

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 626/2019

Fecha de sentencia: 18/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2123/2018

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 26/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

Resumen

Tribunal del jurado. Delito de cohecho y falsedad documental cometido por agentes de la guardia civil en zona aduanera de control recibiendo o solicitando dinero.

RECURSO CASACION núm.: 2123/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 626/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Antonio del Moral García
D^a. Ana María Ferrer García
D. Vicente Magro Servet
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 18 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados **D. Eladio León Cabrera, D. Miguel Muñoz Ortega, D. José Manuel Suárez Peña, D. José Juan Pérez Morata, D. José Antonio Betancor Cubas y José Santiago Alemán Sosa, D. Luis Manuel Quintana Medina, D. José Manuel Rivera García y D. Alfonso Pérez Ramírez**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los citados acusados y otros contra sentencia de fecha 24 de julio de 2017 de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera, 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 también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por el Procurador D. Francisco Montalvo Barragán y bajo la dirección Letrada de D. José Antonio Viejo Romón respecto del acusado Eladio León Cabrera; por la Procuradora Dña. Francisca del Pino López de Medina y bajo la dirección Letrada de D. Ignacio Gordillo Álvarez-Valdés respecto del acusado Miguel Muñoz Ortega; por la Procuradora Dña. Paloma Rubio Cuesta y bajo la dirección Letrada de D. Rolando López Hernández respecto del acusado José Manuel Suárez Peña; por el Procurador D. Roberto Paiser García y bajo la dirección Letrada de D. Vicente Flores Guerra respecto del acusado José Juan Pérez Morata; por la

Procuradora Dña. M^a Eugenia de Francisco Ferreras y bajo la dirección Letrada de D. Vicente Flores Guerra respecto de los acusados José Antonio Betancor Cubas y José Santiago Alemán Sosa; por la Procuradora Dña. M^a Sandra Cárdenes Hormiga y bajo la dirección Letrada de D. Luis Manuel Quintana Medina respecto del acusado Luis Manuel Quintana Medina; por la Procuradora Dña. Sandra Cárdenes Hormiga y bajo la dirección Letrada de D. Carlos Javier La-Chica Pareja respecto del acusado José Manuel Rivera García; por la Procuradora Dña. Isabel de las Casas Cañedo y bajo la Dirección Letrada de D. Carlos Javier La-Chica Pareja respecto del acusado Alfonso Pérez Ramírez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Telde bajo el nº 1 de 2011 de Tribunal del Jurado, se dictó sentencia con fecha 24 de julio de 2017, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- El Jurado ha declarado probado que el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago, que debía ser cumplimentado por el agente de la Guardia Civil del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria que estuviere de servicio en cada momento, y que reza "verificado importe declarado" con dos casillas opcionales ("no" o "sí"), exigía contar el dinero que el pasajero declaraba de forma efectiva, esto es, billete a billete. Tal circunstancia era conocida por los acusados D. SALVADOR ESPUEY MILLAN, D. JOSE JUAN PÉREZ MORATA, D. JOSE SANTIAGO ALEMÁN SOSA, D. JOSE ANTONIO BETANCOR CUBAS, D. MIGUEL MUÑOZ ORTEGA, D. ALFONSO RAMÍREZ PÉREZ, D. LUIS MANUEL QUINTANA MEDINA, D. JOSE MANUEL RIVERA GARCÍA, D. JOSE MANUEL SUÁREZ PEÑA y D. ELADIO LEÓN CABRERA, con anterioridad a los hechos que se consignan a continuación. SEGUNDO.- HECHO A.- El Jurado ha declarado probado que: En horas de la tarde del 30 de enero de 2008, llegó al aeropuerto de Gran Canaria procedente del Aiun D. MOHAMED KANTAOUI HABIB, quien debía de pasar por las oficinas de la zona de llegadas del Resguardo Fiscal de la Guardia Civil del Aeropuerto de Gran Canaria, a fin de declarar el dinero que traía en efectivo y que afirmaba ascender a

30.000 €. El SR. KANTAOUI se olvidó de manifestar que portaba ese dinero, siendo interceptado tras detectarse la presencia del mismo en su maletín al pasar por la máquina de rayos X existente en la zona aduanera, instante en que fue requerido por uno de los agentes que se encontraba en la zona a efectos de indagar lo acontecido. En esos momentos se encontraba ejerciendo sus funciones de control en dicha zona el sargento de la Guardia Civil y máximo responsable del grupo fiscal, el acusado D. Salvador Espuey Millán. En ese momento, y con ánimo de enriquecimiento ilícito el acusado D. Alfonso Ramírez Pérez, quién también prestaba servicio en el lugar, exigió al SR. KANTAOUI la cantidad de 2000 € para no intervenirle el dinero como establece la Orden EHA/1439/2006 de 3 de mayo en el apartado quinto punto 1 (falta de declaración voluntaria), entregándole el SR. KANTAOUI finalmente 1.500 € tras una breve negociación. El acusado D. Salvador Espuey Millán vio lo anterior sin que realizara nada por evitar dicha acción, pese a estar obligado a ello dada su condición de superior jerárquico en el Grupo Fiscal. HECHO B.- El Jurado ha declarado probado que: Los acusados José Antonio Betancor Cubas, José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 18 de junio de 2008. DÑA YAMILA CHTOUKI, con número de pasaporte T599740 y natural de Marruecos, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 20:00 horas del 18 de junio de 2008 procedente de El Aiun, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 118.500 € que afirmaba traer. El acusado José Antonio Betancor Cubas, con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar DÑA YAMILA CHTOUKI solicitó de ésta algo de dinero para los agentes allí presentes, haciéndole entrega la misma de 50 €. El acusado José Juan Pérez Morata, con igual ánimo de lucro indebido y con la misma finalidad anterior, solicitó de DÑA YAMILA CHTOUKI dinero, haciéndole entrega ésta de al menos 8 billetes de 50 €. El dinero obtenido fue repartido entre los tres guardias civiles acusados José Antonio Betancor Cubas, José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata que estaban de servicio en el resguardo Fiscal, y que estaban de acuerdo con esa petición de dinero a cambio de no contar efectivamente el dinero que portara DÑA. YAMILA. El acusado José Antonio Betancor Cubas, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad de 118.500 € que declaraba DÑA YAMILA CHTOUKI, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que ésta portara. HECHO C.- El Jurado ha declarado probado que el 1 de agosto de 2008, el acusado D. José Antonio Betancor Cubas, con el propósito de evitar las normas sanitarias existentes para la entrada de productos comestibles a territorio nacional y concretamente de origen animal, y obtener un beneficio patrimonial ilícito, acordó telefónicamente con una persona llamada NATALIO, que para facilitarle la entrada de las cajas de productos alimenticios que éste traería desde África, se encargaría de estar en el puesto de aduana de la Guardia Civil para que los introdujere al territorio nacional sin la fiscalización que debía de ser realizada por el acusado conforme a las normas sanitarias existentes, y ello a

cambio de recibir una caja del mismo producto que NATALIO traería. HECHO D.- El Jurado ha declarado probado que: Los acusados José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 5 de agosto de 2008. D. CHO IL CHAN con número de pasaporte BS2166067 y natural de Corea del Sur, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 18:30 horas del 5 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 180.000 € que afirmaba traer. D. CHO IL CHAN, una vez que entró en la oficina del Resguardo Fiscal dejó una caja que contenía pulpos y la ofreció de regalo directamente a los agentes de la Guardia Civil sin que éstos lo impidieren. El acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. CHO IL CHAN, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara, estando conforme con ello el acusado José Juan Pérez Morata, lo que hicieron a cambio de la caja de pulpos que les había dejado D. CHO IL CHAN, y que se repartieron una vez que éste hubo abandonado el lugar. HECHO E.- El Jurado ha declarado probado que: Los acusados D. Luis Manuel Quintana Medina y D. José Manuel Rivera García, como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 6 de agosto de 2008. Sobre las 21:16 horas del día 6 de agosto, estando ambos acusados en la zona aduanera de llegadas internacionales del aeropuerto de Gran Canaria ejerciendo sus funciones, en esos momentos entran varios pasajeros extranjeros que acababan de llegar de un vuelo desde África con objeto de fiscalizar las mercancías que portaban y que debían ser declaradas e inspeccionadas. Los acusados D. Luis Manuel Quintana Medina y D. José Manuel Rivera García, previamente de acuerdo, solicitaron y recibieron de dos pasajeros dos billetes de 50€, y dos billetes de 20€ a cambio de no fiscalizar las cajas con alimentos que estos pretendían entrar en España (carne y verduras), sin que comprobasen el contenido de las mismas para en su caso retenerlas por contravenir las normas sanitarias, a sabiendas de la ilegalidad de su acción. HECHO F.- El Jurado ha declarado probado que: Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa, D. Miguel Muñoz Ortega y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 22:00 horas del día 10 de agosto y las 6:00 horas del día 11 de agosto de 2008. D. ACHBIK HAMMA, con número de pasaporte P823794 mayor de edad y natural de Marruecos, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 23:00 horas del día 10 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 200.000 que afirmaba traer. Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa, D. Miguel Muñoz Ortega y D. José Juan Pérez Morata, puestos de común acuerdo, y al margen de cuál de los tres verbalizara la petición lo que no ha podido concretarse, pidieron a D. ACHBIK HAMMA dinero a cambio de no contar billete a

billete el dinero que iba a declarar haciendo entrega aquél de 120 €. Tras lo anterior, el acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. ACHBIK HAMMA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara. HECHO G.- El Jurado ha declarado probado que: Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 6.00 y las 14:00 horas del 12 de agosto de 2008. D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, natural de Marruecos y con número de pasaporte AC124153, procedente del Aiun (Marruecos) arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 12:30 horas del 12 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 250.000 € que afirmaba traer. El acusado D. José Santiago Alemán Sosa con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero bajo la fórmula de si iba a "dejar algo para café", haciendo entrega aquél de 50 € que pone bajo la gorra del Guardia Civil requirente, justamente con la finalidad de introducir el dinero que afirmaba traer sin que se verificase su importe. El acusado D. José Juan Pérez Morata estaba presente cuando aconteciere lo anterior sin realizar ninguna objeción, al estar de acuerdo con el otro acusado con lo que hacía para luego repartirse el dinero. Tras lo anterior, el acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara. HECHO H.- El Jurado ha declarado probado que: El acusado D. José Juan Pérez Morata como miembro del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependiente orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraba de servicio entre las 6.00 y las 14:00 horas del 12 de agosto de 2008. D. MOHAMED VALL OULD CHEIKH, procedente del Aiun (Marruecos) arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 13:45 horas del 12 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 106.000 € que afirmaba traer. El acusado D. José Juan Pérez Morata con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar el dinero que iba a declarar D. MOHAMED VALL OULD CHEIKH, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero en reiteradas ocasiones a lo que se negó el pasajero. Como consecuencia de esa negativa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. MOHAMED VALL OULD CHEIKH, el acusado D. José Juan Pérez Morata consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" tras comprobar que efectivamente la cantidad declarada por el pasajero era la que portaba tras pasarla por la máquina de recuento. HECHO 1.-El Jurado ha declarado probado que: El acusado D. José Juan Pérez Morata como miembro del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria,

dependiente orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraba de servicio entre las 14.00 y las 22:00 horas del 13 de agosto de 2008. D. CHIAA OULD CHIAA, natural de Mauritania con número de pasaporte M0370295 arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 19:20 horas del 13 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar el dinero que afirmaba traer. El acusado D. José Juan Pérez Morata con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar el dinero que iba a declarar D. CHIAA OULD CHIAA, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero haciendo entrega aquél de 100 €. Acto seguido, el acusado D. José Juan Pérez Morata, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. CHIAA OULD CHIAA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara. HECHO J.- El Jurado ha declarado probado que: Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14.00 y las 22:00 horas del 13 de agosto de 2008. D. ACHBIK HAMMA, procedente del Aiun (Marruecos) arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 21:40 horas del 13 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 540.000 € que afirmaba traer. El acusado D. José Santiago Alemán Sosa con ánimo de lucro indebido, y estando presente el otro acusado D. José Juan Pérez Morata que estaba de acuerdo con ello, a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar D. ACHBIK HAMMA procedió a pedirle dinero haciendo entrega éste de 120 €. Tras lo anterior, el acusado D. José Juan Pérez Morata, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. ACHBIK HAMMA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara. HECHO K.- El Jurado ha declarado probado que: El acusado D. José Manuel Suárez Peña estaba de servicio en la zona de control aduanero de llegadas internacionales al formar parte del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria entre las 22.00 horas del 13 de agosto y las 6:00 horas del 14 de agosto de 2008. D. AHMED MOHAMED, natural de Mauritania con número de pasaporte M0347278 arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 22:26 horas del 13 de agosto de 2008, portando dinero en efectivo que quería declarar. El acusado D. José Manuel Suárez Peña con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar el dinero que iba a declarar D. AHMED MOHAMED de 360.000 €, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero haciendo entrega aquél de dos billetes de 50 €. Tras lo anterior, el acusado D. José Manuel Suárez Peña, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. AHMED MOHAMED, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado", que ascendía a 360.000 €, sin contar billete a billete el dinero que éste portara. HECHO L.- El Jurado ha declarado probado que: El acusado D. Eladio León Cabrera estaba de servicio en la zona de control aduanero de llegadas internacionales al formar parte

del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria entre las 14:00 horas y las 22:00 horas del 20 de agosto de 2008. D. SALEM AALI ALIVA, con número de pasaporte español 80102426 arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 21:00 horas del 20 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar el dinero que afirmaba traer. El acusado D. SALEM AALI ALIVA, una vez en el interior de la oficina del Resguardo Fiscal puso sobre la mesa donde estaba atendiéndolo el acusado D. Eladio León Cabrera un billete de 50 € que dijo que era "para café" con la finalidad de introducir el dinero que afirmaba traer sin que se verificase su importe, guardando el agente Sr. León Cabrera los 50 € en un cajón con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito. Tras lo anterior, el acusado D. Eladio León Cabrera, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. SALEM AALI ALIVA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado", que ascendía a 280.000 €, sin contar billete a billete el dinero que éste portara. El acusado D. Eladio León Cabrera no retuvo dos kilos de carne que tratara de introducir el acusado D. SALEM AALI ALIVA, por los mismos motivos por los que no contara el dinero que éste declaraba. TERCERO.- El Jurado ha declarado probado que: 1º.- La presente causa se inició por auto de incoación de Diligencias Previas de fecha 8 de abril de 2008, siendo imputados los siguientes acusados en las fechas que se determinan: - D. José Manuel Rivera García el 25 de septiembre de 2008. - D. Luis Manuel Quintana Medina el 25 de septiembre de 2008. - D. José Santiago Alemán Sosa el 25 de septiembre de 2008. - D. Brahim Mahjoub Abdala el 9 de octubre de 2008. - D. Eladio León Cabrera el 11 de diciembre de 2008. - D. José Manuel Suárez Peña el 25 de septiembre de 2008. Las sesiones del Juicio Oral se fijaron por auto de fecha 1 de marzo de 2017 para dar comienzo el día 19 de junio de 2017. 2º.- Por parte del Juzgado de Instrucción nº 1 de Telde, el procedimiento se ha retrasado por causas no imputables a los acusados en los siguientes periodos: como consecuencia de resolver un recurso de reforma contra el auto de 27 de diciembre de 2011 que fue resuelto el 10 de abril de 2012 y como consecuencia de resolver un recurso contra una providencia de fecha 11 de marzo de 2014 que fue resuelta por auto de fecha 14 de noviembre de 2014. En total la causa ha estado paralizada por causas no imputables a los acusados 12 meses. CUARTO.- El Jurado ha declarado no probado que la causa estuviere paralizada desde el 28 de octubre de 2009 en que tiene entrada en el Juzgado de Instrucción el primer informe pericial caligráfico obrante a folios 2586 a 2670 del Tomo VII, y hasta 2013".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:
FALLAMOS:

"PRIMERO.- QUE en atención al veredicto de culpabilidad emitido por el Jurado en relación a los acusados D. SALVADOR ESPUEY MILLAN, D. JOSE JUAN PÉREZ MORATA, D. JOSE SANTIAGO ALEMÁN SOSA, D. JOSE ANTONIO BETANCOR CUBAS, D. MIGUEL MUÑOZ ORTEGA, D. ALFONSO RAMÍREZ PÉREZ, D. LUIS MANUEL QUINTANA MEDINA, D. JOSE MANUEL RIVERA GARCÍA, D. JOSE MANUEL SUÁREZ PEÑA, D. ELADIO LEÓN

CABRERA, D. MAHJOB ABDALA BRAHIM y D. SALEM AALI ALIVA, apreciando respecto de todos ellos la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la atenuante simple de dilaciones indebidas: 1º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. SALVADOR ESPUEY MILLAN como autor penalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 421 del CP a las penas de multa de 1.500 € con responsabilidad personal subsidiaria de 3 días de privación de libertad en caso de impago, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año y cinco meses, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público llevará consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local. 2º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. JOSE JUAN PÉREZ MORATA como autor penalmente responsable de: A) un delito continuado de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP en relación con el art. 74.1, a las penas de 4 años de prisión, 940 de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 2 días de privación de libertad en caso de impago, 9 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. B) un delito continuado de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP en relación con el art. 74.1, a las penas de 4 años y 6 meses de prisión, multa de 15 meses a razón de 10€ de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, la inhabilitación especial para empleo y cargo público por tiempo de 4 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local. 3º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. JOSE SANTIAGO ALEMÁN SOSA como autor penalmente responsable de: A) un delito continuado de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP en relación con el art. 74.1, a las penas de 4 años de prisión, 740 de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 2 días de privación de libertad en caso de impago, 9 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. B) un delito continuado de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP en relación con el art. 74.1, a las penas de 4 años y 6 meses de prisión, multa de 15 meses a razón de 10€ de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, la inhabilitación

especial para empleo y cargo público por tiempo de 4 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local. 4º.- DEBO CONDENAR Y CONDENAR al acusado D. JOSE ANTONIO BETANCOR CUBAS como autor penalmente responsable de: A) un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP a las penas de 2 años de prisión, 450 € de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. B) un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP a la pena de 3 años de prisión, multa de 6 meses a razón de 10 € de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, inhabilitación especial para empleo y cargo público por 2 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. C) un delito de cohecho previsto y penado en el art. 421 del CP a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un tiempo de 1 año. Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local. 5º.- DEBO CONDENAR Y CONDENAR al acusado D. MIGUEL MUÑOZ ORTEGA como autor penalmente responsable de: A) un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP a las penas de 2 años de prisión, 120 € de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. B) un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP a la pena de 3 años de prisión, multa de 6 meses a razón de 10 € de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, inhabilitación especial para empleo y cargo público por 2 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo

similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local. 6º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. ALFONSO RAMÍREZ PÉREZ como autor penalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 421 del CP a las penas de multa de 1.500 € con responsabilidad personal subsidiaria de 3 días de privación de libertad en caso de impago, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año y cinco meses, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público llevará consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local. 7º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. LUIS MANUEL QUINTANA MEDINA como autor penalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 421 del CP a las penas de multa de 140 € con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público llevará consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local. 8º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. JOSE MANUEL RIVERA GARCÍA como autor penalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 421 del CP a las penas de multa de 140 € con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público llevará consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local. 9º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. JOSE MANUEL SUÁREZ PEÑA como autor penalmente responsable de: A) un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP a las penas de 2 años de prisión, 35 € de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la

condena. B) un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP a la pena de 3 años de prisión, multa de 6 meses a razón de 10 € de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, inhabilitación especial para empleo y cargo público por 2 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local. 10º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. ELADIO LEÓN CABRERA como autor penalmente responsable de: A) un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP a las penas de 2 años de prisión, 50 € de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. B) un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP a la pena de 3 años de prisión, multa de 6 meses a razón de 10 € de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, inhabilitación especial para empleo y cargo público por 2 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local. 11º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. MAHJOB ABDALA BRAHIM como autor penalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 423.2 del CP a las penas de 1 año de prisión, multa de 25 € con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. 12º.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. SALEM AALI ALIVA como autor penalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 423.2 del CP a las penas de 1 año de prisión, multa de 25 € con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena. SEGUNDO.- QUE DEBO ACORDAR Y ACUERDO la libre absolución del acusado D. JOSÉ LUIS SUÁREZ CASAÑAS respecto de la falta de hurto que se le ha atribuido al retirar la acusación el Ministerio Fiscal. TERCERO.- En materia de costas procesales, se condena a su abono a los acusados-condenados por partes iguales.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a la partes advirtiéndoles que contra esta resolución pueden interponer RECURSO DE APELACIÓN, que deberá formalizarse en el plazo de DIEZ DÍAS siguientes a la última notificación de esta sentencia, y conforme a lo establecido en los arts. 846 bis b) y siguientes de la LECRIM, siendo competente para su resolución la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Líbrese testimonio de esta resolución para su unión a los autos de su razón".

