabaco, se hace difícil entender el enlace entre esa exigencia normativa y el contenido material del derecho a la presunción de inocencia. La Audiencia ha concluido que en el interior de los dos contenedores que arribaron al puerto de Barcelona había 700.000 cajetillas de tabaco. Y ha proclamado esa inferencia a partir del examen de la prueba documental y testifical que fue sometida a contradicción durante el plenario. Lo ha hecho, además, exteriorizando un proceso deductivo en el que no existe asomo de arbitrariedad o de distanciamiento respecto del canon constitucional de valoración probatoria.

Lo mismo puede decirse de la referencia a la Ley 13/1998, 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos. En su art. 5 se regula el Comisionado para el Mercado de Tabacos, encargado de "almacenar y custodiar las labores de tabaco aprehendidas o decomisadas en procedimientos de contrabando y proceder a su destrucción". Y en su disposición adicional 9ª se señala que "la autoridad judicial o administrativa de todo el territorio nacional a cuya disposición se encuentren las labores de tabaco aprehendidas o decomisadas en procedimiento de delito o infracción administrativa de contrabando (...) ordenará que sean puestas a disposición del Comisionado para el Mercado de Tabacos a fin de que proceda a su destrucción. En todo caso la autoridad correspondiente extenderá la oportuna diligencia haciendo constar en las actuaciones la naturaleza y características de las labores de tabaco puestas a disposición del Comisionado".

Tampoco ahora resulta fácil deducir una vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia a partir del grado de cumplimiento de esa exigencia reglamentaria. Dicho sea de paso, el apartado 2º de la disposición adicional 9ª citada por la defensa contempla precisamente la destrucción en plazo de esas mercancías intervenidas o decomisadas.

Tiene razón la Abogacía del Estado cuando recuerda que al folio 132 de la causa consta la diligencia de valoración oficial del tabaco intervenido y "...no parece lógico pensar que se ha valorado dicha mercancía sin constatar que, efectivamente, es tabaco". En el acto del juicio oral -como ya hemos señalado supra- se practicó la prueba pericial, siendo sometido el experto Germán a las preguntas que consideraron oportunas las partes.

Por cuanto antecede, los motivos primero y segundo han de ser desestimados por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

Tercero.

El tercero de los motivos, con la misma cobertura que los dos anteriores y cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Lo mismo hace el cuarto motivo, que vuelve a reivindicar, ahora por remisión, la aplicación del tipo imprudente.

Sin embargo, el discurso impugnativo que hace valer la defensa, lejos de centrarse en el apoyo probatorio del relato fáctico sobre el que se verificó el juicio de subsunción, sirve de vehículo para expresar el desacuerdo del recurrente con el tipo penal aplicado. Considera que la conducta de Prudencio no fue dolosa y debió haber sido sancionada, en su caso, conforme a lo previsto en el art. 2.5 de la LO 12/1995, en el que se castigan las acciones de contrabando cuando fueran realizadas por imprudencia grave.

La posibilidad de un rechazo a limine de ambos motivos, por incurrir en la causa de inadmisión -ahora desestimación- prevista en el art. 884.4 de la LECrim, estaría más que justificada. De una parte, porque el hecho



probado describe con nitidez una acción genuinamente dolosa. De otra, porque al dar respuesta a los dos primeros motivos ya hemos descartado que las bases fácticas hayan sido proclamadas con vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Sea como fuere, basta la lectura del relato de hechos probados para descartar su encaje en la infracción de la norma de cuidado, del deber de diligencia que da vida al tipo imprudente. En efecto, el acusado "...aprovechando su condición de apoderado de Agente de Aduanas, con la finalidad de importar una gran cantidad de tabaco, sin abonar la deuda aduanera correspondiente y obtener un cuantioso beneficio económico, simuló una importación más del material que habitualmente éste importaba, concretamente "artículos de uso doméstico en plástico".

Los motivos tercero y cuarto han de ser, por tanto, desestimados (arts. 884.4 y 885.1 y 2 de la LECrim).

Cuarto.

El quinto y último motivo denuncia, por la vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley, inaplicación indebida del art. 62 del CP.

Razona la defensa que los dos primeros párrafos del apartado de hechos probados reflejan que la operación de descarga y transporte de los dos contenedores tramitados por Prudencio fue desde el primer momento controlada e intervenida por los agentes de vigilancia aduanera, sin que fuera posible que los destinatarios de la mercancía, quien quiera que fuese, tuvieran oportunidad alguna de disponer de la misma.

El motivo no puede prosperar.

4.1.- El delito de contrabando, consistente en la importación ilegal en territorio español de tabaco o cualquier otro género estancado, no es un delito contra la propiedad, del que pueda afirmarse que, mientras no haya una efectiva disponibilidad del objeto, el delito no se consuma. La acción típica agota el daño al bien jurídico en el momento mismo en que entra en territorio español sin la declaración fiscal correspondiente.

Así lo ha entendido esta Sala -como recuerda la Abogada del Estado- en precedentes como el representado por las SSTS 266/2015, 12 de mayo y 646/2014, 8 de octubre. En esta última resolución - citada con un error numérico por la Abogacía del Estado, error a su vez inducido por la primera de aquéllas- se trae a colación el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a raíz de una cuestión prejudicial: "... 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:

"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 consuma 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".

4.2.- En el hecho probado se describe que las 700.000 cajetillas de tabaco arribaron al puerto de Barcelona el día 14 de junio de 2012. El acusado Prudencio realizó el despacho de los mismos, declarando como mercancía importada "artículos de uso doméstico en plástico".

Cuatro días después -18 de junio de 2018- el agente de aduanas Serafin al tener fundadas sospechas acerca de la conducta de su apoderado -el hoy acusado- por una posible suplantación de la identidad del importador, comunicó esta circunstancia a la dependencia regional de Vigilancia Aduanera, averiguando los agentes el día, hora y lugar del destino de los contenedores.

Pasaron, por tanto, cuatro días en los que la mercancía clandestina -ya en territorio español- estuvo a disposición del acusado, sin control de los agentes de Vigilancia Aduanera. Mal se puede hablar, por tanto, de tentativa de delito.

No existió error de derecho y el motivo tiene que ser desestimado (art. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim).

Quinto.

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

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por Prudencio, contra la sentencia de fecha 301/2018, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la causa seguida por el delito de contrabando; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Antonio del Moral García D^a. Ana María Ferrer García D^a. Susana Polo García D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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.