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por las representaciones de los acusados **D. Eladio León Cabrera, D. Miguel Muñoz Ortega, D. José Manuel Suárez Peña, D. José Juan Pérez Morata, D. José Antonio Betancor Cubas y José Santiago Alemán Sosa, D. Luis Manuel Quintana Medina, D. José Manuel Rivera García y D. Alfonso Pérez Ramírez**, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con fecha 6 de junio de 2018, cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los condenados D. Salvador Espuey Millán, D. Alfonso Ramírez Pérez, D. José Santiago Alemán Sosa, D. José Antonio Betancor Cubas, D. José Juan Pérez Morata, D. Eladio León Cabrera, D. José Manuel Suárez Peña, D. Miguel Muñoz Ortega, D. Luis Manuel Quintana Medina y D. José Manuel Rivera García contra la sentencia de fecha 24 de julio de 2017, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas (R. L. Jurado nº 82/2015), dimanante del procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado nº 1/2011, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº1 (antiguo P. Inst. e Instr. nº1) de Telde, la cual confirmamos en todos sus pronunciamientos. No se efectúa imposición de las costas del presente recurso. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación, el cual ha de anunciarse en el plazo de cinco días ante esta Sala para su posterior formalización ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por las representación de los acusados **D. Eladio León Cabrera, D. Miguel Muñoz Ortega, D. José Manuel Suárez Peña, D. José Juan Pérez Morata, D. José Antonio Betancor Cubas y José Santiago Alemán Sosa, D. Luis Manuel Quintana Medina, D. José Manuel Rivera García y D. Alfonso Pérez Ramírez**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones

necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. ELADIO LEÓN CABRERA**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 CE, derecho a la presunción de inocencia, y arts. 24.1 y 120.3 CE, derecho a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- Por infracción de Ley del nº 1 del art. 849 LECrim., por aplicación indebida del art. 390.1.4º CP.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1º LECrim. por indebida inaplicación del art. 421 CP.

Cuarto.- Por infracción Ley sustantiva por aplicación indebida del art- 419 y 390.1.4 del Código Penal.

Quinto.- Por infracción de Ley sustantiva por inaplicación del artículo 77 del Código Penal.

Sexto.- Por infracción de la Ley sustantiva por inaplicación del artículo 21.6º, en relación al 66.2 ambos del Código Penal en su condición de muy cualificada.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. MIGUEL MUÑOZ ORTEGA**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un juicio justo sin dilaciones indebidas (art. 24-1 y 24-2 de la CE).

Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim., por indebida aplicación de los arts. 419 y 390.1.4º CP.

Tercero.- Con amparo simultáneo en el art. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., por una parte (vulneración del derecho a un juicio justo "sin dilaciones indebidas" art. 24.1 C.E.), y por otra parte por corriente infracción de ley (art. 849.1 L.E.Cr.), dada la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Cuarto.- Con sede en el art. 849.1 L.E.Cr., se aduce como último motivo, infracción del principio de proporcionalidad de las penas (art. 72 C. Penal).

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. JOSÉ MANUEL SUÁREZ PEÑA**, lo baso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de precepto constitucional, artículos 9, 24.2 y 25 en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM.

Segundo.- Por infracción de Ley del número 2º del artículo 849 de la LECrim., al existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos. Inaplicación del art. 425 del CP.

Tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim., por aplicación indebida del art. 390.1.4º.

Cuarto.- Por indebida inaplicación del art. 21.6 CP como muy cualificada.

Quinto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.3º y 4º LECrim. por indebida denegación de preguntas.

IV.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. JOSÉ JUAN PÉREZ MORATA**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución española, al amparo del art. 5.4 de la ley orgánica del poder judicial, en el apartado relativo al derecho de defensa y asistencia de letrado y a un proceso con todas las garantías, vulnerándose al art. 520.2 c) de la ley de enjuiciamiento criminal e incomunicación de detenidos. Nulidad.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 18.1,3 y 4 y 10.1 de la Constitución española (derecho a la intimidad personal, a la propia imagen, a la dignidad, al secreto, a los derechos fundamentales) al amparo del art. 5.4 lopj y art. 849.2 LECRIM, y art. 11.1 LOPJ. Nulidad de actuaciones

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 24.1 y 24.2 de la Constitución española, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio con todas las garantías, por insuficiente motivación del veredicto emitido, en relación al art. 120.3 de la constitución española, artículo 61.1 d) de la ley orgánica del tribunal del jurado y apartado a) del art. 846 bis c) de la ley de enjuiciamiento criminal.

Cuarto.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por aplicación indebida del artículo 390.1.4º del código penal en

relación al art. 74.1 CP y en referencia al 846 bis c), apartado b) de la ley de enjuiciamiento criminal.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución española, al amparo del art. 5.4 de la ley orgánica del poder judicial, en relación al art. 852 de la LECRIM, y art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el apartado relativo a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Sexto.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por aplicación indebida del artículo 390.1.4º del Código Penal (anunciado como motivo 5º).

Séptimo.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por inaplicación del art. 77 del C. Penal (anunciado como motivo 6º).

Octavo.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., por infracción de los arts. 21.6º y 66 del C. Penal, al no aplicarse la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, en relación al apartado B) del art. 846 bis C) de la L.E.Cr. (anunciado como motivo 7º).

V.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados **D. JOSÉ ANTONIO BETANCOR CUBAS** y **D. JOSÉ SANTIAGO ALEMÁN SOSA**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 CE, al amparo del art. 5.4 LOPJ, en el apartado relativo al derecho de defensa y asistencia de letrado y a un proceso con todas las garantías, vulnerándose al art. 520.2 c) LECrim. e incomunicación de detenidos.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 18.1.3 y 4 y 10.1 CE -derecho a la intimidad personal, a la propia imagen, a la dignidad, al secreto, a los derechos fundamentales- al considerar nulas las captaciones audiovisuales que tienen su origen en el Auto de fecha 28 de abril de 2008 y sus prórrogas.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 24.1 y 24.2 de la Constitución española, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio con todas las garantías, por insuficiente motivación del veredicto emitido, en relación al art. 120.3 de la constitución española, artículo 61.1 d)

de la ley orgánica del tribunal del jurado y apartado a) del art. 846 bis c) de la ley de enjuiciamiento criminal.

Cuarto.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por aplicación indebida del artículo 390.1.4º del código penal en relación al art. 74.1 CP y en referencia al 846 bis c), apartado b) de la ley de enjuiciamiento criminal.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución española, al amparo del art. 5.4 de la ley orgánica del poder judicial, en relación al art. 852 de la LECRIM., y art. 11.1 de la ley orgánica del poder judicial en el apartado relativo a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Sexto.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por aplicación indebida del artículo 390.1.4º CP (anunciado como motivo 5).

Séptimo.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por inaplicación del artículo 77 del código penal (anunciado como motivo 6).

Octavo.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por infracción de los artículos 21.6º y 66 del código penal, al no aplicarse la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, en relación al apartado b) del artículo 846 bis c) de la ley de enjuiciamiento criminal (anunciado como motivo 7).

VI.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. LUIS MANUEL QUINTANA MEDINA**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim.), por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) e infracción de ley sustantiva por quebrantamiento de normas y garantías procesales causantes de indefensión (art. 11.1 LOPJ) (art. 849.1º LECrim.), ambos por ilicitud de las grabaciones autorizadas por la Juez de Instrucción.

Segundo.- Por quebrantamiento de forma (art. 852 LECrim.). La sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, resulta manifiesta contradicción entre ellos y se consignan como

hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Tercero.- Por infracción de Ley del número 1º del artículo 849 de la LECrim., al existir error en la apreciación de la prueba con base documental en la grabación videográfica.

Cuarto.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia e infracción de ley sustantiva (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ y 24.2 CE).

Quinto.- Infracción de ley por aplicación indebida de la regla 66.1.1º e inaplicación de la regla del artículo 66.1.2ª del CP, puestos en relación con el artículo 21-6ª de la misma ley penal, al aplicarse en la sentencia la atenuante de dilaciones indebidas en su modalidad de simple, cuando se desprende del conjunto de las actuaciones que concurren los requisitos jurisprudenciales para estimarse como muy cualificada.

VII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. JOSÉ MANUEL RIVERA GARCÍA**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de Ley del número 2º del artículo 849 de la LECrim., al existir error en la apreciación de la prueba con base documental en la grabación videográfica.

Segundo.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia al amparo del art. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ.

Tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim., por indebida aplicación del art. 421 CP.

Cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim., por indebida inaplicación del art. 21.6 CP como muy cualificada.

Quinto.- Por infracción de ley sustantiva (III), por inaplicación del art. 72 del CP (individualización de la pena).

VIII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. ALFONSO PÉREZ RAMÍREZ**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 de la L.E.Cr., con base documental en la grabación vídeo gráfica aportada a la prueba de las actuaciones.

Segundo.- Por vulneración al principio de presunción de inocencia, al amparo del art. 852 L.E.Cr., así como del art. 5.4 L.O.P.J.

Tercero.- Por infracción de ley sustantiva (I), concretamente, del art. 421 del C.Penal.

Cuarto.- Por infracción de ley sustantiva (II), por inaplicación de la atenuante del art. 21.6, en relación con el art. 66.2, ambos del C. Pena, en su condición de muy cualificada.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 26 de noviembre de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de ALFONSO PÉREZ RAMÍREZ, ANTONIO BETANCOR CUBAS, JOSÉ SANTIAGO ALEMÁN SOSA, JOSÉ JUAN PÉREZ MORATA, ELADIO LEÓN CABRERA, JOSÉ MANUEL SUÁREZ PEÑA, MIGUEL MUÑOZ ORTEGA, LUIS MANUEL QUINTANA MEDINA y JOSÉ MANUEL RIVERA GARCÍA contra la sentencia de seis de junio de dos mil dieciocho dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Canarias que resolvió en apelación la dictada por la Magistrado-Presidente del Tribunal de Jurado de la AP de Las Palmas de fecha 24 de Julio de 2017.

Sin embargo, y dado que se suscitan diversos motivos por los recurrentes al objeto que nos interesa de enfocar el objeto de la casación en estos casos en donde ya se ha dictado una sentencia por el TSJ que ha validado el proceso de racionalidad de la valoración probatoria hay que

precisar que como ya hemos señalado en otras ocasiones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación contra las sentencias del Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado, debemos insistir -SSTS 151/2014 de 4 marzo, 310/2014 27 marzo, que el recurso de casación en los procedimientos de Jurado se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

Más extensamente, la STS. 289/2012 de 13.4, señala: "Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal del jurado. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;

b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;

c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;

d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos».

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la “suficiencia” de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas

pretensiones «per saltum», que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".

Los hechos probados son los siguientes:

“El Jurado ha declarado probado que el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago, que debía ser cumplimentado por el agente de la Guardia Civil del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria que estuviere de servicio en cada momento, y que reza "verificado importe declarado" con dos casillas opcionales ("no" o "sí"), exigía contar el dinero que el pasajero declaraba de forma efectiva, esto es, billete a billete.

Tal circunstancia era conocida por los acusados D. SALVADOR ESPUEY MILLAN, D. JOSE JUAN PÉREZ MORATA, D. JOSE SANTIAGO ALEMÁN SOSA, D. JOSE ANTONIO BETANCOR CUBAS, D. MIGUEL MUÑOZ ORTEGA, D. ALFONSO RAMÍREZ PÉREZ, D. LUIS MANUEL QUINTANA MEDINA, D. JOSE MANUEL RIVERA GARCÍA, D. JOSE MANUEL SUÁREZ PEÑA y D. ELADIO LEÓN CABRERA, con anterioridad a los hechos que se consignan a continuación.

SEGUNDO.- HECHO A.- El Jurado ha declarado probado que:

En horas de la tarde del 30 de enero de 2008, llegó al aeropuerto de Gran Canaria procedente del Aiun D. MOHAMED KANTAOUI HABIB, quien debía de pasar por las oficinas de la zona de llegadas del Resguardo Fiscal de la Guardia Civil del Aeropuerto de Gran Canaria, a fin de declarar el *dinero que traía en efectivo y que afirmaba ascender a 30.000 €*.

El SR. KANTAOUI se olvidó de manifestar que portaba ese dinero, siendo interceptado tras detectarse la presencia del mismo en su maletín al pasar por la máquina de rayos X existente en la zona aduanera, instante en que fue requerido por uno de los agentes que se encontraba en la zona a efectos de indagar lo acontecido.

En esos momentos se encontraba ejerciendo sus funciones de control en dicha zona el sargento de la Guardia Civil y máximo responsable del grupo fiscal, el acusado D. Salvador Espuey Millán.

En ese momento, y con ánimo de enriquecimiento ilícito el acusado D. Alfonso Ramírez Pérez, quién también prestaba servicio en el lugar, exigió al SR. KANTAOUI la cantidad de 2000 € para no intervenirle el dinero como establece la Orden EHA/1439/2006 de 3 de mayo en el apartado quinto punto 1 (falta de declaración voluntaria), entregándole el SR. KANTAOUI finalmente 1.500 € tras una breve negociación.

El acusado D. Salvador Espuey Millán vio lo anterior sin que realizara nada por evitar dicha acción, pese a estar obligado a ello dada su condición de superior jerárquico en el Grupo Fiscal.

HECHO B.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados José Antonio Betancor Cubas, José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 18 de junio de 2008.

DÑA YAMILA CHTOUKI, con número de pasaporte T599740 y natural de Marruecos, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 20:00 horas del 18 de junio de 2008 procedente de El Aiun, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 118.500 € que afirmaba traer.

El acusado José Antonio Betancor Cubas, con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar DÑA YAMILA CHTOUKI solicitó de ésta algo de dinero para los agentes allí presentes, haciéndole entrega la misma de 50 €.

El acusado José Juan Pérez Morata, con igual ánimo de lucro indebido y con la misma finalidad anterior, solicitó de DÑA YAMILA CHTOUKI dinero, haciéndole entrega ésta de al menos 8 billetes de 50 €.

El dinero obtenido fue repartido entre los tres guardias civiles acusados José Antonio Betancor Cubas, José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata que estaban de servicio en el resguardo Fiscal, y que estaban de acuerdo con esa petición de dinero a cambio de no contar efectivamente el dinero que portara DÑA. YAMILA.

El acusado José Antonio Betancor Cubas, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad de 118.500 € que declaraba DÑA YAMILA CHTOUKI, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que ésta portara.

HECHO C.- El Jurado ha declarado probado que el 1 de agosto de 2008, el acusado D. José Antonio Betancor Cubas, con el propósito de evitar las normas sanitarias existentes para la entrada de productos comestibles a territorio nacional y concretamente de origen animal, y obtener un beneficio patrimonial ilícito, acordó telefónicamente con una persona llamada NATALIO, que para facilitarle la entrada de las cajas de productos alimenticios que éste traería desde África, se encargaría de estar en el puesto de aduana de la Guardia Civil para que los introdujere al territorio nacional sin la fiscalización que debía de ser realizada por el acusado conforme a las normas sanitarias existentes, y ello a cambio de recibir una caja del mismo producto que NATALIO traería.

HECHO D.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 5 de agosto de 2008.

D. CHO IL CHAN con número de pasaporte BS2166067 y natural de Corea del Sur, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 18:30 horas del 5 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 180.000 € que afirmaba traer.

D. CHO IL CHAN, una vez que entró en la oficina del Resguardo Fiscal dejó una caja que contenía pulpos y la ofreció de regalo directamente a los agentes de la Guardia Civil sin que éstos lo impidieren.

El acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. CHO IL CHAN, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara, estando conforme con ello el acusado José Juan Pérez Morata, lo que hicieron a cambio de la caja de pulpos que les había dejado D. CHO IL CHAN, y que se repartieron una vez que éste hubo abandonado el lugar.

HECHO E.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. Luis Manuel Quintana Medina y D. José Manuel Rivera García, como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 6 de agosto de 2008.

Sobre las 21:16 horas del día 6 de agosto, estando ambos acusados en la zona aduanera de llegadas internacionales del aeropuerto de Gran Canaria

ejerciendo sus funciones, en esos momentos entran varios pasajeros extranjeros que acababan de llegar de un vuelo desde África con objeto de fiscalizar las mercancías que portaban y que debían ser declaradas e inspeccionadas.

Los acusados D. Luis Manuel Quintana Medina y D. José Manuel Rivera García, previamente de acuerdo, solicitaron y recibieron de dos pasajeros dos billetes de 50€, y dos billetes de 20€ a cambio de no fiscalizar las cajas con alimentos que estos pretendían entrar en España (carne y verduras), sin que comprobasen el contenido de las mismas para en su caso retenerlas por contravenir las normas sanitarias, a sabiendas de la ilegalidad de su acción.

HECHO F.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa, D. Miguel Muñoz Ortega y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 22:00 horas del día 10 de agosto y las 6:00 horas del día 11 de agosto de 2008.

D. ACHBIK HAMMA, con número de pasaporte P823794 mayor de edad y natural de Marruecos, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 23:00 horas del día 10 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 200.000 que afirmaba traer.

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa, D. Miguel Muñoz Ortega y D. José Juan Pérez Morata, puestos de común acuerdo, y al margen de cuál de los tres verbalizara la petición lo que no ha podido concretarse, pidieron a D. ACHBIK HAMMA dinero a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar haciendo entrega aquél de 120 €.

Tras lo anterior, el acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de

movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. ACHBIK HAMMA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

HECHO G.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 6.00 y las 14:00 horas del 12 de agosto de 2008.

D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, natural de Marruecos y con número de pasaporte AC124153, procedente del Aiun (Marruecos) arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 12:30 horas del 12 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 250.000 que afirmaba traer.

El acusado D. José Santiago Alemán Sosa con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero bajo la fórmula de si iba a "dejar algo para café", haciendo entrega aquél de 50 que pone bajo la gorra del Guardia Civil requirente, justamente con la finalidad de introducir el dinero que afirmaba traer sin que se verificase su importe.

El acusado D. José Juan Pérez Morata estaba presente cuando aconteciere lo anterior sin realizar ninguna objeción, al estar de acuerdo con el otro acusado con lo que hacía para luego repartirse el dinero.

Tras lo anterior, el acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

HECHO H.- El Jurado ha declarado probado que:

El acusado D. José Juan Pérez Morata como miembro del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependiente orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraba de servicio entre las 6.00 y las 14:00 horas del 12 de agosto de 2008.

D. MOHAMED VALL OULD CHEIKH, procedente del Aiun (Marruecos) arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 13:45 horas del 12 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 106.000 que afirmaba traer.

El acusado D. José Juan Pérez Morata con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar el dinero que iba a declarar D. MOHAMED VALL OULD CHEIKH, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero en reiteradas ocasiones a lo que se negó el pasajero.

Como consecuencia de esa negativa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. MOHAMED VALL OULD CHEIKH, el acusado D. José Juan Pérez Morata consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" tras comprobar que efectivamente la cantidad declarada por el pasajero era la que portaba tras pasarla por la máquina de recuento.

HECHO 1.-El Jurado ha declarado probado que:

El acusado D. José Juan Pérez Morata como miembro del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependiente orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraba de servicio entre las 14.00 y las 22:00 horas del 13 de agosto de 2008.

D. CHIAA OULD CHIAA, natural de Mauritania con número de pasaporte M0370295 arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 19:20 horas del 13 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar el dinero que afirmaba traer.

El acusado D. José Juan Pérez Morata con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar el dinero que iba a declarar D. CHIAA OULD CHIAA, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero haciendo entrega aquél de 100 €.

Acto seguido, el acusado D. José Juan Pérez Morata, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. CHIAA OULD CHIAA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

HECHO J.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14.00 y las 22:00 horas del 13 de agosto de 2008.

D. ACHBIK HAMMA, procedente del Aiun (Marruecos) arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 21:40 horas del 13 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 540.000 que afirmaba traer.

El acusado D. José Santiago Alemán Sosa con ánimo de lucro indebido, y estando presente el otro acusado D. José Juan Pérez Morata que estaba de acuerdo con ello, a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar D. ACHBIK HAMMA procedió a pedirle dinero haciendo entrega éste de 120 €.

Tras lo anterior, el acusado D. José Juan Pérez Morata, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. ACHBIK HAMMA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

HECHO K.- El Jurado ha declarado probado que:

El acusado D. José Manuel Suárez Peña estaba de servicio en la zona de control aduanero de llegadas internacionales al formar parte del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria entre las 22.00 horas del 13 de agosto y las 6:00 horas del 14 de agosto de 2008.

D. AHMED MOHAMED, natural de Mauritania con número de pasaporte M0347278 arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 22:26 horas del 13 de agosto de 2008, portando dinero en efectivo que quería declarar.

El acusado D. José Manuel Suárez Peña con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar el dinero que iba a declarar D. AHMED MOHAMED de 360.000 €, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero haciendo entrega aquél de dos billetes de 50 €.

Tras lo anterior, el acusado D. José Manuel Suárez Peña, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. AHMED MOHAMED, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado", que ascendía a 360.000 €, sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

HECHO L.- El Jurado ha declarado probado que:

El acusado D. Eladio León Cabrera estaba de servicio en la zona de control aduanero de llegadas internacionales al formar parte del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria entre las 14:00 horas y las 22:00 horas del 20 de agosto de 2008.

D. SALEM AALI ALIVA, con número de pasaporte español 80102426 arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 21:00 horas del 20 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar el dinero que afirmaba traer.

El acusado D. SALEM AALI ALIVA, una vez en el interior de la oficina del Resguardo Fiscal puso sobre la mesa donde estaba atendiéndolo el acusado D. Eladio León Cabrera un billete de 50 € que dijo que era "para café" con la finalidad de introducir el dinero que afirmaba traer sin que se verificase su importe, guardando el agente Sr. León Cabrera los 50 € en un cajón con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito.

Tras lo anterior, el acusado D. Eladio León Cabrera, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. SALEM AALI ALIVA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado", que ascendía a 280.000 €, sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

El acusado D. Eladio León Cabrera no retuvo dos kilos de carne que tratara de introducir el acusado D. SALEM AALI ALIVA, por los mismos motivos por los que no contara el dinero que éste declaraba.

TERCERO.- El Jurado ha declarado probado que:

1º.- La presente causa se inició por auto de incoación de Diligencias Previas de fecha 8 de abril de 2008, siendo imputados los siguientes acusados en las fechas que se determinan:

- D. José Manuel Rivera García el 25 de septiembre de 2008
- D. Luis Manuel Quintana Medina el 25 de septiembre de 2008
- D. José Santiago Alemán Sosa el 25 de septiembre de 2008

- D. Brahim Mahjoub Abdala el 9 de octubre de 2008
- D. Eladio León Cabrera el 11 de diciembre de 2008
- D. José Manuel Suárez Peña el 25 de septiembre de 2008

Las sesiones del Juicio Oral se fijaron por auto de fecha 1 de marzo de 2017 para dar comienzo el día 19 de junio de 2017.

2º.- Por parte del Juzgado de Instrucción nº 1 de Telde, el procedimiento se ha retrasado por causas no imputables a los acusados en los siguientes periodos: como consecuencia de resolver un recurso de reforma contra el auto de 27 de diciembre de 2011 que fue resuelto el 10 de abril de 2012 y como consecuencia de resolver un recurso contra una providencia de fecha 11 de marzo de 2014 que fue resuelta por auto de fecha 14 de noviembre de 2014. En total la causa ha estado paralizada por causas no imputables a los acusados 12 meses.

CUARTO.- El Jurado ha declarado no probado que la causa estuviere paralizada desde el 28 de octubre de 2009 en que tiene entrada en el Juzgado de Instrucción el primer informe pericial caligráfico obrante a folios 2586 a 2670 del Tomo VII, y hasta 2013”.

Las condenas a los nueve recurrentes lo han sido por:

“1.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. JOSE JUAN PÉREZ MORATA como autor penalmente responsable de:

A) un delito continuado de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP en relación con el art. 74.1, a las penas de 4 años de prisión, 940 de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 2 días de privación de libertad en caso de impago, 9 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e

inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

B) un delito continuado de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP en relación con el art. 74.1, a las penas de 4 años y 6 meses de prisión, multa de 15 meses a razón de 10€ de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, la inhabilitación especial para empleo y cargo público por tiempo de 4 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local.

2.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. JOSE ANTONIO BETANCOR CUBAS como autor penalmente responsable de:

A) un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP a las penas de 2 años de prisión, 450 € de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

B) un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP a la pena de 3 años de prisión, multa de 6 meses a razón de 10 € de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, inhabilitación especial para empleo y cargo público por 2 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

C) un delito de cohecho previsto y penado en el art. 421 del CP a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un tiempo de 1 año.

Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local.

3.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. MIGUEL MUÑOZ ORTEGA como autor penalmente responsable de:

A) un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP a las penas de 2 años de prisión, 120 € de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

B) un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP a la pena de 3 años de prisión, multa de 6 meses a razón de 10 € de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, inhabilitación especial para empleo y cargo público por 2 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar

en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local.

4.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. ALFONSO RAMÍREZ PÉREZ como autor penalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 421 del CP a las penas de multa de 1.500 € con responsabilidad personal subsidiaria de 3 días de privación de libertad en caso de impago, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año y cinco meses, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público llevará consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local.

5.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. LUIS MANUEL QUINTANA MEDINA como autor penalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 421 del CP a las penas de multa de 140 € con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público llevará consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local.

6.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. JOSE MANUEL RIVERA GARCÍA como autor penalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 421 del CP a las penas de multa de 140 € con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público llevará consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local.

7.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. JOSE MANUEL SUÁREZ PEÑA como autor penalmente responsable de:

A) un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP a las penas de 2 años de prisión, 35 € de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

B) un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP a la pena de 3 años de prisión, multa de 6 meses a razón de 10 € de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, inhabilitación especial para empleo y cargo público por 2 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local.

8.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. ELADIO LEÓN CABRERA como autor penalmente responsable de:

A) un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP a las penas de 2 años de prisión, 50 € de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

B) un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP a la pena de 3 años de prisión, multa de 6 meses a razón de 10 € de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, inhabilitación especial para empleo y cargo público por 2 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local.

9.- DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. JOSE SANTIAGO ALEMÁN SOSA como autor penalmente responsable de:

A) un delito continuado de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP en relación con el art. 74.1, a las penas de 4 años de prisión, 740 de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 2 días de privación de libertad en caso de impago, 9 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

B) un delito continuado de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP en relación con el art. 74.1, a las penas de 4 años y 6 meses de prisión, multa de 15 meses a razón de 10€ de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, la inhabilitación especial para empleo y cargo público por tiempo de 4 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

Las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público impuestas llevarán consigo la pérdida definitiva de la condición de miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, así como de todos los honores que sean anejos a dicha condición, quedando además imposibilitado el acusado de obtener el mismo empleo durante el tiempo de la condena, extensible a cualquier empleo similar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incluyendo cuerpos policiales autonómicos y de Policía Local”.

RECURSO DE ALFONSO PÉREZ RAMÍREZ

SEGUNDO.- 1.- POR ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA, al amparo del art. 849.2 de la LECr., con base documental en la grabación video gráfica aportada a la prueba de las actuaciones.

Se formula por la vía del art. 849.2 LECRIM la queja respecto de la conclusión a la que llega el Tribunal de la autoría del recurrente en base a la prueba testifical del Sr. Kantaoui, apuntando que *la testifical del Sr. Kantaoui no reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerarla como*

prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia; así como también por entender que es insuficiente la motivación dada por el Jurado y también por el Juzgador para considerar como probado el hecho del que fue objeto de acusación mi mandante.

Siendo esta la vía que se utiliza para la impugnación por documental y error valorativo, debe desestimarse, ya que esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del

fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas.

La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluibles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros

medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y

b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Lo que habrá que valorar es si los informes periciales que se invocan han sido contrarrestados por otros medios probatorios que han llevado a la convicción del Tribunal de que el relato de hechos se evidencia y desprende de la prueba practicada, y que ésta queda debidamente explicada en contradicción a los documentos que como pericial refiere la parte recurrente.

Están excluidos, por regla general, la ampliación de la inspección ocular, y las declaraciones del imputado en fase sumarial y en el juicio oral no son pruebas documentales. Así no son documentos, recuerda la S. 1532/2004 de 22.12, los atestados policiales, las actuaciones de las partes que constan por escrito en el procedimiento y las resoluciones judiciales, y si bien con carácter excepcional se ha admitido el valor documental del acta que refleja la diligencia de inspección ocular, y reconstitución de hechos, solo lo es en cuanto a los datos objetivos que en ella se contienen, pero no en relación con las manifestaciones que allí consten (SSTS. 4.3.86, 17.1.92, 22.7.96, 23.1.98), sin olvidar que no es suficiente sobre la base del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal sentenciador, es preciso, por el contrario que el documento (en este caso la ampliación de la inspección ocular) revele de forma clara un error del Tribunal; bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que en ambos supuestos sea la única prueba sobre este extremo (STS. 524/2003 de 9.4).

En la jurisprudencia de esta sala sobre el concepto de documento a efectos casacionales no se han considerado documentos aptos para acreditar la existencia del error en la apreciación de la prueba los siguientes casos, que son considerados documentos inidóneos a los efectos casacionales, al calificarse de pruebas personales documentadas que no tienen el carácter de ser externas a la causa, a la mayoría de diligencias sumariales generadas en el propio ámbito interno del proceso penal, tales como las declaraciones de los acusados, de los testigos, las pruebas periciales aunque con excepciones, incluso las escrituras públicas o las sentencias judiciales. La razón está en que son pruebas sometidas al principio de inmediación del Tribunal de instancia, y a la libre valoración de la prueba en conciencia por el juzgador, por lo que generalmente, escapan al control y revisión del Tribunal de casación.

En otros casos, el motivo de su inidoneidad se debe a que el documento carece de literosuficiencia, pues al necesitar de otro complemento y apoyo probatorio para la demostración del error, el documento se revela insuficiente y dependiente, alejado de la autonomía que se requiere. Tal es el caso, de las cintas de vídeo o la filmación de una película que acredita por su visionado un hecho delictivo. No reunir datos objetivos y verificables, sino opiniones y apreciaciones subjetivas como en la inspección ocular o la reconstrucción de los hechos, o tener un carácter provisional como el auto de procesamiento, hace al documento no apto para los fines del recurso de casación:

- 1) La confesión, declaración o interrogatorio del procesado, acusado o imputado. Prueba personal documentada (entre otras, SSTS 902/2010, de 21 de octubre; 1030/2010, de 2 de diciembre y 1098/2011, de 27 de octubre).
- 2) Las declaraciones de los coimputados, coinculpados o coacusados.
- 3) Las declaraciones testificales.
- 4) Las declaraciones de la víctima.

5) Las declaraciones de los perjudicados.

Con ello, siendo este el cauce casacional no es posible admitir la vía impugnativa de la valoración del testigo.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- POR VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, al amparo del art. 852 de la LECr., así como del art. 5.4 LOPJ.

Como son varios los recurrentes que exponen este motivo ante la valoración de la prueba que lleva a cabo el Tribunal de instancia, y, más tarde, el control de la valoración de esa racionalidad de la prueba que ha realizado el TSJ ante el recurso de apelación debemos recordar, como ya se expuso, que el examen de la casación en estos casos se lleva a cabo sobre la sentencia del TSJ que ya ha cumplido con su función revisora, con lo que el examen del recurso se circunscribe sobre la sentencia dictada por el TSJ que ya ha revisado la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal.

Así, y ante este motivo que se plantea por varios recurrentes debemos recordar, también, que sobre esta cuestión debemos poner de manifiesto que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de

inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad" , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o

sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación

se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

Y dado que se alega que no ha habido “prueba de cargo” señalar que la doctrina apunta que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

Se alega, así, que *no se ha practicado una actividad probatoria que pueda considerarse de cargo (esto es, reveladora de una actividad criminal) y sea suficiente para quebrar la presunción de inocencia que asiste al Sr. Ramírez Pérez, por lo que procedería la absolución del mismo con todos los pronunciamientos favorables.*

Pues bien, es hecho probado en este caso que:

“HECHO A.- El Jurado ha declarado probado que:

En horas de la tarde del 30 de enero de 2008, llegó al aeropuerto de Gran Canaria procedente del Aiun D. MOHAMED KANTAOUI HABIB, quien debía de pasar por las oficinas de la zona de llegadas del Resguardo Fiscal de la Guardia Civil del Aeropuerto de Gran Canaria, a fin de declarar el dinero que traía en efectivo y que afirmaba ascender a 30.000 €.

El SR. KANTAOUI se olvidó de manifestar que portaba ese dinero, siendo interceptado tras detectarse la presencia del mismo en su maletín al pasar por la máquina de rayos X existente en la zona aduanera, instante en

que fue requerido por uno de los agentes que se encontraba en la zona a efectos de indagar lo acontecido.

En esos momentos se encontraba ejerciendo sus funciones de control en dicha zona el sargento de la Guardia Civil y máximo responsable del grupo fiscal, el acusado D. Salvador Espuey Millán.

En ese momento, y con ánimo de enriquecimiento ilícito el acusado D. Alfonso Ramírez Pérez, quién también prestaba servicio en el lugar, exigió al SR. KANTAOUI la cantidad de 2000 € para no intervenirle el dinero como establece la Orden EHA/1439/2006 de 3 de mayo en el apartado quinto punto 1 (falta de declaración voluntaria), entregándole el SR. KANTAOUI finalmente 1.500 € tras una breve negociación.

El acusado D. Salvador Espuey Millán vio lo anterior sin que realizara nada por evitar dicha acción, pese a estar obligado a ello dada su condición de superior jerárquico en el Grupo Fiscal”.

El Tribunal de instancia señala en torno a la existencia de la prueba que el Jurado admitió y consideró suficiente que:

“Prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia. HECHO A, Intervención de Alfonso Ramírez.

Respecto del hecho A, también se constata la existencia de prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia.

Se valora documental acreditativa de la presencia en el resguardo Fiscal el día de los hechos del acusado Sr. Espuey, y luego se valora la declaración del testigo de los hechos, el Sr. Kantaoui, que efectivamente sostiene que el acusado Alfonso Ramírez Pérez le exigiere 2.000 € para no incautarle el dinero que portara, entregándole finalmente 1.500 tras una breve negociación.

Además, el testigo proporciona datos relacionados con el grado que tuviere el acusado, con el galón rojo en su uniforme. El Jurado expone un criterio razonado para creerse al testigo, objetivamente aceptable dada la singularidad propia de la inmediación probatoria, advertible por este Magistrado-Presidente cuando se practicare la declaración del testigo, y verificable a través de la grabación audiovisual del juicio oral.

Y por los mismos motivos debe considerarse igualmente suficientemente exteriorizado el juicio convictivo acerca de la implicación del también acusado Sr. Salvador Espuey, en la medida en que el testigo lo sitúa en el lugar señalando que necesariamente vio lo que pasaba dada su ubicación sin que nada hiciese para impedir tal proceder irregular”.

Pues bien, ante esta alegación ante el TSJ se motivó la existencia de la suficiencia de la prueba de cargo y su valoración apuntando que:

“Cuando el Jurado da por probado el Hecho 1º, del punto B) del Apartado A) del objeto del veredicto y señala como elementos de convicción las pruebas constituidas por la declaración del testigo Sr. Kantaoui prestada en juicio, la papeleta de servicio obrante al folio 1038 del Tomo 4 y el documento S-1 que obra al folio 9 del Tomo 1, el Jurado señala expresamente la testifical y, concretamente, expresa lo siguiente: "la declaración del Sr. Kantaouí el día 23-6-2017 en calidad de testigo, lo que implica que no puede mentir, en la cual señala que el guardia civil D. Alfonso Ramírez (al que reconoce por el galón rojo de su uniforme), le pide en un principio 2.000 euros para no incautarle el dinero que portaba (30.000 euros). Y éste accede, dándole 1.500 €".

Completa el Jurado su convicción indicando que el testimonio del Sr. Kantaoui "genera fiabilidad al Jurado pues no encuentra motivos por los cuales esta persona quisiera faltar a la verdad ni tuviera intención de entrar con dinero de manera ilegal al territorio español, ya que dicho dinero lo portaba para el pago a sus proveedores y para realizar dicho pago debía tener el documento S-1 con el cual poder realizar el ingreso en el banco". Idénticos razonamientos a los expuestos condujeron al Jurado a tener por probado el Hecho 7º del

objeto del veredicto, en base al cual el Jurado declaró probado que el acusado D. Alfonso Ramírez Pérez es culpable del hecho pretendidamente delictivo de solicitar dinero al Sr. Kantaoui, recibiendo por ello y de éste 1.500€, a cambio de no incautarle el dinero que decía portar, en cuantía de 30.000€, al no haber procedido a declararlo voluntariamente, como así dispone la Orden EHA/1439/2006 de 3 de mayo en el apartado quinto punto 1 (falta de declaración voluntaria).

En la sentencia dictada por el Magistrado Presidente se cumple con la función establecida en el art. 70.2 de la LOTJ, y en la misma se concreta la existencia de prueba de cargo. Esta prueba viene constituida por la prueba documental que acredita la presencia del recurrente en la unidad fiscal del Aeropuerto de Gran Canaria en el día y hora de los hechos; por la declaración del denunciante y testigo directo de los hechos, D. Mohamed Kantaoui, a quien le fue exigida la entrega de una importante cantidad de dinero para no incautarle el que traía a esta isla y que había olvidado que tenía que declarar, y por el documento aduanero denominado S-1, de declaración del efectivo introducido en suelo español cuando excede de la cuantía que establece la Orden mencionada, al que también se refiere el Jurado como uno de los elementos de su convicción, y que consta rellenado y diligenciado por el recurrente.

También el Magistrado expresa en la sentencia que la convicción razonada que explica el Jurado, es objetivamente aceptable dada la singularidad propia de la inmediación probatoria, advertible también por el Magistrado cuando se practicó la prueba testifical, lo que además se declara verificable por la grabación audiovisual del juicio oral.

Reiterando la Sala lo declarado en la STS 651/2017, de 3 de octubre, que se ha transcrito en el anterior Fundamento Jurídico, consideramos que el submotivo expuesto de infracción del deber de motivación del veredicto y de la sentencia ha de ser desestimado, dado que tanto el veredicto como la resolución judicial contienen los razonamientos lógicos y necesarios que son

suficientes para dar por probados los hechos por los que el recurrente ha sido condenado.

...

La prueba de cargo en que consiste la prueba testifical de D. Mohamed Kantaoui, testigo directo de los hechos ocurridos y denunciante y perjudicado por los mismos, ha sido introducida legalmente en el plenario; se ha practicado con absoluto respeto a los principios procesales que rigen el juicio oral, fundamentalmente el de la inmediación y el de contradicción de las partes; se ha declarado como prueba bastante para enervar el derecho a la presunción de inocencia junto a las pruebas documentales ya referidas, y esa suficiencia y el carácter incriminatorio de la prueba aparecen fundadas y razonadas en el veredicto del jurado y en la sentencia, tal y como se ha expuesto.

Dicha prueba testifical y el carácter de cargo de la misma ha sido reiterado en el plenario por quien había declarado también en esa misma condición en el Juzgado de Instrucción, sin que se acredite ni aprecie por el Jurado ni por el Magistrado que dicta la sentencia una alteración sustancial entre una y otra declaración, y, respecto a ella, no se aducen verdaderos motivos de incredibilidad subjetiva del testigo, pues no puede tenerse por tal la supuesta actitud irascible y soberbia de que habla el recurso, lo que no consta apreciado por el Jurado en su veredicto ni por el Magistrado Presidente en su sentencia, ni tampoco por esta Sala al escuchar en la grabación del juicio la forma en que se expresó el testigo. El Jurado y el Magistrado Presidente pudieron observar y percibir de forma directa la mencionada prueba testifical, la claridad y contundencia en que pudiera expresarse el testigo, apreciar si había incurrido en contradicciones sustanciales respecto a hechos sobre los que había declarado casi nueve años atrás o si existía elemento objetivo o subjetivo alguno que permitiera dudar de su credibilidad.

Sin embargo, la inmediación judicial del órgano de enjuiciamiento ha permitido a éste valorar dicha prueba y a la persona que ha actuado la misma y, frente a las apreciaciones del recurrente, ha sido declarada la fiabilidad del

testimonio prestado y que dicho testimonio tiene carácter incriminatorio, siendo así, además, que el propio recurrente reconoce en el escrito de recurso su intervención profesional con el testigo”.

Se comprueba, en consecuencia correcto el proceso de valoración de la racionalidad de la valoración de la prueba en torno a la admisibilidad de la suficiencia de ésta en torno a que no fue arbitraria la conclusión a la que llegó el jurado, por cuanto existe prueba testifical que evidencia que el recurrente le pidió el dinero, en concreto, 2000 € para no intervenirle el dinero como establece la Orden EHA/1439/2006 de 3 de mayo en el apartado quinto punto 1 (falta de declaración voluntaria), entregándole el SR. KANTAOUI finalmente 1.500 € tras una breve negociación.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- POR INFRACCIÓN DE LEY SUSTANTIVA (I), concretamente, del art. 421 del CP.

Señala el recurrente que “No existe prueba de cargo alguna que, más allá del hecho cierto de que mi representado prestaba servicio en el ejercicio de sus funciones en el resguardo fiscal del Aeropuerto de Gran Canaria, el 30 de enero de 2008, haya demostrado que mi representado solicitase y/o recibiese de ningún pasajero cantidad alguna de dinero por no intervenirle el dinero que `portaba el mismo y no había sido objeto de declaración. Es más, la prueba testifical practicada al respecto adolece de los defectos a los que ya hemos hecho referencia en el motivo primero de este recurso, dado que el recurrente no efectúa un análisis jurídico penal de los hechos sino que se refiere, exclusivamente, a su falta de probanza, es suficiente con señalar, respecto del Motivo por infracción de precepto sustantivo que aquéllos se subsumen con nitidez en el art. 421 CP”.

En efecto, no se efectúa un análisis jurídico penal de los hechos sino que se refiere, exclusivamente, a su falta de probanza, por lo que es suficiente con señalar, respecto del Motivo por infracción de precepto sustantivo que

aquéllos se subsumen con nitidez en el art. 421 CP; ya que el recurrente se limita a señalar que “No dándose en el caso que nos ocupa los elementos de tipicidad propios del delito descrito en el art. 421 del CP”.

Sin embargo, sobre el juicio de tipicidad se señaló por el Tribunal que:

“El Ministerio Fiscal subsume en la figura de cohecho del art. 421 del CP. Se ha de señalar como efectivamente el mismo se acomoda a los elementos normativos del tipo penal apreciado, lo cual fluye con absoluta naturalidad del relato fáctico sin necesidad de realizar ningún esfuerzo interpretativo.

Éste sanciona a la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para que "se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo".

El acusado D. *Alfonso Ramírez Pérez pide una determinada cantidad de dinero al pasajero que se había olvidado de poner de manifiesto que traía 30.000 € en efectivo que había de declarar*, cuya consecuencia legal venía dada por el apartado quinto subapartado 1º de la Orden Ministerial EHA/1439/2006, de 3 de mayo del Ministerio de Economía y Hacienda, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales -folio 3870 del Tomo IX-, y que no era otra que la incautación de todo el dinero salvo 1.000 € en concepto de mínima supervivencia”.

La subsunción de los hechos probados en el tipo penal es correcta. Se solicitó el importe antes citado y ello integra la conducta típica que no requiere ni consumación de la pretensión, sino solo el acto de requerir el importe, y ello es hecho probado, y, por ello, típico.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- POR INFRACCIÓN DE LEY SUSTANTIVA (II), por inaplicación de la atenuante del art. 21.6, en relación con el art. 66.2, ambos del CP., en su condición de muy cualificada.

Se alega que “han pasado más de nueve años entre la toma de declaración de D. Alfonso Ramírez en calidad de imputado y la fecha del juicio y sin que haya presentado recursos de dilatación, estando pues mi patrocinado NUEVE AÑOS inmerso en este proceso, primero como imputado y posteriormente como acusado, con todo el desgaste y sufrimiento que ello ocasiona sin que pueda atribuírsele acción alguna favorable a la dilación; todo lo contrario, ha mantenido una actitud pasiva todo este tiempo esperando la celebración de un juicio en el que confiaba se acreditaría su inocencia y es ahora, NUEVE AÑOS MÁS TARDE, cuando ha resultado condenado”.

Pese a ello, debemos recordar que el Tribunal ha considerado que el transcurso del tiempo en este caso debe llevar la consideración de la atenuante de dilaciones indebidas como simple, pero nunca como muy cualificada. Y lo justifica señalando que:

“Concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la atenuante de dilaciones indebidas que la jurisprudencia consideraba ínsita en la atenuante analógica del art. 21.6 del CP en la fecha de los hechos, expresamente contemplada en el mismo apartado en la actualidad tras la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, de 22 de junio.

Hecho probado TERCERO subapartado 2º:

"Por parte del Juzgado de Instrucción nº 1 de Telde, el procedimiento se ha retrasado por causas no imputables a los acusados en los siguientes periodos: como consecuencia de resolver un recurso de reforma contra el auto de 27 de diciembre de 2011 que fue resuelto el 10 de abril de 2012 y como consecuencia de resolver un recurso contra una providencia de fecha 11 de marzo de 2014 que fue resuelta por auto de fecha 14 de noviembre de 2014.

En total la causa ha estado paralizada por causas no imputables a los acusados 12 meses".

No cabe apreciarla como muy cualificada.

Por lo demás, insisten las defensas en su apreciación como muy cualificada por entender, además, que la causa estuviere paralizada desde el 28 de octubre de 2009 en que tiene entrada en el Juzgado de Instrucción el primer informe pericial caligráfico obrante a folios 2586 a 2670 del Tomo VII, y hasta 2013.

Sin embargo, esta proposición no ha sido considerada probada por el Jurado, y así es, pues más allá de su mera referencia, las partes no han desplegado ningún tipo de actividad probatoria encaminada a tratar de acreditar que efectivamente se produjere tal paralización, más allá del dato objetivo de que se emitiera una pericial caligráfica que tuviere entrada en el Juzgado de origen el 20 de octubre de 2009 -folio 2586 del Tomo VII-, y un informe de ampliación que lleva fecha de salida el 25 de octubre de 2010 -folio 2902 del Tomo VII-.

En el caso presente, si bien ninguna prueba se ha desplegado encaminada a tratar de acreditar la fecha de la imputación, no solo constan aportados testimonios de declaraciones de diversos acusados como imputados en una fecha determinada, sino por lo que resulta también notorio, constan las fechas de ingreso en prisión provisional, decisión jurisdiccional que necesariamente presupone una formal imputación, luego podemos situar como fecha inicial la del 25 de septiembre de 2008, excepto para D. Ignacio que consta su declaración judicial el 9 de octubre de 2008.

Además, para apreciar la dilación habrá de tenerse en cuenta la naturaleza de los hechos juzgados, de tal forma que su investigación y hasta que finalmente sean juzgados determinen que el tiempo transcurrido guarde una correlación lógica con su complejidad, a su vez interrelacionado con las diligencias de instrucción que se consideren necesarias para ello, sin obviar

que la fase de instrucción no puede contemplarse como una especie de enjuiciamiento anticipado que nos lleva a realizar un completo acopio de todo el material probatorio probable para una eventual condena, y desde otro punto de vista, para valorar todas aquellas fuentes de prueba posibles que nos lleven a la absolución, pues ante hechos que revistan caracteres de delito, y respecto de los que consten indicios suficientes de perpetración atribuibles a persona determinada, se deberá, sin más dilación, abrir la fase de juicio oral, pues será el Juez o Tribunal llamado a juzgar quién deberá hacerlo conforme a las pruebas que se practiquen en dicho acto, sin que sea admisible la pretensión de convertir el juicio oral en una especie de mera ratificación del apriorístico pronóstico de responsabilidad penal resultado de la instrucción sumarial.

Al mismo tiempo, no podemos desdeñar la corresponsabilidad del imputado en la observancia de un derecho fundamental del que es el único titular, pues obviamente si el retraso es atribuible a su propia conducta, como puede ser mediante la sucesiva interposición de recursos contra resoluciones interlocutoras carentes de todo fundamento, o la petición reiterada de diligencias también insostenibles, o por ejemplo situándose conscientemente en paradero desconocido imposibilitando con ello el avance regular de la causa, no puede luego ampararse en la infracción de este derecho fundamental.

En todo caso conviene matizar que una cosa es hacer uso de los recursos que el ordenamiento jurídico le ofrece para combatir las decisiones jurisdiccionales que le afecten, lo cual es no solo legítimo sino irreprochable desde la perspectiva del derecho fundamental a un juicio sin dilaciones indebidas, y otra muy distinta que el derecho al recurso se ejerza de forma no solo desmesurada sino carente de una mínima objetividad en atención a lo que se pretende, que nos deba llevar a la conclusión de un ejercicio abusivo que al tiempo no puede erigirse en la pretensión de una satisfacción reparadora por la vía de la atenuación de la pena por dilaciones indebidas.

También ha de tenerse en cuenta la propia complejidad de la administración de justicia, que por lo que ahora interesa, circunscrito a la

jurisdicción penal, confluyen tres fases claramente diferenciadas -instrucción, juicio de acusación o fase intermedia y juicio oral-, sometidas a una serie de reglas procesales que han de hacer compatible la necesidad de evitar la impunidad de todo hecho probablemente delictivo, como las garantías constitucionales de todo imputado/acusado.

Por más que objetivamente se estén juzgando unos hechos acontecidos en el año 2008, habiendo por ello transcurrido nueve años aproximadamente hasta la fecha del juicio oral, hemos de notar las peculiaridades del juicio con jurado en que éste solo puede analizar las diligencias no reproducibles, así como los medios de prueba practicados en el plenario, sin que por tanto tengan acceso a la causa a la hora de pronunciarse sobre la dilación que haya sido invocada, bien entendido que se trata de una cuestión cuya concurrencia debe ser necesariamente objeto del veredicto si se hubiere alegado, por más que el alcance del pronunciamiento del Jurado se ha de limitar a considerar o no acreditado la existencia de la paralización, en tanto que el cuestionamiento de si la misma es o no razonable, es o no indebida, o si es o no extraordinaria, corresponde por su carácter inequívocamente jurídico al Magistrado-Presidente, pues el manejo de estos términos precisa operar con una serie de conocimientos jurídicos que no los tiene un juez lego -STS 360/2014, de 21 de abril-; "Por consiguiente, tales cuestiones no deben ser sometidas a la ponderación del Jurado, ni procede que se le imparta en el curso de la explicación del objeto del veredicto una lección docente sobre cuándo una dilación es indebida o un plazo irrazonable.

Y no solo porque estaría fuera de lugar y sería imposible que en diez minutos los miembros del Jurado adquirieran los conocimientos imprescindibles sobre la materia, sino porque se trata de aspectos claramente jurídicos de la atenuante de dilaciones indebidas que corresponde conocer y dirimir únicamente al Presidente del Tribunal del Jurado. El Magistrado-Presidente debe limitarse a someter a la decisión del Jurado los aspectos simplemente fácticos de las dilaciones y plazos, para lo cual tiene que operar con los criterios jurídicos de la dilación indebida que permitan filtrar o seleccionar los hechos relevantes de la atenuante, de modo que en el caso de

que el Jurado declare ciertas las proposiciones asertivas, estas resulten subsumibles en el art. 21.6 del C. Penal".

La aplicación de la atenuante simple, máxime en la medida en que ha sido apreciada por el Ministerio Fiscal resultando en este aspecto vinculante, colma la reparación exigible en este caso.

De un lado, resulta paradójico que presumamos el daño respecto de quiénes se han beneficiado claramente de la dilación del proceso. Y es que no podemos obviar que todos los acusados funcionarios pertenecientes al Cuerpo de la Guardia Civil, una vez agotado el plazo máximo de la cautelar suspensión de funciones en vía disciplinaria, se han reintegrado al Cuerpo, alguno incluso realizando funciones similares en tal caso en la aduanas del Puerto de Las Palmas, lo que debe ponerse en relación a la consecuencia natural de la pena de inhabilitación especial relacionada con la pérdida de la condición de agente de la Guardia Civil.

Luego hemos de reconocer como dato objetivo que la dilación del procedimiento les ha beneficiado en la medida en que han seguido prestando funciones como miembros del Cuerpo, cuando ciertamente, de haberse juzgado antes los hechos y concluirse, como así ha sido a la vista del veredicto, en su culpabilidad, ya habrían perdido una condición funcional por la que perciben unos determinados emolumentos.

Además, resulta aún más paradójico invocar el daño de la dilación que se dice extraordinaria, cuando ya estando la causa pendiente de juicio oral, la defensa del acusado José Santiago Alemán Sosa plantea muy poco tiempo antes al plenario una recusación de este Magistrado-Presidente absolutamente extemporánea y carente de toda base razonable con la evidente finalidad de propiciar un trámite procesal que abocaba a la suspensión del juicio oral.

Resultando aún más extravagante la petición de esa misma defensa del mismo acusado -plantada igualmente por las defensas de José Manuel Suárez Peña, de D. Miguel Muñoz Ortega y de D. Jose Antonio Betancor

Cubas- de interesar la suspensión sine die del plenario por la declaración de rebeldía de unos coacusados hasta que los mismos fueren hallados.

Desde esta perspectiva, aunque debe presumirse cierta legitimidad en las peticiones realizadas por las defensas, carece absolutamente de sentido que se invoque la dilación extraordinaria de la causa que tiene por fundamento reparar el daño que se les causa a los procesados/acusados por la tardanza en ser juzgados, cuando al tiempo esa dilación objetivamente les beneficia al poder seguir manteniendo su condición de agentes de la Guardia Civil mientras pende el proceso penal, y de hecho se insta una suspensión del juicio sine día que habría de alargar aún más la causa sobre la base de una petición que carece por completo del más mínimo fundamento.

Al margen de ello, y dejando de lado el periodo de doce meses de paralización apreciado por el Fiscal, técnicamente muy discutible a la luz de la doctrina jurisprudencial citada para la apreciación siquiera como simple la atenuante, máxime cuando ese periodo se obtiene por la suma de otros dos - debiendo admitirse siempre cierta demora en atención a la complejidad de la administración de justicia que hace que el incumplimiento de los plazos procesales no presupone dilación-, las defensas sitúan la dilación justificativa de su pretensión de atenuante muy cualificada, en el periodo de tiempo que va desde el 28 de octubre de 2009 en que tiene entrada en el Juzgado una pericial caligráfica, y hasta el año 2013 en que parece se recibiere en dicho órgano judicial un tercer informe aclaratorio que ni consta, ni podemos obviar que los peritos se han limitado a señalar que se trató de una simple corrección que se remitiere por fax al Juzgado sin precisarse fechas.

En todo caso, el cuestionamiento de la dilación gira en torno, al entender de la defensa de D. José Manuel Suárez Peña -única que ha desplegado un esfuerzo razonablemente motivador de su petición- en torno al error del Juzgado Instructor a la hora de fijar el alcance de la pericial, lo que motivare dos recursos de apelación resueltos en sentido se afirma que favorable al acusado -porque en este aspecto nada se acredita- y que alargaren la causa.

Ya se ha dicho que el ejercicio del derecho al recurso ante la denegación de diligencias no implica paralización a efectos de la dilación, ni aun cuando el recurso sea estimado. Pero es más, si analizamos el objeto de la pericial caligráfica que motiva la dilación, la misma tenía por finalidad básicamente acreditar la autoría de la firma obrante en los documentos S-1 de modelos de declaración de medios de pago, pese a constar correlativamente con ellos las papeletas de servicio que acotaban sobremanera los acusados que podían haber sido firmantes de aquellas, máxime si tenemos en cuenta que al margen de quién la suscribiere, la autoría del delito de falsedad gira en torno sustancialmente a la conducta desplegada por los acusados presentes en cada momento, que responden conjuntamente tanto del cohecho como de la falsedad.

Dicho de otro modo, al margen de que la petición de la pericial objetivamente debía motivar su práctica en fase de instrucción en cuanto interesada por las defensas, es obvio que ni resultaba ni mucho menos esencial, ni desde luego parece que con su petición -vistas además sus contundentes conclusiones- se estuviese poniendo de manifiesto una perspectiva viable para la tesis exculpatoria de las defensas. Antes al contrario, se ajustan más al perfil de diligencias inocuas que retrasan innecesariamente la causa. Más aún si se examina el informe ampliatorio del año 2010.

En todo caso, y retomando lo expuesto al principio, a lo más y con la prueba practicada solo podemos destacar la emisión de una pericial caligráfica en octubre de 2009, y una aclaración en octubre de 2010, sin que siquiera se haya acreditado que entre ambos periodos haya habido paralización, y mucho menos después de octubre de 2010 y hasta la fecha señalada de 2013.

Pero aun existiendo esa paralización estaríamos ante 3 o 4 años dependiendo del momento del año 2013 en que se reactivare la causa según tesis de la defensa de D. Jose Manuel Suárez Peña.

Relevancia del dato de existir una causa compleja.

Con todo, tan solo se constata el dato objetivo de que los hechos acontecieron en 2008, y han sido juzgados en junio/julio de 2017, encontrándonos con una causa con 16 acusados, múltiples hechos delictivos, el cuestionamiento de supuestas irregularidades procesales que motivaren recursos de apelación durante la instrucción, y un previo pronunciamiento de esta Sala con la consiguiente apelación rechazada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, tramitándose un procedimiento ante el Jurado que dada la notoriedad de la duración del juicio oral, la cantidad de testigos y la complejidad en la articulación de un objeto del veredicto tan amplio por los diferentes hechos y acusados, han determinado incluso que desde la incoación de la causa ante esta Audiencia en octubre de 2015 no se haya observado ningún tipo de dilación no razonable”.

Por su parte, el TSJ resuelve este motivo que fue suscitado por varios recurrentes, y reproducido ahora en sede casacional, desestimando la elevación de la consideración de esta atenuante como muy cualificada, al apuntar, según exponemos de forma sintética y expositiva, que:

“La parte recurrente insta en el recurso la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, al considerar que han transcurrido más de nueve años entre la toma de declaración del mismo en calidad de imputado y la fecha del juicio, y que en esos nueve años la defensa jamás ha presentado recurso alguno en el procedimiento. Se alega el padecimiento en todo ese tiempo de la denominada "pena de banquillo", así como el descrédito social y la angustia de la espera durante tantos años.

En el Apartado Decimocuarto del objeto del veredicto, referido a hechos que determinan modificación de la responsabilidad criminal común a todos los hechos delictivos consignados, y que vienen a constituir el fundamento de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, el Magistrado Presidente expone los siguientes hechos no controvertidos: 1º.- Los relativos a la fecha de

incoación de las Diligencias Previas, por Auto de 8 de abril de 2008. fechas de imputación de los acusados que se relacionan, fecha de señalamiento y comienzo de las sesiones del juicio oral, 1 de marzo de 2017 y 19 de julio de 2017 respectivamente, y 2º.- Que por parte del Juzgado de Instrucción nº 1 de Telde, el procedimiento se ha retrasado por causas no imputables a los acusados en los siguientes periodos: como consecuencia de resolver un recurso de reforma contra el auto de 27 de diciembre de 2011 que fue resuelto el 10 de abril de 2012, y como consecuencia de resolver un recurso contra una providencia de fecha 11 de marzo de 2014 que fue resuelta por Auto de fecha 14 de noviembre de 2014.

Se concluyen dichos hechos no controvertidos, aceptados por las partes, afirmando que en total la causa ha estado paralizada por causas no imputables a los acusados 12 meses.

En el Hecho B) del referido Apartado Decimocuarto se sometió a la votación del Jurado la siguiente proposición de la defensa del acusado José Manuel Suárez Peña: "Si la causa estuvo paralizada desde el 28 de octubre de 2009 en el que tiene entrada en el Juzgado de Instrucción el primer informe pericial caligráfico obrante a los folios 2586 a 2670 del Tomo VII, y hasta 2013".

El Jurado por unanimidad declaró el hecho como no probado, señalando al efecto como motivación que

"No tenemos pruebas de las fechas y hechos requeridos". Y es que si como indica el Magistrado Presidente en el Fundamento Jurídico Decimocuarto de la sentencia, las partes no han desplegado ningún tipo de actividad probatoria encaminada a la efectiva paralización que se alegaba, lo que a ellas correspondía, no está probada esa dilación que se afirma.

Aunque es indudable que la causa ha tenido una duración extensa en el tiempo, no lo es menos que:

1.- La efectiva paralización de la causa no ha excedido de los 12 meses que se afirman en el objeto del veredicto y en la sentencia como hecho no controvertido;

2.- También se trata de una causa que puede considerarse compleja, con un número importante de investigados, lo que conlleva una multiplicidad de actuaciones judiciales y de trámites procesales respetuosos con el derecho de defensa y que, además, algunas de las defensas han llegado a interesar una suspensión sine die del juicio oral, habiendo hecho uso también de su legítimo derecho al planteamiento de las cuestiones previas a que se refiere el artículo 36 de la LOTJ y al recurso de apelación procedente contra la resolución que las resuelve, lo que ha incidido necesariamente en una demora en la celebración del juicio oral.

3.- Por el contrario, aparte del dato contrastado del transcurso de aquellos nueve años entre la fecha de la imputación y la de celebración del juicio oral, no consta practicada prueba alguna a instancias del recurrente que permita acreditar el descrédito social y aflicción que afirma le ha causado la duración del procedimiento, fuera de la natural y humana inquietud por verse sometido a un procedimiento judicial y por el resultado del mismo.

4.- Por último, conforme señala el Magistrado Presidente en la sentencia (F. Jco 15), no puede afirmarse la efectiva causación de un daño al recurrente y a los demás acusados cuando, no obstante la existencia del procedimiento penal en su contra, se han reintegrado al ejercicio de su actividad en el Cuerpo de la Guardia Civil, por lo que será la ejecución de la sentencia que se dicte definitivamente, caso de que se confirme la presente, la que determinará la pérdida de su condición de agente de la Guardia Civil y no la duración del proceso.

Por ello, si a la complejidad de la causa, la dificultad en la indagación e investigación de los hechos y el respeto a los derechos fundamentales se une el que no se han acreditado como fundamento de su pretensión periodos de inactividad relevantes, ni el carácter indebido de dilaciones que no llegan a

concretarse, todo ello hace que la atenuación que se insta, apreciada como muy cualificada, no sea procedente”.

Con ello, tenemos que:

1.- No se presentan períodos de paralización del procedimiento extensos que evidencien un abandono.

2.- Los que ha habido, no tienen relevancia respecto de la cualificación que se está examinando.

3.- La causa es compleja con múltiples acusados, y en un proceso de corrupción largo en su desarrollo por las especiales características de este tipo de procedimientos.

4.- Lejos del perjuicio que se alega la duración del procedimiento ha permitido la reintegración al puesto de trabajo superada la medida cautelar, lo que en caso de firmeza previa no había ocurrido, con lo que el perjuicio que se alega por la duración se razona por el Tribunal como beneficio.

5.- Aunque se alega la inexistencia de recursos dilatorios, lo cierto y verdad es que ha habido un trámite denso, largo y complejo con diversos recursos y reclamaciones que han coadyuvado en esa duración final de 9 años, sin que el derecho al recurso por las partes se pueda cuestionar, pero sí su incidencia en la duración, que es lo que razona el Tribunal.

Pues bien, haciendo historia sobre la aplicación de esta atenuante hay que recordar que los efectos que una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede producir en el seno de un procedimiento penal han sido objeto de discusión de antiguo en tres reuniones de pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

a) Pleno no jurisdiccional del día 2.10.92: No apreciación de efectos atenuatorios.

Obtuvo mayoría de votos entre los magistrados la postura de la no incidencia de tal vulneración en el correspondiente pronunciamiento condenatorio. Habría de tener eficacia en una posible solicitud de indulto, o en una petición de indemnización al Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia conforme a los arts. 121 CE y 299 y ss. LOPJ

b) Pleno no jurisdiccional del día 29.4.07: Afectación en proposición de indulto y/o suspensión de ejecución de pena.

Se acordó que, en caso de apreciarse que en el proceso penal hubiera habido la mencionada vulneración, y hubiera de estimarse un motivo de casación al respecto, así habría de declararse por esta Sala en la correspondiente sentencia, sin condena en costas y con los pronunciamientos que se considerasen adecuados, en su caso, sobre proposición de indulto, suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramitara la solicitud de esta medida de gracia conforme a lo dispuesto en el art. 4.4 CP 95, y sin pronunciamiento de segunda sentencia.

c) Pleno no jurisdiccional del día 21.5.99: Admisión como atenuante analógica.

Se acordó reconocer eficacia en la sentencia penal condenatoria a esta violación del mencionado derecho a un proceso sin dilaciones indebidas a través de la circunstancia atenuante analógica recogida en el art. 21.6 CP, que se corresponde con la del art. 10.10 CP 73.

Se aprobó por mayoría la posición que mantenía que esa lesión de un derecho fundamental, de orden procesal, reconocido en el art. 24.2 de nuestra Constitución, podría producir efecto en la cuantía de la pena a través de la mencionada atenuante, como una compensación al reo por el perjuicio debido al retraso en la tramitación del procedimiento por causas ajenas al propio condenado.

Así, reconoce este alto Tribunal, en la Sentencia de 28 de enero de 2005, que, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el concepto de dilaciones indebidas es un concepto indeterminado para cuya precisión en el caso concreto hay que tener en cuenta, entre otros datos, la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades, y las consecuencias de la demora para las partes.

Según esta Sala del Tribunal Supremo el fundamento de esta atenuación es el siguiente:

a) Compensación en la culpabilidad del sujeto. El derecho positivo reconoce ciertas circunstancias, posteriores a la comisión del delito, que, al implicar un reconocimiento de la vigencia de la norma realizado por el autor del delito con posterioridad a la comisión del mismo, compensan (al menos en parte) la culpabilidad por el hecho.

b) Es una lesión de derechos fundamentales que debe encontrar acomodo en la pena. Teniendo en cuenta que la pena constituye, exteriormente considerada, una pérdida de derechos fundamentales, se ha considerado, por la doctrina más moderna, que las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena, pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos, es decir, una situación que es análoga a la de las circunstancias posteriores a la consumación del delito que prevén los nº. 4 y 5 del art. 21 CP.

Este efecto compensador, como señala la STS de 2 de abril de 1993, también se deduce directamente del art. 1.º CE, dado que, siendo la justicia uno de los valores superiores del orden jurídico, se deben computar en la pena los males injustificados que el acusado haya sufrido a causa de un proceso penal irregular, pues es un imperativo de justicia que el autor no reciba por el delito una pérdida de derechos mayor al equivalente a la gravedad de su culpabilidad. Dicho con otras palabras: la privación de bienes y derechos que

produce la pena no debe ser de superior gravedad a la gravedad de la lesión jurídica causada por el autor.

c) Todos los hechos posteriores que tienen un efecto compensador de la culpabilidad deben operar como atenuantes de la pena. Lo importante es el significado, no la morfología de la circunstancia.

Esta Sala del Tribunal Supremo tiene declarado al respecto (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 16 de abril de 2010, rec. 1693/2009) que dos son los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante de creación jurisprudencial:

a) La existencia de un «plazo razonable», a que se refiere el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable»,

b) y la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Carta Magna en su art. 24.2.

En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales.

Por el contrario, el «plazo razonable» es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

En consecuencia, como apunta el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de febrero de 2006, los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes:

- a) La naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas;
- b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo;
- c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso;
- d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante, y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, y
- e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso, y consideración de los medios disponibles.

Y en este caso, es importante destacar que, como dice la STS de 1 de julio de 2009, debe constatarse una efectiva lesión, bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS 3 de febrero de 2009).

Además, en la doctrina jurisprudencial siempre se ha tenido en cuenta la complejidad de la causa, y que las paralizaciones no sean atribuibles al propio inculpado.

Pues bien, debemos destacar en este punto que, como apunta la mejor doctrina, quizá, la definición más aproximada del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y más acorde con la práctica actual del

Tribunal Constitucional en el reconocimiento de este derecho, se encuentra en la STC 223/1988, de 24 de noviembre (F.J 3), que luego ha sido cita inexcusable de la jurisprudencia posterior hasta nuestros días, en la que se señala: «la frase sin dilaciones indebidas empleada por el art. 24.2 de la Constitución expresa un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades». De acuerdo con estos criterios, la solución del supuesto debatido depende del resultado que se obtenga de la aplicación de los mismos a las circunstancias en él concurrentes.

Ciertamente, la definición no carece de rigor, aun cuando, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el art. 24.2 CE no impedía que el Tribunal Constitucional hubiera dotado de un contenido más exigente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que el reconocido por el Tribunal Europeo al derecho establecido en el art. 6.1 del Convenio. Sin embargo no ha sido así. El art. 24.2 CE no se identifica en nuestra jurisprudencia con el simple retraso de los plazos que, para la realización de actos del proceso, o para el conjunto de los que integran una instancia, puedan estar establecidos en las reglas que organizan el proceso.

El art. 24.2 CE tampoco ha constitucionalizado, según el Tribunal, el derecho a los plazos procesales, sino que ha configurado como un derecho fundamental el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable. Por dilación indebida no se está diciendo, por tanto, cosa distinta de lo que dice el art. 6.1 del Convenio Europeo.

Cuestión distinta es determinar, precisamente, *la duración de ese plazo razonable*. A ello se dirigen los trabajos de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), creada por el Consejo de Europa en 2002, y cuyos trabajos pueden servir de pauta para alcanzar dicho objetivo.

Y es, precisamente, este “plazo razonable” el que marca la pauta de la respuesta al tema que ahora se suscita y que, lejos de cuestiones de retroactividad, siempre se ha aplicado en tanto en cuanto se debe analizar el comparativo entre “duración del proceso” y “tipo de proceso”, a fin de llevar a cabo la respuesta sobre si es merecedor el acusado de obtener una rebaja penal por la duración del proceso y su repercusión de estigmatización.

Pero cierto y verdad es que es difícil, a priori, fijar para cada caso la duración media normalizada, aunque la doctrina jurisprudencial ha ido fijando unos plazos medios, pero que en cada caso, no lo olvidemos, se aplican a ese supuesto concreto, de ahí que lo que hace cuando se fijan plazos de duración y aplicación de esta atenuante como simple o muy cualificada es que “en ese caso concreto”, “y no en otro” se aplicó en atención a las consideraciones de la casuística de ese procedimiento, por lo que lejos de maximizar sobre plazos deberá ser siempre el procedimiento y sus características y circunstancias el que marque si existe el “merecimiento” de la atenuación penal.

Pero ya recuerda, asimismo, la mejor doctrina en este tema, que ya desde antiguo la STC 35/1994, de 31 de enero, salía al paso, por otra parte, de la tesis mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo ya en su Sentencia de 14 de diciembre de 1991, corroborada posteriormente, tras algunos titubeos, por el Acuerdo de 21 de mayo de 1999, del Pleno no jurisdiccional, y seguida, por ejemplo, en las SSTS 46/2001, de 24 de enero; 1885/2001, de 15 de octubre; 2273/2001, de 1 de diciembre; 1672/2002, de 3 de octubre; 283/2003, de 24 de febrero; 203/2004, de 20 de febrero; 1506/2004, de 21 de diciembre; 1383/2005, de 21 de octubre; 103/2006, de 8 de febrero; 730/2006, de 21 de junio, o 338/2007, de 25 de abril, en las que se propugnaba utilizar la vía de atenuar la responsabilidad del autor de la infracción penal mediante la aplicación de la circunstancia atenuante analógica contenida en el art. 9.10 del anterior Código Penal (art. 21.6.^a del CP de 1995), incluso con el carácter de muy cualificada.

En síntesis, este Tribunal Supremo aplicó la atenuante analógica como cláusula general de individualización en relación con el principio de culpabilidad, alegando que, si las penas han de ser proporcionadas a la culpabilidad y el acusado ya ha sufrido un mal (esencia de toda pena) con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena. En definitiva, si la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas acarrea una lesión jurídica que carece de toda justificación procesal, ese mal debe paliarse compensando el grado de culpabilidad cuantificable en la pena.

A ello, sin embargo, cabe objetar que las dilaciones indebidas experimentadas en un procedimiento penal no son por definición o por su propia naturaleza un «mal», sino que, por el contrario, en no pocas ocasiones constituyen un «bien» cuya producción persigue el propio imputado al efecto de retrasar el mayor tiempo posible su ingreso en prisión, siendo la rebaja de la condena eventualmente recaída un medio potencialmente eficaz para que las dilaciones perduren y se multipliquen, constituyendo, en definitiva, un medio por completo inadecuado de compensación al procesado por haberlas «padecido».

Y lo que es fundamental a los efectos de considerar la relación entre “plazo razonable” y “caso concreto” es que se insiste por la doctrina en que en alguna ocasión, no obstante, se ha indicado que:

«La razón o fundamento de una reducción del rigor punitivo tendría su apoyo dogmático en el principio de necesidad de pena, que quedaría debilitada cuando el transcurso del tiempo es relevante, si las particularidades del caso lo permiten».

Así, se ha dicho que «El Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que sea la causa de la demora, incluso por carencias estructurales que surgen con el aumento del número de causas, está juzgando a un hombre —el acusado— distinto en su circunstancia personal, familiar y social y la pena no cumple ya o no puede cumplir las funciones de

ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable que son los fines que la justifican».

En resumen, la jurisprudencia ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten (en este sentido las SSTS 1765/2002, de 28 de octubre; y 892/2004, de 5 de julio).

Asimismo, la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (SSTS 1583/2005, de 20 de diciembre; 258/2006, de 8 de marzo; 802/2007, de 16 de octubre; 875/2007, de 7 de noviembre, y S 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras).

Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado. En todo caso, se ha señalado, que, cuando lo que se plantea es modular la medida de la pena, no puede eludirse una fundamentación material, que deslinde y extraiga de lo que es una dilación procesal, aquellos efectos que inciden sobre la necesidad-intensidad de la respuesta punitiva.

Así pues, la ralentización no puede obtenerse por la existencia de reducidos periodos hasta conformar uno concreto. Y más en una causa especialmente compleja y que ha tenido que pasar por una inhibición de juzgados para concluir finalmente la instrucción y remitir lo actuado para el señalamiento y celebración de un juicio en el que hay un importante volumen de acusados, pero en el que hubo también imputados, lo que evidencia una necesidad de tramitar con minuciosidad una causa que en este tipo de casos requiere de una adecuada instrucción, y sin que las paralizaciones que se citan supongan un retraso y abandono del procedimiento que sean merecedores de un reflejo en la pena.

La atenuante se ha considerado como simple, no como muy cualificada, pero no puede admitirse esta rebaja para aplicar esta última, porque es preciso para ello efectuar el marco comparativo de proceso concreto y retraso, a fin de evaluar el merecimiento de la atenuante como muy cualificada. Y no se trata del cambio de exigencias legales y jurisprudenciales para aplicarla, sino de que no se trata de objetivar plazos concretos antes y después de la reforma legal para apreciarla, sino de analizar caso por caso para comprobar si la “proporcionalidad” del tiempo empleado para la tramitación y celebración del juicio se corresponde con el tipo de procedimiento. Y en este punto, lejos de la consideración del recurrente hay que entender que la causa es de suma complejidad, lo demuestra el contenido de su tramitación y el volumen de personas que fueron llevadas a juicio, lo que en temas de corrupción, como éste, o de contenido económico, exigen de una atención especial, como aquí ha ocurrido.

No se trata, así, de que el plazo de 9 años se considere como un plazo objetivable que haga atraer la doctrina que en algunos casos se ha expuesto, - siempre ante casos concretos- de que 8 o 9 años “podrían dar lugar, apreciado el caso” a una atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, sino de matizar y valorar en qué medida y con qué circunstancias, o consecuencias, se explicita y expone la duración de ese caso concreto. Y en este caso son muchas y variadas las circunstancias que abonan y abogan por mantener solo la atenuante como simple, y no “elevar” la reducción de la pena por entender que el retraso se convierte, o convirtió en algún momento del procedimiento en abandono, ya que es este abandono lo que otorga carta de naturaleza a la atenuante muy cualificada, más que el mero transcurso del tiempo.

La motivación del Tribunal de instancia y la valoración del TSJ al respecto es suficiente y debe conllevar a la desestimación del motivo.

Resulta interesante la cuestión de haberse sometido al Jurado esta atenuante, y si es posible y viable hacerlo, cuando se trata de una estricta construcción jurídica, no evaluable por el Jurado, como se hace en el caso de

la pena, que queda al abrigo de su determinación por el Magistrado-Presidente. Y ello, porque nos enfrentamos a una atenuante de contenido excesivamente técnico y de complemento jurisprudencial, cuya evaluación debería quedar al margen y fuera del veredicto del Jurado.

Esta Sala del Tribunal Supremo trató este tema en la Sentencia 109/2019 de 5 Mar. 2019, Rec. 10545/2018, en donde se puso de manifiesto que:

“La ley obliga a que los jurados se pronuncien sobre todos los hechos que determinan el fallo, incluidas las circunstancias modificativas de la responsabilidad, a tenor de la literalidad del artículo 52.1 e) de la Ley del Tribunal del Jurado, en el que se indica que el objeto del veredicto deberá comprender en párrafos sucesivos, numerados y separados, entre otros, "la narración del hecho que determine el grado de ejecución, participación y modificación de la responsabilidad".

La posterior sentencia del magistrado profesional debe ajustarse a los pronunciamientos del veredicto de los jueces legos, a tenor de lo prescrito en el artículo 70 de la Ley del Jurado , ya que, como se expresa en la Exposición de Motivos de la ley, "el Magistrado, vinculado también por el título jurídico de la condena, procederá a la calificación necesaria para determinar el grado de ejecución, participación del condenado y sobre la procedencia o no de las circunstancias modificativas de la responsabilidad y, en consecuencia, a la concreción de la pena aplicable".

Esta necesaria vinculación entre veredicto y sentencia la hemos reconocido en numerosas resoluciones, como la STS 867/2016, de 17 de noviembre, citada por el recurrente, en la que se añade que, si el objeto del veredicto tiene carencias sobre estos aspectos, se puede declarar la nulidad de la sentencia a petición de las partes, siempre que se formule la oportuna protesta en la audiencia prevista para ello.

No obstante lo anterior, se ha discutido hasta dónde debe llegar el interrogante fáctico que se plantee al Jurado, porque no siempre es sencillo deslindar lo fáctico de lo jurídico, especialmente porque al Tribunal del Jurado se le tienen que hacer proposiciones que, a partir de su concreta formulación, permitan una pronunciamiento completo sobre todos los aspectos de la condena, incluidas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Por citar algunos precedentes, en la STS 700/2017, de 25 de octubre, se planteó un caso en que al Jurado se le habían sometido preguntas concretas tendentes a determinar no sólo si había habido dilaciones, sino si éstas eran indebidas y extraordinarias, al objeto de que se pronunciara sobre la apreciación de la atenuante como ordinaria o como muy cualificada.

En aquella ocasión se dijo que, a pesar de que el Jurado no sólo se debe pronunciar sobre la realidad histórica sino sobre todos los aspectos relevantes para la culpabilidad o inocencia, el pronunciamiento del Jurado no debía llegar hasta el extremo de determinar si la atenuante era simple o cualificada, cuestión ésta que se consideró de carácter jurídico y ajena al deber de pronunciamiento del Jurado. Sin embargo, una vez que fue incluida la cuestión, el magistrado presidente estaba vinculado por veredicto y debía aplicar la atenuante en los términos indicados por los jurados.

No obstante la sentencia dejó constancia de que no era pacífico que el objeto del veredicto no pudiera adentrarse en aspectos valorativos o jurídicos porque "[...]desde algún planteamiento doctrinal se ha sostenido que el modelo de Jurado designado por la ley no plantea su intervención exclusivamente sobre extremos puramente fácticos, sino que requiere del Jurado, como solución lógica al relato fáctico declarado en los pronunciamientos anteriores, una calificación jurídica, en la proposición de culpabilidad, afirmando una calificación penal a los hechos previamente declarados. Su apoyo argumental lo encuentra en la propia Exposición de Motivos cuando expresa que "el hecho no se estima concebible desde una reduccionista perspectiva naturalista, sino,

precisa y exclusivamente, en cuanto jurídicamente relevante (....) Un hecho se declara probado en tanto en cuanto jurídicamente constituye delito".

En la STS 547/2015, de 6 de octubre, se planteó este mismo problema pero en relación con la agravante de parentesco y se analizó su aplicación en un supuesto de relación no matrimonial. En aquella ocasión al Jurado se le preguntó no sólo por la existencia de esa relación sino si era o no análoga a la matrimonial a los efectos de aplicar la agravación. La Sala entendió que la cuestión que se suscitó al Jurado no era jurídica, sino fáctica.

No podemos dejar de señalar que la determinación de si una relación de pareja es o no análoga a la conyugal plantea un problema similar al de determinación si una dilación o no es indebida. Se trata de una cuestión valorativa compleja que se adentra en el campo de lo normativo.

Vemos, por tanto, que el deslinde entre lo fáctico y lo jurídico es problemático.

A la vista de estos precedentes, la cuestión que nos planteamos es si en el objeto del veredicto se debe incluir como cuestión fáctica la existencia de dilaciones y si también se debe incluir una proposición por la que se determine si las dilaciones deben ser consideradas extraordinarias e indebidas y si deben dar lugar a una atenuante ordinaria o privilegiada.

Conclusión:

Pues bien, consideramos que la determinación de los periodos de dilación es una cuestión fáctica, y añadimos, relativamente sencilla porque se puede determinar mediante el examen de prueba documental.

Esta determinación fáctica debe ser incluida en el objeto del veredicto y posteriormente en el relato de hechos probados.

Sin embargo, todos los restantes aspectos, relativos a la calificación jurídica de las dilaciones, son de naturaleza jurídica y no deben incluirse en el objeto del veredicto, sin perjuicio de que se les dé contestación en la sentencia.

La apreciación de si las dilaciones son extraordinarias e indebidas constituye un problema de calificación jurídica, de subsunción de los hechos en la norma, que puede llegar a ser sumamente complejo.

a) En efecto, la determinación de los periodos de paralización o de la duración total del proceso (que en ocasiones es tomado en cuenta para la apreciación de la atenuante) es un hecho, es una cuestión de naturaleza fáctica que se puede acreditar mediante prueba documental.

Por lo tanto y dado que para la apreciación de una atenuante es preciso que los hechos que la sustentan estén reflejados en el relato fáctico de la sentencia, tal y como recuerda la STS 638/2017, de 27 de septiembre, la parte que invoque la atenuante debe indicar los periodos de paralización, aportando la prueba correspondiente, lo que permitirá que la cuestión se someta a la contradicción del juicio, y el veredicto del Jurado tiene que reflejar esos periodos de paralización para que posteriormente se incluyan en el relato fáctico de la sentencia.

b) En cambio, la determinación de si las dilaciones son extraordinarias e indebidas hasta el punto de que den lugar a la apreciación de la atenuante (ordinaria o cualificada) es una cuestión eminentemente valorativa, de subsunción normativa, que si sitúa en el territorio de lo jurídico. Como señala la STS 585/2015, de 5 de octubre" [...] el concepto "dilación indebida" es un sintagma jurídico indeterminado que no se identifica con la duración global de la causa, sino que requiere en cada caso una específica valoración sobre si ha existido efectivo retraso en la tramitación, si el mismo es o no atribuible a la conducta del imputado, y si se han derivado consecuencias gravosas, pues aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable[...] (STS 03-05 - 13)".

La doctrina legal considera que para determinar si se han producido o no dilaciones indebidas debe atenderse a los siguientes criterios:

a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas;

b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo;

c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso;

d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes y

e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles. También se debe tener en cuenta la actuación procesal de las partes, singularmente del acusado en orden a valorar el número de recursos interpuestos y su pertinencia Y en cuanto a su apreciación como atenuante muy cualificada se debe valorar si la dilación no sólo es extraordinaria sino si supera ese carácter (STS 458/2015, de 14 de julio, entre otras).

Puede comprenderse que con frecuencia los Jurados no estarán a disposición de valorar todo este complejo de datos, porque desconocen la práctica jurisdiccional, la organización y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y el funcionamiento del propio proceso penal.

En ese mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la STS 844/2013, de 4 de Octubre, en la que se argumenta que,

"[...] Por más que la atenuante esté vaporosamente definida y se sustente en conceptos impregnados de unas dosis valorativas difícilmente

reducibles a parámetros claros y de contornos precisos, la definición de éstos corresponde al juez profesional y no al lego.

El jurado podrá precisar cuáles son los retrasos o el tiempo que ha durado la causa; podrá constatar los periodos de paralización observados; podrá, incluso, precisar las causas objetivas de esas paralizaciones si han quedado probadas...; pero decidir si las dilaciones son indebidas y si son extraordinarias es algo que solo puede verificar un juez profesional, salvo que haya que introducir en cada procedimiento del jurado en que se alegue esa atenuante un acelerado "cursillo" a través de anómalas pruebas "periciales" sobre lo que los prácticos del derecho y los tribunales (a su cabeza, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) consideran tiempos "ordinarios" o "habituales" o "tolerables" en el enjuiciamiento de una infracción atendidas sus peculiaridades; y lo que supone desbordar esos periodos; o sobre los tiempos no indebidos (debidos, rectius), por ser necesarios, inexcusables, propios de la misma secuencia procesal y los que rebasan de forma desmedida lo legal. Es importante tener esto en cuenta para una correcta y funcional distribución de roles y para que la atenuante no degenere en algo puramente subjetivo, no estandarizable y predominantemente intuitivo.[...]"

Pero, incluso aun en el caso de restar importancia a la distinción entre lo fáctico y lo jurídico, hay otro problema adicional que dota a esta atenuante de una especial singularidad. Para ponderar esta circunstancia con frecuencia será preciso acceder al contenido total de las actuaciones, posibilidad que los jurados tienen prohibida. El artículo 34 de la Ley del Jurado determina con mucha precisión qué testimonios de las actuaciones deben ser remitidos por el Instructor al Jurado, quedando excluida la remisión de la totalidad de las actuaciones, lo que se justifica en la Exposición de Motivos de la ley para evitar "indeseables confusiones de fuentes cognoscitivas atendibles, contribuyendo así a orientar sobre el alcance y la finalidad de la práctica probatoria a realizar en el debate".

La valoración de esta atenuante se construye mediante la consulta de las actuaciones y la apreciación de si los vacíos de actividad están o no

justificados. Eso es lo que ha permitido una cierta flexibilidad en su reconocimiento en esta Sala de Casación, aunque las dilaciones no hubieran quedado reflejadas en los hechos probados y se accionara por infracción de ley.

A esta singular problemática se refiere la STS 844/2013, de 4 de Octubre , antes citada, en los siguientes términos:

"[...] Es además una atenuante que se construye casi exclusivamente, si no totalmente, sobre datos intraprocesales: son datos incontrovertidos; se pueden constatar directamente sin necesidad de valoración subjetiva adicional con la consulta de los autos. No hay propiamente prueba que valorar, sino documentos - actuaciones procesales - que examinar para entresacar sus elementos auténticos -fecha, naturaleza de la actuación-. Por eso en casación se han abierto paso márgenes de flexibilidad sobre la necesidad de respetar el "factum" o sobre la posibilidad de apreciar directamente esos elementos fácticos por el Tribunal Supremo que serían heréticos o iconoclastas si pensásemos en otros temas. Esas consideraciones son proyectables "mutatis mutandi" a la forma de operar Jueces Legos y Jueces profesionales en el enjuiciamiento mediante jurado [...]"

Como conclusión, la singularidad de esta atenuante obliga a una clara distinción de funciones entre los jurados y el magistrado-presidente.

Los primeros deben declarar el hecho, sin valoraciones, y el segundo debe valorar esos hechos y perfilar su relevancia jurídica.

En esta función el magistrado-presidente podría, si lo estima necesario, examinar la totalidad de las actuaciones. La ortodoxia de esta solución no implica que otras alternativas conlleven la nulidad de actuaciones.

La respuesta a otras alternativas debe partir de las siguientes premisas:
a) En principio, caso de que la proposición que se plantee al Jurado contenga un pronunciamiento completo sobre las dilaciones y sobre la apreciación o no

de la atenuante, la sentencia debe ajustarse al criterio del veredicto (STS 700/2017, de 25 de octubre); b) En cambio, si la cuestión no se incluye en el objeto del veredicto, tal y como acontece en este supuesto, el acusado tiene derecho a una respuesta. Hemos proclamado con reiteración (STS 638/2017, de 27 de septiembre) que "el lugar adecuado para la correcta consignación de esos datos fácticos es el apartado dedicado en la sentencia a los hechos probados. Si se ha omitido su mención en ese lugar, su aparición posterior en la fundamentación jurídica no es correcta, aunque no determina la nulidad de la sentencia. Tampoco impide su consideración jurídica cuando, aunque sea en la motivación, se recogen con el valor y el contenido propios de una declaración de hechos probados".

Visto lo expuesto, resulta indudable que el argumento del Tribunal es razonable a favor de la desestimación de la elevación de la consideración del plazo de duración del procedimiento, al señalar que: "Los miembros del jurado fijaron esta proposición no ha sido considerada probada por el Jurado, y así es, pues más allá de su mera referencia, las partes no han desplegado ningún tipo de actividad probatoria encaminada a tratar de acreditar que efectivamente se produjere tal paralización, más allá del dato objetivo de que se emitiera una pericial caligráfica que tuviere entrada en el Juzgado de origen el 20 de octubre de 2009 -folio 2586 del Tomo VII-, y un informe de ampliación que lleva fecha de salida el 25 de octubre de 2010 -folio 2902 del Tomo VII-".

El argumento es razonable, ha sido validado por el TSJ y responde a los criterios marcados al efecto en torno al análisis casuístico de esta cuestión, más que una fijación generalizada de plazos.

El motivo se desestima.

RECURSO DE ANTONIO BETANCOR CUBAS Y JOSÉ SANTIAGO ALEMÁN
SOSA

SEXTO.- 1.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 CE, al amparo del art. 5.4 LOPJ, en el apartado relativo al derecho de defensa y

asistencia de letrado y a un proceso con todas las garantías, vulnerándose al art. 520.2 c) LECrim. e incomunicación de detenidos.

Se alega que “se priva al detenido de designar Letrado de confianza bajo el argumento de haberse dictado Auto de incomunicación que en realidad no existía. Aplicación errónea del art. 520 bis 2 LECRIM que solo se establece para delitos de terrorismo. Consta en las actuaciones que mis representados fueron detenidos el día 22 de septiembre de 2008 a las 14,30 horas, y ese día a las 15,30 horas (D. JOSÉ SANTIAGO ALEMÁN SOSA) y 16 horas (D. JOSÉ ANTONIO BETANCOR CUBAS) se da lectura de sus derechos conforme al art. 520 de la LECRIM., tal y como consta en los Folios 717-718 y 757-758 (Tomo III) del procedimiento. Según esa lectura de derechos se hace constar textualmente que “habiéndose dictado AUTO DE INCOMUNICACIÓN por la titular del Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Telde” se refleja que “no designa Abogado, se designa de oficio debido al Auto de incomunicación dictado”, cuando en ese día de 22 de septiembre no se había dictado ningún Auto de incomunicación por el Juzgado de Instrucción, sino que ello ocurre al día siguiente, 23 de septiembre, y previo informe del Ministerio Fiscal. Así se observa al al Folio 515 de las actuaciones, donde consta el Auto de incomunicación de fecha 23 de septiembre de 2008 dictado previo Informe del Ministerio Fiscal que es remitido por fax ese día 23 de septiembre a las 12,46 horas (Folio 513).

En consecuencia, por parte del Instructor del atestado policial que procede a la detención de mis representados comunica a los mismos una información (lectura de derechos como detenido) no veraz, pues en esa fecha de 22 de septiembre y hora de 15,30 o 16 no existía Auto de incomunicación, el cual fue dictado al día siguiente.

... ejercitar el derecho de defensa con asesoramiento técnico por parte de un Letrado de confianza se puede manifestar desde múltiples vertientes, por ejemplo se puede manifestar incluso confesando los hechos desde ese instante o colaborando con la justicia para el esclarecimiento total de los hechos, la aportación de pruebas, la detención de otros implicados, pero

también la decisión de declarar ante los agentes policiales, negando en su caso los hechos imputados y aportación de pruebas de descargo en ese momento, etc., lo que podría haber supuesto consecuencias distintas para los detenidos y después encausados, tanto al abrirse la posibilidad de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (atenuantes, tipos atenuados, ...), como la exención de la misma”.

Sin embargo, debemos recordar que en este caso es sabido que además que el alegato de indefensión formal debe cohonestarse al indefensión material producida, lo que no concurre, ya que las hipótesis dadas como alternativas no concurrieron cuando se pudieron llevar a cabo tampoco, al negarse la autoría, ya que cuando se alega que “la actuación policial ha perjudicado notablemente y de manera grave a los detenidos, que se han visto privado del ejercicio del derecho de defensa libremente elegido” debe prestarse especial énfasis en la postura que se hubiera llevado a cabo ajena y distinta a la que luego se pudo producir, por lo que la actuación concreta llevada a cabo y que se dictara el acuerdo, o que se hiciera un día más tarde debe llevar consigo la constatación expresa del alcance de la indefensión material.

Pero, a mayor abundamiento, como se expone por la fiscalía, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación frente a la que el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación, ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

Sin embargo, lo relevante en este instante es que este punto no fue planteado en el recurso de apelación, incluso, siquiera, como cuestión previa, y que su introducción en sede casacional constituye un claro planteamiento per saltum.

Como ha resuelto esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 707/2002 de 26 Abr. 2002, Rec. 2136/2000: “Constituye doctrina jurisprudencial reiterada (sentencias de 10 Jun. 1992, 10 Nov. 1994, 8 Feb., 23 May. y 26 Sep. 1996 o 23 Mar. 1999, entre otras) que el ámbito del recurso de casación se limita a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes, pero no se extiende a las cuestiones nuevas que no se plantearon en el momento adecuado para que el Tribunal las hubiese resuelto debidamente en su sentencia, tras el necesario debate y la prueba correspondiente, es decir respetando los principios de contradicción y congruencia, y afloran, por primera vez, en el trámite casacional.

Este criterio se fundamenta esencialmente en dos razones,

1.- Una referida a los principios del proceso penal y otra

2.- A la naturaleza del recurso de casación, pero que están íntimamente relacionadas.

1.- Respecto de la primera se señala que la aceptación de cuestiones nuevas en la casación obligaría al Tribunal Supremo a decidir, por primera vez y no en vía de recurso, sobre temas que no fueron discutidos en el plenario ni, por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, no habiéndose sometido a la debida contradicción.

2.- Respecto de la segunda se argumenta que es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa «ex novo» y «per saltum» formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes.

En tal caso el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas”.

Se desestima el motivo.

SÉPTIMO.- 2.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 18.1.3 y 4 y 10.1 CE -derecho a la intimidad personal, a la propia imagen, a la dignidad, al secreto, a los derechos fundamentales- al considerar nulas las captaciones audiovisuales que tienen su origen en el Auto de fecha 28 de abril de 2008 y sus prórrogas.

Considera el recurrente que el Auto de 28 de abril de 2008 (folio 20) por el que se acuerda la utilización de medios técnicos por parte de la Guardia Civil para la observación, grabación y escucha en el interior de una oficina del aeropuerto no cumple con esas exigencias, no contiene una motivación suficiente, ni se dan las notas de proporcionalidad y necesidad de la medida, ni los indicios delictivos eran suficientes ni hay un mínimo control judicial.

Sin embargo, nos encontramos ante la misma situación, ya que habiendo tenido la opción de alegarse en la instancia y en sede de apelación se presenta como cuestión nueva en esa sede cuando no se ha discutido en sede de apelación, lo que hubiera permitido acceder ahora a la casación con el debate ya planteado y suscitado ante el TSJ, con lo que se acude per saltum a esta sede casacional.

En cualquier caso, la gravedad de los hechos y la puesta en conocimiento de la autoridad policial y luego de la judicial de lo que estaba ocurriendo en este punto eran motivo más que suficiente para el dictado del auto de injerencia, habida cuenta la gravedad de unos hechos en donde estaban implicados, nada menos que guardias civiles que en lugar de velar por el cumplimiento de la ley de la normativa de acceso y entrada de dinero pedían dinero a cambio respecto a las sumas con las que los ciudadanos querían declarar para acceder a España. La corrupción detectada en este punto de

acceso y control era tan evidente que era notorio que el juez podría dictar la medida de injerencia para la investigación de lo que estaba ocurriendo.

El Tribunal de instancia razonó, en cualquier caso, que:

“Resulta advertible un juicio razonado y suficientemente explicativo de tal conclusión, valorando las grabaciones de la cámara situada en el resguardo Fiscal visualizada en el plenario con sometimiento al principio de contradicción, realizada precisamente durante el interrogatorio de los acusados afectados, quiénes han dispuesto de la posibilidad de ofrecer una explicación razonable y alternativa a lo visto, o la que tuvieran por conveniente sobre el alcance de lo observado.

Tan clara es la explicación del Jurado que basta con acudir al veredicto, en que literalmente recogen los diálogos entre los acusados, que no puede llegarse a otra consideración racional”.

En cualquier caso, aunque nos encontremos ante una cuestión nueva no planteada con anterioridad, cuando se tuvo opción de hacerlo, y más ahora que existe la vía previa a la casación del trámite de apelación ante el TSJ, sin que este tema se haya suscitado en modo alguno hurtando el planteamiento en sede de apelación resulta evidente que dada la gravedad de los hechos y la amplitud de personas que estaban interviniendo, conforme se detectó resultaba clara la proporcionalidad de la injerencia y su prórroga, a fin de poder detectar y comprobar el alcance de los hechos de tanta gravedad que se estaban produciendo y detectar quiénes lo estaban llevando a cabo, a fin de cerrar el círculo de los que estaban llevando a cabo estos actos ilícitos en lugar de velar por el cumplimiento de la Ley. Resulta evidentemente proporcional adoptar las medidas judiciales de injerencia cuando se tratan de delitos de corrupción en donde las autoridades públicas y los funcionarios públicos en lugar de velar por cumplir su función de protección y tutela de los intereses públicos se aprovechan de su condición de la que se prevalecen para cometer estos hechos delictivos amparados en su poder, lo que les permite una facilitación del delito, y en algunos casos la dificultad de su

descubrimiento, salvo que en los delitos de cohecho, los que son sobornados pongan en conocimiento de la autoridad lo ocurrido para depurar las responsabilidades penales por los mismos. En esta tesitura la proporcionalidad de la medida de injerencia y de las prórrogas resulta evidente.

Consta que el procedimiento penal se inicia por atestado de la Dirección general de la Guardia civil con fecha 8-4-2008. Del mismo modo, en el documento de fecha 28-4-2008 se hacen constar las investigaciones que se han llevado a cabo, y vigilancias en orden a indagar sobre una denuncia por hechos de presunta corrupción. En el oficio se detallan actuaciones llevadas a cabo y la petición de autorización de instalación de la grabación, que es lo que motiva el dictado del auto de fecha 28 de abril de 2008 donde consta en el FD nº 2 el relato de los hechos de la inicial denuncia, las investigaciones llevadas a cabo y los indicios existentes acerca de la obtención ilícita de dinero; la concesión es más tarde prorrogada por auto de fecha 27-5-2008 en base a que en efecto el recinto utilizado era el lugar donde podrían cometerse los hechos, pero especifica la juez que ante el poco tiempo transcurrido de la “efectiva” grabación se consideró oportuno la prórroga, lo que debe entenderse viable y proporcional a la gravedad de los hechos investigados, haciendo mención a que dadas las características del modus operandi llevado a cabo la intervención por medio de la grabación era pieza esencial de la investigación.

Debe entenderse que se cumplen los requisitos de la petición y concesión de la medida, atendiendo a la investigación previa y la característica del delito cometido y la autoría perpetrada.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 3.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 24.1 y 24.2 de la Constitución española, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio con todas las garantías, por insuficiente motivación del veredicto emitido, en relación al art. 120.3 de la constitución española, artículo 61.1 d) de la ley orgánica del tribunal del jurado y apartado a) del art. 846 bis c) de la ley de enjuiciamiento criminal.

Se ataca directamente la “motivación del veredicto.” Se alega por los recurrentes que el Jurado considera probado que el dinero que el pasajero declaraba en el aeropuerto debía ser contado billete a billete sin que se haya reflejado una motivación suficiente para llegar a esa conclusión, supliendo el Magistrado-Presidente dicha función (lo que le está vedado). También entienden que se ha dado una interpretación contra reo en la expresión “verificado importe declarado”, que no ha de consistir necesariamente en contar billete a billete.

Se enraiza este motivo con el quinto de presunción de inocencia, ya que relaciona la motivación con la existencia de prueba, o no.

Con ello, hay que recordar respecto de los recurrentes que los hechos probados a los que llegó el Tribunal en su fijación fueron los siguientes:

HECHO B.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados José Antonio Betancor Cubas, José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 18 de junio de 2008.

DÑA YAMILA CHTOUKI, con número de pasaporte T599740 y natural de Marruecos, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 20:00 horas del 18 de junio de 2008 procedente de El Aiun, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 118.500 € que afirmaba traer.

El acusado José Antonio Betancor Cubas, con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar DÑA YAMILA CHTOUKI solicitó de ésta algo de dinero para los agentes allí presentes, haciéndole entrega la misma de 50 €.

El acusado José Juan Pérez Morata, con igual ánimo de lucro indebido y con la misma finalidad anterior, solicitó de DÑA YAMILA CHTOUKI dinero, haciéndole entrega ésta de al menos 8 billetes de 50 €.

El dinero obtenido fue repartido entre los tres guardias civiles acusados José Antonio Betancor Cubas, José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata que estaban de servicio en el resguardo Fiscal, y que estaban de acuerdo con esa petición de dinero a cambio de no contar efectivamente el dinero que portara DÑA. YAMILA.

El acusado José Antonio Betancor Cubas, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad de 118.500 € que declaraba DÑA YAMILA CHTOUKI, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que ésta portara.

HECHO C.- El Jurado ha declarado probado que el 1 de agosto de 2008, el acusado D. José Antonio Betancor Cubas, con el propósito de evitar las normas sanitarias existentes para la entrada de productos comestibles a territorio nacional y concretamente de origen animal, y obtener un beneficio patrimonial ilícito, acordó telefónicamente con una persona llamada NATALIO, que para facilitarle la entrada de las cajas de productos alimenticios que éste traería desde África, se encargaría de estar en el puesto de aduana de la Guardia Civil para que los introdujere al territorio nacional sin la fiscalización que debía de ser realizada por el acusado conforme a las normas sanitarias existentes, y ello a cambio de recibir una caja del mismo producto que NATALIO traería.

HECHO D.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria,

se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 5 de agosto de 2008.

D. CHO IL CHAN con número de pasaporte BS2166067 y natural de Corea del Sur, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 18:30 horas del 5 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 180.000 € que afirmaba traer.

D. CHO IL CHAN, una vez que entró en la oficina del Resguardo Fiscal dejó una caja que contenía pulpos y la ofreció de regalo directamente a los agentes de la Guardia Civil sin que éstos lo impidieren.

El acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. CHO IL CHAN, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara, estando conforme con ello el acusado José Juan Pérez Morata, lo que hicieron a cambio de la caja de pulpos que les había dejado D. CHO IL CHAN, y que se repartieron una vez que éste hubo abandonado el lugar.

HECHO F.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa, D. Miguel Muñoz Ortega y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 22:00 horas del día 10 de agosto y las 6:00 horas del día 11 de agosto de 2008.

D. ACHBIK HAMMA, con número de pasaporte P823794 mayor de edad y natural de Marruecos, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 23:00 horas del día 10 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 200.000 que afirmaba traer.

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa, D. Miguel Muñoz Ortega y D. José Juan Pérez Morata, puestos de común acuerdo, y al margen de cuál de los tres verbalizara la petición lo que no ha podido concretarse, pidieron a D. ACHBIK HAMMA dinero a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar haciendo entrega aquél de 120 €.

Tras lo anterior, el acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. ACHBIK HAMMA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

HECHO G.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 6.00 y las 14:00 horas del 12 de agosto de 2008.

D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, natural de Marruecos y con número de pasaporte AC124153, procedente del Aiun (Marruecos) arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 12:30 horas del 12 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 250.000 que afirmaba traer.

El acusado D. José Santiago Alemán Sosa con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero bajo la fórmula de si iba a "dejar algo para café", haciendo entrega aquél de 50 que pone bajo la gorra del Guardia Civil requirente, justamente con la finalidad de introducir el dinero que afirmaba traer sin que se verificase su importe.

El acusado D. José Juan Pérez Morata estaba presente cuando aconteciere lo anterior sin realizar ninguna objeción, al estar de acuerdo con el otro acusado con lo que hacía para luego repartirse el dinero.

Tras lo anterior, el acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

HECHO J.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14.00 y las 22:00 horas del 13 de agosto de 2008.

D. ACHBIK HAMMA, procedente del Aiun (Marruecos) arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 21:40 horas del 13 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 540.000 que afirmaba traer.

El acusado D. José Santiago Alemán Sosa con ánimo de lucro indebido, y estando presente el otro acusado D. José Juan Pérez Morata que estaba de acuerdo con ello, a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar D. ACHBIK HAMMA procedió a pedirle dinero haciendo entrega éste de 120 €.

Tras lo anterior, el acusado D. José Juan Pérez Morata, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. ACHBIK HAMMA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara".

Debe recordarse que una de las pruebas de cargo fundamentales es la testifical, prestada en juicio, de María José Caballero Vivar, administradora de aduanas del aeropuerto de Gran Canaria en la fecha de los hechos. Su testimonio es considerado contundente por el Magistrado Presidente, importante calidad que refrenda el TSJ, siendo suficiente el fundamento de aquél respecto de que “es su testimonio y el sentido común que se deriva de la valoración de las manifestaciones de la misma, los que les lleva a tener por acreditado que cuando el documento oficial aduanero S-1 contenía la declaración “verificado importe declarado” y con él las casillas “sí” y “no” para que fuera rellenada por los agentes de la Guardia Civil una u otra según se hubiera o no verificado el importe declarado que señala el documento, aquella declaración de verificación exigía, y era de sentido común así entenderlo, que el dinero que afirmaba traer quien había de declararlo en el resguardo fiscal del aeropuerto había de ser contado billete a billete o bien con la máquina de contar billetes de la que se disponía en la oficina de la Aduana aeroportuaria»”.

Y es por ello, por lo que es normal que el Jurado apele al sentido común porque únicamente una valoración parcial y alejada de lo ocurrido en el plenario podría conducir a otras interpretaciones. Y dicho sentir es acogido en las dos sentencias cuando señalan que “como dicta el sentido común” constituye una cláusula de cierre de su valoración del elemento de convicción que le permite dar por probado por unanimidad la proposición de la acusación antes referida, ya que esa expresión se refiere a que lo es “respecto de las conclusiones de una prueba tan clave como lo es de la testigo que declaró”.

Por ello, se debe atender al tema central que se sostiene en torno a “La concreción y exactitud del recuento del dinero declarado y su constancia en el documento oficial aduanero”.

Así, apunta el Tribunal que:

“La cuestión básica se centra en si el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago, que debía ser cumplimentado por el agente de la Guardia Civil del Resguardo

Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria que estuviere de servicio en cada momento, y que reza "verificado importe declarado" con dos casillas opcionales ("no" o "sí"), exigía contar el dinero que el pasajero declaraba de forma efectiva, esto es, billete a billete, o si por el contrario, como hecho alternativo de las defensas sometido igualmente a la consideración del Jurado, podía considerarse debidamente cumplimentado por el cálculo aproximativo que en cada caso realizare el agente encargado del diligenciamiento, sea por similitud de los diferentes fajos de billete que presentare el pasajero, sea por el simple visionado del dinero tocando alguno de los billetes sobre la base de la confianza que les generase el pasajero declarante, o por la experiencia del funcionario que firmaba el citado apartado.

El Jurado ha considerado probado y por unanimidad -lo que deja en principio poco margen a su cuestionamiento- lo primero, esto es que el control que debían llevar a cabo los agentes de la Guardia Civil del resguardo Fiscal sobre el dinero que trataran de introducir en España los pasajeros, no era meramente aproximativo sino real y efectivo, exigiéndose precisión, contar billete a billete como reza la proposición unánimemente probada.

...En el caso concreto, aunque el Jurado alude al sentido común, lo hace a modo de cláusula de cierre tras contemplar un medio probatorio hábil para llegar a dicha conclusión, las manifestaciones de la testigo María José Caballero Vivar, administradora de aduanas del aeropuerto de Gran Canaria en el periodo al que se contraen los hechos objeto de enjuiciamiento, y que fuere sometida a un amplio interrogatorio en el que además se examinaron.

Normativa a tener en cuenta respecto a la exigente exactitud de las sumas que entraban en España sin poder apreciar un importe "aproximativo"

a.- Tanto la Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo del Ministerio de Economía y Hacienda -folios 3868 a 3877 del Tomo IX adjuntado al escrito de defensa de D. José Manuel Suárez Peña-,

b.- Como la nota aclaratoria de la Agencia Tributaria de 14 de febrero de 2008 -folios 2478 a 2486 del Tomo VII-,

c.- Constando, asimismo, la norma técnica de funcionamiento proporcionada como prueba documental por la defensa de D. José Manuel Suárez Peña al comienzo de la sesión del juicio oral del día 20 de junio.

Y efectivamente, la declaración de dicha testigo, funcionaria pública que se ha limitado a actuar en el ejercicio de sus funciones sin animadversión siquiera invocada por alguno de los acusados, fue clara y rotunda en el sentido de que conforme a la citada orden ministerial no puede entenderse de otro modo el control a verificar por los agentes del resguardo Fiscal.

Debían contar el dinero de forma efectiva y no meramente aproximativa.

Y así es considerando en esta línea la alusión luego al sentido común que realiza el Jurado en la motivación del veredicto respecto de dicha proposición, cerrando por lo demás el debate de las partes justamente con alusiones interesadas al mismo al defender cada una -la acusación pública y las defensas- su desde luego legítimos puntos de vista.

Y es que, de un lado, la misma configuración de la casilla correspondiente en que alternativamente permite poner "sí" o "no" al "verificado importe declarado" deja poco margen a la duda.

Objetivo de la necesidad de constancia exacta del importe que entra y no aproximativo y su relación con la prevención del blanqueo de capitales

La Orden Ministerial de 2006 sustento del modelo S-1 tiene por objeto la regulación de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

La finalidad es clara y evidente, y no es otra que la de que la Agencia Tributaria tenga cabal y cumplido conocimiento del dinero que entra desde el exterior a España precisamente en la lucha contra el blanqueo de capitales.

Desde esta perspectiva es ciertamente de sentido común, o si se prefiere, de absoluta lógica, saber con certeza el dinero que entra, quién lo trae, y desde donde procede.

Tal es así que el subapartado 5º del apartado tercero de la citada orden -folio 3870- señala que "en los casos en que no se haya verificado el importe de los medios de pago transportados y diligenciado en ese sentido por los servicios de Aduanas en el momento de entrada o salida del territorio nacional del portador de los fondos, la mera declaración no acreditará frente a la Administración o a terceros el movimiento efectivo de los medios de pago".

Más claro imposible. Por consiguiente, consignar sí en la casilla "verificado importe declarado" permite acreditar ante la administración tributaria que efectivamente el dinero declarado ha tenido entrada en la aduana portado por la persona identificada y procedente del país correspondiente, de tal moto que la agencia tributaria tendrá perfecto conocimiento de la cantidad de dinero que procede del exterior, y en las cantidades -importes superiores a 10.000 €- que objetivamente se entienden exigen un control efectivo en la lucha para el blanqueo de capitales.

Hemos de tener en cuenta que ese dinero, una vez declarado y verificado de forma efectiva, entra en el territorio nacional, se ingresa en una entidad bancaria y circula con absoluta normalidad en régimen de transparencia, por más que la administración tributaria pueda en cada caso y si lo considera oportuno, si tiene elementos que apunten a un origen ilícito, exigir las justificaciones que entienda procedentes.

En todo caso, hemos de notar que se trata de cuantiosas sumas de dinero que entran en España procedentes de países del entorno subsahariano, cuyo origen lícito o ilícito es prácticamente imposible de acreditar si no es con

la colaboración efectiva de las autoridades de esos países, siendo a tal efecto significativo las explicaciones que diere uno de los testigos, el Sr. Kantaoui en el plenario, de que traían esas ingentes cantidades de dinero a España, operando con ellas en entidades bancarias existentes en territorio español, por la ausencia de garantías de los sistemas bancarios de esos países de origen, lo que da buena muestra de la extraordinaria dificultad de indagar el origen de ese dinero.

Lo importante y sustancial para las autoridades españolas es que cuanto menos se tenga perfecto conocimiento del dinero que entra sin aparentes trabas luego para su circulación, más allá de las justificaciones que puedan exigirse a posteriori si se tuviere sospecha o indicios de que proceden de actividades delictivas, siendo justamente la transparencia en la entrada de ese dinero, quién es su titular y luego su puesta en circulación en España, la que obra como un mecanismo de control preventivo hacia las redes de blanqueo.

Y tal parecer no solo es sostenible aplicando elementales criterios de razonamiento, sino que la propia exposición de motivos de la orden ministerial lo pone de manifiesto.

Y así se alude a la "necesidad de control de movimientos de efectivo...", todo ello tras significar que "los movimientos de medios de pago anónimos han sido objeto en los últimos años de una renovada atención desde la perspectiva de la prevención del blanqueo de capitales.

La evidencia proporcionada por los expertos operativos en reiterados ejercicios de tipologías organizados por el Grupo de acción Financiera Internacional (GAFI) respecto de la creciente utilización de elevadas cantidades de dinero de efectivo en esquemas delictivos motivó que la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, modificara la Ley de 1993, trasladando al ámbito de la prevención del blanqueo de capitales una cuestión

que venía siendo tratada tradicionalmente desde la óptica del control de cambios.

Con todo, la ausencia de ese efectivo control aduanero, verificándose de forma efectiva el dinero que entra, esto es, contando billete a billete el dinero, genera un riesgo grave y potencial para el sistema económico.

Bastaría a título de ejemplo con declarar 200.000 € que no se verifican, para realmente introducir la mitad y luego completar el resto pasada la aduana y dentro del territorio nacional con dinero B del circuito de esta naturaleza existente ya en España, para luego, mediante su ingreso bancario lograr el blanqueo de esos 100.000 € que para la Agencia Tributaria rezarían como procedentes de un país extranjero cuando en realidad buena parte es dinero B existente ya en nuestro país. O con esa misma operativa, declarar 100.000 cuando se traen 200.000 para luego hacer circular en España en el circuito B los 100.000 € no verificados. El daño para el sistema económico resulta evidente.

2.- El control del acceso a España de las cantidades y su exactitud estaba atribuido a esos funcionarios y no a otros. Este era el filtro único para comprobar la realidad de lo que entraba y exactitud del importe.

Las defensas aluden en diversas ocasiones que no puede haber perjuicio, en la medida en que no se ha constatado que el dinero que se consignara en la casilla como verificado no respondiere al real introducido, lo que debía haberse comprobado con algún control posterior que reprochan a los funcionarios policiales encargados de la investigación.

Evidentemente yerran en la perspectiva del análisis.

1.-Y es que precisamente los funcionarios llamados a realizar el control efectivo de lo que se introducía eran los acusados, como agentes del Cuerpo de la Guardia Civil adscritos funcionalmente al resguardo Fiscal, teniendo entre las tareas asignadas precisamente verificar lo que entraba.

2.- Lo que no puede pretenderse luego es que deban existir unos funcionarios distintos cuya ordinaria tarea sea la de controlar a los primeros controladores, lo que incluso daría pie a una interminable línea de control a la medida de exigir un tercer punto, un cuarto y así sucesivamente, lo que resulta no solo inasumible sino racionalmente disparatado”.

No existe defectuosa motivación del veredicto, ya que el jurado rechazó por unanimidad, y aceptó la postura contraria a la defensa, la opción de la acusación, cumpliendo el Magistrado-Presidente la función que le compete de motivar la sentencia a raíz de la decisión unánime, no lo olvidemos, del Jurado.

Y sobre esta afirmación, y ante el planteamiento de este punto ante el TSJ concluye este validando la labor del Jurado al señalar que:

“En el punto 1º de ese Hecho de la acusación común a los recurrentes, del Apartado Segundo del objeto del veredicto, se propuso al Jurado lo siguiente:

"Si el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago que debía ser cumplimentado por uno de los agentes de la Guardia Civil del resguardo Fiscal, y que reza "verificado importe declarado" con dos casillas opcionales ("no" o "si") exigía contar el dinero de forma efectiva, esto es, billete a billete, que el pasajero declaraba".

Frente a la proposición común de las defensas contenida en el punto 2º de ese Apartado Segundo, el Jurado declaró probado por unanimidad el hecho común de la acusación que se ha transcrito.

Como elemento de convicción el Jurado señaló,

"En base al testimonio de la testigo de la acusación María José Caballero Vivar Administradora de Aduanas del Aeropuerto de Gran Canaria

consideramos verificar como contar el dinero a mano o mediante máquina. Como dicta el sentido común".

Esta última declaración del Jurado se considera por los recurrentes como insuficiente a los efectos de la motivación que impone el artículo 61.1,d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Reiterando la doctrina jurisprudencial expuesta por esta Sala en el Fundamento de Derecho Segundo, apartado A), consideramos que el motivo no puede ser estimado.

Como acertadamente explica y razona el Magistrado Presidente en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia de instancia, la referencia que hace el Jurado a "como dicta el sentido común" constituye una cláusula de cierre de su valoración del elemento de convicción que le permite dar por probado por unanimidad la proposición de la acusación antes referida.

Es la declaración testifical prestada en juicio por Da María José Caballero Vivar, que era la Administradora de Aduanas del Aeropuerto de Gran Canaria en la fecha de los hechos, declaración que se considera por el Magistrado Presidente de tal contundencia que exime de mayores referencias, la que justifica ese voto del Jurado y le lleva a considerar, tras escuchar a la testigo, que es su testimonio y el sentido común que se deriva de la valoración de las manifestaciones de la misma, los que le llevan a tener por acreditado que cuando el documento oficial aduanero S-1 contenía la declaración "verificado importe declarado" y con él las casillas "si" y "no" para que fuera rellenada por los agentes de la Guardia Civil una u otra según se hubiera o no verificado el importe declarado que señala el documento, aquella declaración de verificación exigía, y era de sentido común así entenderlo, que el dinero que afirmaba traer quien había de declararlo en el resguardo fiscal del Aeropuerto había de ser contado billete a billete o bien con la máquina de contar billetes de la que se disponía en la oficina de la Aduana aeroportuaria.

Por ello, el Jurado ha cumplido con motivación sucinta que impone la LOTJ, pues no solo concreta la prueba que le convence sino que, además, concluye que, en base a esa prueba, es entender que la frase "verificado importe declarado" contenida en un centro aduanero, que se expide por el Ministerio de Hacienda y ha de ser cumplida la finalidad de evitar el blanqueo de capitales, sólo puede ser rectamente entendida en el sentido de que la efectiva verificación del importe declarado únicamente puede llevarse a efecto contando cada billete, bien sea manualmente bien con la máquina destinada al efecto".

Con ello, debemos recordar que la motivación del Jurado de su veredicto es suficiente ya que llegan a su conclusión con una motivación "razonable" y asumiendo como válida y suficiente la declaración de un testigo muy cualificada como la antes expuesta, admitiendo que no era suficiente un "recuento aproximado", por cuanto el "sentido común" que es al que se apela, indica que ello no es posible, por cuanto iría en contra de la "exactitud del ejercicio de la función que les confiere el Estado a los recurrentes, ya que debe llevarse a cabo este trabajo con precisión, y no "de cualquier manera", como si de hacer un cálculo estimativo se tratara un trabajo de constatar qué cantidad de dinero entra, y no el de hacerlo respecto a "qué cantidad calculan que entra". Si fuera así, la actividad desplegada en esta zona de control sería anómala y deficientemente realizada, dada la finalidad que se tiene encomendada, como explica el Tribunal.

Y respecto a la "suficiencia de la motivación del jurado" hay que hacer constar que esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 151/2014 de 4 Mar. 2014, Rec. 10927/2013 señaló que:

"Como recuerdan las sentencias de esta Sala núm. 591/2001, de 9 de abril y núm. 300/2012, de 3 de mayo, el Acta del veredicto contiene un apartado en el que el Jurado debe hacer constar, de modo escueto pero suficiente, cuáles han sido los fundamentos de su convicción.

Como han señalado las sentencias de esta Sala de 29 de mayo y 11 de septiembre de 2000 (núms. 960/2000 y 1240/2000), STS 132/2004, de 4 de febrero, STS 816/2008, de 2 de diciembre, STS 300/2012, de 3 de mayo, 888/2013, de 27 de noviembre, y la muy reciente STS 45/2014, de 7 de febrero, entre otras, tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado no puede exigirse a los ciudadanos que integran por sí solos el Jurado de hechos y de culpabilidad, el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que puede exigirse a un Juez profesional y experimentado y por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado sólo exige (art. 61.d) «una sucinta explicación de las razones...» que han tomado en consideración los ciudadanos jurados como elementos de convicción para declarar probados los hechos y la participación en ellos del acusado, razones que deberán ser complementadas, cuando sea necesario y de forma congruente con lo expresado por el Jurado, por el Magistrado-Presidente en tanto en cuanto pertenece al Tribunal y ha contemplado atentamente el desarrollo del juicio, motivando la sentencia de conformidad con el art. 70.2 de la LOTJ (STS 29 de mayo de 2000).

La motivación sobre los hechos supone una parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquélla por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, y la que justifica el ejercicio de la jurisdicción.

Esta función sólo la puede realizar el órgano jurisdiccional que ha percibido directamente la práctica de la prueba con la ventaja cognoscitiva que proporcionan la inmediación y la contradicción.

Pero el Jurado ha de fundar sus decisiones sucintamente, lo que supone que no es necesario reseñar todos los medios de prueba tomados en consideración ni detallar todo el itinerario mental recorrido para llegar a la decisión.

Esta menor exigencia que se impone al Jurado respecto de los Tribunales técnicos viene impuesta por el carácter lego del Jurado, pero también porque otra solución no sería conciliable con las características de una decisión adoptada por un Colegio muy amplio, y redactada sin concurrencia de un ponente. Las razones que fundamentan la convicción de cada uno de los nueve jurados pueden ser parcialmente divergentes, y algunos pueden haber puesto el acento en una fuente de prueba a la que otro da menos crédito, u obtenido su convicción a través de un razonamiento parcialmente diferente. La inexistencia de un ponente profesional que concilie todas esas razones, conducirían, previsiblemente, a una alta prevalencia de supuestos de discordancias irresolubles en la motivación, si se exigiese una minuciosidad exhaustiva en el detalle.

Por ello el Legislador ha expresado, y así debe admitirse sin excesivas y artificiales exigencias descalificadoras de la Institución, que basta para cumplir el deber de motivación con que los Jurados expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción, de manera que posteriormente el Magistrado Presidente pueda constatar en los elementos de convicción reseñados la naturaleza de prueba de cargo hábil para cumplimentar las garantías constitucionales de la presunción de inocencia y el Tribunal de apelación pueda controlar la razonabilidad de las conclusiones y la suficiencia de las pruebas tomadas en consideración para fundar la responsabilidad penal.

La imposibilidad real y la inexigibilidad legal de reflejar todos y cada uno de los pasos e ingredientes del proceso valorativo, se complementa con la función técnica realizada por el Magistrado Presidente.

En relación con esta función complementadora de la fundamentación fáctica realizada por el Magistrado-Presidente se ha señalado por esta Sala que los enunciados descriptivos que conforman el relato fáctico presuponen una actividad de carácter cognoscitivo que se fundamenta en elementos de prueba y tiene por objeto constatar la verdad o falsedad de los hechos constitutivos propuestos por la acusación y de los impositivos propuestos por

la defensa. Pero previamente esta valoración requiere un presupuesto: que se haya practicado prueba de cargo en sentido propio, legal y constitucionalmente hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Pues bien la comprobación de la concurrencia de este requisito previo (que exige, obviamente, conocimientos jurídicos) no es competencia del Jurado sino del Magistrado-Presidente (art. 49 de la LOTJ) que es quien, una vez concluidos los informes de la acusación, debe decidir, de oficio o a instancia de la defensa, si estima que en el juicio se ha practicado prueba de cargo que pueda fundamentar una condena del acusado, dado que, si no fuera así, debe dar por concluido el juicio y dictar sentencia absolutoria (art. 49.3º LOTJ).

Es decir, que la constatación de la concurrencia de prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (no su valoración, que es una actividad posterior competencia del Jurado) incumbe al Magistrado-Presidente, que es quien adopta la decisión, tácita, de no suspender el Juicio, conforme a lo prevenido en el citado art. 49 LOTJ. Es por ello por lo que el art. 70.2 de la LOTJ exige que la sentencia del Magistrado-Presidente, además de contener la motivación jurídica procedente conforme a lo prevenido en el art. 248.3 de la LOPJ incluya también, si el veredicto es de culpabilidad, la concreción de la prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

Con ello se facilita y simplifica, en gran medida, la exigencia al Jurado de la motivación del veredicto, que, en los casos de prueba directa, consiste esencialmente en la referencia a los elementos de convicción que han tomado en consideración para efectuar sus pronunciamientos fácticos, como previene el art. 61.1 d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, como sucinta explicación de las razones que determinan su convicción, pues la convicción, como constatación de la realidad de una proposición fáctica, se fundamenta en el resultado de las pruebas que avalan la realidad de dicha proposición.

En definitiva las sentencias 132/2004 de 4 de febrero, 1096/2006, de 26 de noviembre y núm. 300/2012, de 3 de mayo, nos dicen que la motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

Pero esta motivación fáctica debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos.

La motivación fáctica de una sentencia condenatoria del Tribunal del Jurado exige, por tanto, un proceso en tres fases.

1.- En primer lugar la constatación de la concurrencia de prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, que incumbe al Magistrado-Presidente conforme al art 49 LOTJ, permitiendo, solo en caso positivo, el acceso a la fase siguiente de emisión del veredicto.

2.- En segundo lugar el veredicto recogido en el acta de votación, que expresa la base esencial del resultado de la valoración probatoria, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados, art 61 d) LOTJ.

3.- Y en tercer lugar, la sentencia en la que dicha sucinta explicación debe ser desarrollada por el Magistrado- Presidente, expresando el contenido incriminatorio de los elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos, conforme a las exigencias de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, art 70 2 LOTJ.

Se trata de una responsabilidad que la ley impone a quien puede cumplirla, pues el Magistrado-Presidente, que ha asistido atento al juicio y a sus incidencias; que ha entendido en el momento procesal correspondiente que existe prueba valorable que impide la disolución anticipada; que ha redactado el objeto del veredicto, y que ha impartido al jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente, debe estar en condiciones de plasmar, con el necesario detalle en cada caso, cuál es el contenido incriminatorio de las pruebas tenidas en cuenta por los jurados, así como, en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso racional que conduce de forma natural desde unos hechos ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, necesitados de prueba”.

En este caso, frente a la queja de los recurrentes existe motivación suficiente completada por el Magistrado, como se ha expuesto.

Dado que en este punto también se hace mención a presunción de inocencia respecto de ambos recurrentes debemos destacar que resulta suficiente la motivación del Tribunal al respecto que se articula sobre la base de:

Prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia. HECHO B, D, E, F, G, H, I, J, K, y L , Intervención de José Antonio Betancor Cubas, José Santiago Alemán Sosa, José Juan Pérez Morata Luis Manuel Quintana Medina, José Manuel Rivera García Miguel Muñoz Ortega y Eladio León Cabrera.

“Respecto de los hechos B, D, E, F, G, H, I, J, K, y L, también se constata prueba de cargo hábil y suficiente para considerarlos acreditados tal y como así ha sido por el Jurado.

Resulta advertible un juicio razonado y suficientemente explicativo de tal conclusión, valorando las grabaciones de la cámara situada en el resguardo Fiscal visualizada en el plenario con sometimiento al principio de contradicción, realizada precisamente durante el interrogatorio de los acusados afectados,

quiénes han dispuesto de la posibilidad de ofrecer una explicación razonable y alternativa a lo visto, o la que tuvieran por conveniente sobre el alcance de lo observado.

Tan clara es la explicación del Jurado que basta con acudir al veredicto, en que literalmente recogen los diálogos entre los acusados, que no puede llegarse a otra consideración racional.

Desde luego que es admisible en el legítimo ejercicio del derecho de defensa no ver ni escuchar lo que se constata en las grabaciones, más lo sustancial dada la labor asignada a este Magistrado-Presidente, es constatar que:

- 1.- Se practicó la prueba en el plenario,
- 2.- Que la misma se sometió a contradicción,
- 3.- Que la misma es hábil para desvirtuar la presunción de inocencia visto su contenido, y
- 4.- Que el Jurado ha explicado con suficiencia el razonamiento sobre la prueba que ha tomado en consideración para ello.

Y aunque respecto de alguno de estos hechos no reproducen con literalidad los diálogos, hacen mención a la grabación visualizada que efectivamente proporciona datos de tal contundencia que, aplicando un criterio de racionalidad, no se entiende necesario mayores adiciones, máxime en cuanto no se trata de explicar la credibilidad de un testigo, sino de constatar el resultado de una prueba objetiva del hecho relacionada con su grabación que resulta irrefutable.

Por lo demás, y respecto del hecho I, en que efectivamente se constata que no se pudo contar con la grabación, sí que concurrió al plenario el agente encargado del control de la cámara, que visualizó cuanto acontecía, que lo

pone de manifiesto en su declaración en el plenario con pleno sometimiento al principio de inmediación y contradicción, y que es apreciada en tal sentido por el Jurado.

5.- Prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia. HECHO C Intervención de José Antonio Betancor Cubas.

Respecto del hecho C, también el Jurado lo da por probado conforme a prueba debidamente practicada en el plenario, en tal caso y singularmente, apreciando el contenido de una conversación telefónica grabada con autorización judicial entre los interlocutores, cuyo contenido coincide con la proposición declarada probada por el Jurado”.

Con todo y a modo de síntesis, se constata la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 4.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por aplicación indebida del artículo 390.1.4º del código penal en relación al art. 74.1 CP y en referencia al 846 bis c), apartado b) de la ley de enjuiciamiento criminal.

Sostienen los recurrentes que los hechos no revisten los presupuestos típicos del delito de falsedad documental del art. 390.1.4º CP pues no se ha faltado a la verdad en la confección del documento S-1.

Alega el recurrente que “No se ha alterado el documento en un extremo o elemento esencial, que se daría en el supuesto de que la cantidad de dinero declarada por el pasajero fuere distinta, en más o en menos, a la que el agente haga constar en el modelo de declaración S-1. El importe real del dinero es, salvo prueba en contrario, el que declara el viajero, y cuya veracidad no se ve afectada por el hecho de que el agente haga constar que se ha verificado el importe declarado cuando no ha procedido a contar el dinero billete a billete.

No se ha incurrido en una falsedad material que haya alterado el documento en su aspecto esencial, sino que incorpora a éste una idea alejada de la verdad pero inocua en lo que respecta a la esencia y finalidad del documento, que no es otro que el que la Agencia Tributaria tenga conocimiento, en este particular supuesto, del importe del dinero que entra y sale de territorio nacional”.

Debe desestimarse la minusvaloración de la función esencial de los recurrentes en ese punto donde ejercían su trabajo en cuanto a la confección del documento que alteran, y así el Tribunal de instancia fundamenta de forma adecuada la condena al respecto y la subsunción del hecho probado en el tipo penal de falsedad, pudiendo sistematizar lo expuesto por el Tribunal, señalando que:

“Falsedad:

La adecuación normativa del hecho probado al tipo de falsedad analizado es sin duda evidente.

Los acusados estaban destinados funcionalmente al Resguardo Fiscal, una de cuyas funciones esenciales era la de verificar el importe real que entraba en España procedente del extranjero, como una medida impuesta por el Estado en el marco del control y prevención del blanqueo de capitales.

Sobra ahora ahondar sobre la importancia de esta función, acerca de lo cual ya se expuso oportunamente el criterio del Jurado al declarar probado que esa función conllevaba contar billete a billete el dinero que se declaraba.

También se indicó en su momento, que las defensas han venido insistiendo hasta la saciedad, en la línea de la inocuidad de la conducta que la convertiría en atípica, por el hecho de que si no se ha comprobado en cada caso que efectivamente la cantidad consignada en el modelo S-1 se correspondía con la que traía el pasajero, lo que conllevaba que los investigadores contaran el dinero al pasajero una vez que entrare en territorio

español, no cabe presumir lo contrario, de lo cual extraen la singular consecuencia de que si no se prueba la discordancia no existe daño.

El error de planteamiento es evidente.

A los acusados no se les acusa porque el dinero declarado no coincidiera efectivamente con el que entrara en territorio español.

Ciertamente, al no hacerse lo que reprochan, esto es, que los investigadores realizaran ese recuento con posterioridad, no es posible saber qué dinero entraba en España.

Más justamente esa es la finalidad que tenía el modelo S-1 y el control asignado a los funcionarios acusados, pues el Estado crea la norma encaminada a controlar el dinero que entra en el país, y asigna funcionalmente el control, sustancial en el cometido de la lucha contra el blanqueo de capitales, a funcionarios públicos que ostentan la condición de agentes de la Guardia Civil, que si bien orgánicamente siguen teniendo esta condición, dependiendo por ello de su escala jerárquica todo lo relacionado a destinos, permisos, retribuciones y régimen disciplinario, funcionalmente dependen de la agencia tributaria, y más directamente de la administradora de aduanas, que es la que fija los criterios en la realización de tal labor, recordando al efecto que la administradora de aduanas del aeropuerto de Gran Canaria en la fecha de los hechos, y que declarara como testigo, fue clara y rotunda en cuanto a que verificar conllevaba contar billete a billete el dinero en cada caso.

Por tanto, el delito se comete cuando los agentes afirman haber realizado el cometido que consignan en el documento, esto es, verificar el dinero declarado contándolo de modo que la cantidad declarada sea la real, sin haber hecho tal esencial función, de modo que, a cambio de una determinada cantidad de dinero -lo que revela sin lugar a dudas el exacto conocimiento que tenían del alcance de su cometido, excluyendo de paso la singular mención a la figura de falsedad por imprudencia grave-, falseaban en el sentido penal de la expresión una parte fundamental del modelo S-1

faltando a la verdad en la narración de los hechos, pues consignaban "sí" en la casilla "verificado importe declarado", que conllevaba -lo que para ellos era perfectamente conocido- que debían contar el dinero billete a billete- sin haber realizado dicha función.

Y tal alteración de la realidad es sin duda potencialmente lesiva, pues suponía de facto hacer desaparecer el control que debían realizar acerca del dinero que entraba en España, siendo esa alteración de la realidad lo que ostenta la potencialidad lesiva debido a los efectos propios del documento así confeccionado, que generaba un estado de certidumbre y de seguridad jurídica acerca de lo que se declaraba y se trataba de introducir en el país.

El dominio del hecho de los intervinientes con independencia de quien confeccionaba el documento:

Por lo demás, no estando ante un delito de propia mano, de modo que lo sustancial es el dominio funcional del hecho, de la relacionada redacción de los hechos declarados como probados se infiere con evidente claridad que con independencia de quién confeccionase el documento S-1 en cada caso, existía un propósito común y por tanto un concierto conjunto entre los agentes que intervenían en el acto, de falsear la realidad para obtener un lucro indebido no haciendo lo que debían, siendo luego la ejecución de tal acuerdo mediante la falsedad meramente circunstancial, en cuanto el modelo S-1 lo rellenaba uno solo de los agentes, estando todos ellos facultados para efectuar tal diligenciamiento, por lo que han de participar de todo el conjunto delictual que conforma el art. 419, pero también la falsedad ideológica del art. 390.1.4º en concurso real de delitos”.

Frente a ello, el TSJ valida esta convicción reflejando que:

“En relación al apelante José Santiago Alemán Sosa se han declarado probados los hechos relacionados en los apartados B), D), F), G) y J) de igual Apartado Segundo de Hechos Probados en idénticas circunstancias de participación que el anterior recurrente, esto es, al amparo del propósito

común y del concierto existente para llevar a cabo la falsedad, independientemente de quien cumplimentara el documento.

Respecto al recurrente José Antonio Betancor Cubas se ha declarado probado su autoría en la falsedad que se relata en el apartado B), al ser él quien, previo el concierto con sus compañeros, al diligenciar aquel apartado 8.2 del documento aduanero S-1, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que portaba la ciudadana marroquí Da Yamila Chtouki.

El documento S-1 que habían de rellenar los agentes de la Guardia Civil destinados en la Unidad Fiscal del Aeropuerto, deviene de la Orden Ministerial EHA/ 1439/2006, de 3 de mayo, del Ministerio de Economía y Hacienda, emitida para la regulación de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

Como indica la sentencia de instancia, la *finalidad del modelo S-1 es la de que la Agencia Tributaria tenga cumplido conocimiento del dinero que entra a España desde el exterior por razón de esa lucha contra el blanqueo de capitales.*

Por ese motivo, el consignar y rellenar los agentes de la Guardia Civil el Sí en el apartado denominado "Verificado Importe Declarado" supone que aquellos, de forma efectiva, deben contar billete a billete el dinero que portaba el ciudadano extranjero para así comprobar que, realmente, se llevaba el dinero que se decía, y, con ello, hacer efectiva la finalidad para la que se expedía y había de rellenarse el documento.

La actuación de los recurrentes al consignar el SI, como que efectivamente habían verificado el importe declarado, siendo incierto que hubieran contado billete a billete el dinero que llevaba el ciudadano extranjero, colma el tipo penal del artículo 390.1.4º del Código Penal por el que han sido condenados.

Y así, existe una narración mendaz, en cuanto se expresa en el documento como cierto lo que no lo es; la mutación de la verdad recae sobre un elemento esencial del documento, entendido éste como soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, conforme dispone el artículo 26 del CP, por cuanto la declaración de la realidad de la verificación efectuada no sólo tiene trascendencia en ese control del dinero que entra del exterior y en la lucha contra el blanqueo de capitales, sino porque la consignación del sí en el apartado del documento referido a la verificación del importe permite al ciudadano extranjero que ha declarado el dinero operar en el tráfico jurídico de forma legal.

Por último, concurre el elemento subjetivo, el dolo propio del delito de falsedad, porque los recurrentes tenían pleno conocimiento y voluntad de llevar a efecto la falsedad.

Los agentes, por razón de la función que realizaban en la Unidad Fiscal del Aeropuerto, conocían la finalidad del documento S-1, sabían que tenían que controlar la entrada de dinero del extranjero y que, para ello, estaban obligados a contar billete a billete el que se pretendiera declarar; también conocían que rellenando la casilla del sí sin haber verificado realmente el dinero que se declaraba, pues no se había hecho el necesario y total cómputo del mismo, constituía una falsedad y, no obstante ello, la realizaban voluntariamente.

Sin que se haya acreditado un desconocimiento de los recurrentes de las funciones propias del puesto que servían o que no se les hubieran dado las instrucciones precisas por parte de la Administración de Aduanas de la que funcionalmente dependían, la actuación desarrollada por los mismos queda subsumida en el tipo penal por el que han sido condenados. No obsta a ello el que no se haya podido llegar a conocer si la cantidad que se decía verificada en su importe se correspondía o no con la que realmente llevaba el ciudadano extranjero en cada caso, porque, precisamente, ese dato no se ha podido conocer por la falta de verificación a que estaban obligados los recurrentes en

cumplimiento de sus funciones, y, además, a los recurrentes se les ha condenado por la falsedad cometida al consignar como verificado un importe cuando no lo habían hecho, y no por aquella falta de coincidencia”.

Podemos comprobar, en consecuencia, que lejos del alegato de los recurrentes el delito se ha cometido en cuanto a la falsedad de un documento que no era irrelevante, sino que la finalidad antes citada evidencia la verdadera intención y dolo falsario de faltar a la verdad con una omisión de la verdadera obligación de control que tenían que llevar a cabo y que venía impuesta normativamente, como consta fundamentado por el Tribunal.

Recordemos que en cuanto a la tipicidad recuerda el Tribunal de instancia que:

“Los hechos declarados como probados en los apartados:

B (en el que participan los acusados Jose Antonio Betancor Cubas, José Juan Pérez Morata y José Santiago Alemán Sosa),

D (en el que participan los acusados José Juan Pérez Morata y José Santiago Alemán Sosa),

F (en el que participan los acusados José Juan Pérez Morata, Miguel Muñoz Ortega y José Santiago Alemán Sosa),

G (en el que participan los acusados José Juan Pérez Morata y José Santiago Alemán Sosa),

J (en el que participan los acusados José Juan Pérez Morata y José Santiago Alemán Sosa),

Constitutivos todos ellos de cohecho del art. 419 y falsedad documental del art. 390.1.4°.

Y es que la redacción circunstanciada de tales hechos pone de manifiesto la existencia de un plan preconcebido por sus autores, e incluso de aprovechamiento de la misma ocasión, para lucrarse indebidamente mediante la exigencia y consecutiva obtención de un beneficio económico por parte de los acusados, de entrega de dinero y/o parte de la mercancía introducida sin controlar, a cambio en unos casos de falsear la declaración de movimientos de pago, en otra para no fiscalizar la mercancía que se trataba de introducir, lo cual fluye con absoluta naturalidad de la lectura de esos hechos considerados probados por el Jurado.

-D. JOSE SANTIAGO ALEMÁN SOSA de los HECHOS B, D, F, G y J;

-D. JOSE ANTONIO BETANCOR CUBAS de los HECHOS B y C;"

Reseña, así, el Tribunal que:

“Respecto de los Hechos B, D, F, G, I, J, K y L declarados como probados por el Jurado conlleva que previamente se deba analizar la adecuación de la conducta realizada y que constituye el fin pretendido de la dádiva solicitada -u ofrecida en alguno de los casos-, al delito de falsedad en documento oficial del art. 390.1.4º objeto de acusación, pues la conducta que habrían de realizar los acusados era la de no contar el dinero que declaraban los pasajeros, pero haciendo constar en el documento oficial correspondiente - el modelo S-1- que realmente habían contado el dinero -según el sentido dado por el Jurado al alcance "verificar" tal y como se ha razonado en fundamentos precedentes-, de modo que según el sentido propio del elemento normativo del tipo que se analiza, habrían faltado a la verdad en la narración de los hechos”.

Por ello, queda acreditado que el modelo S-1, documento oficial a todas luces, tiene por finalidad que la Agencia Tributaria tenga cumplido conocimiento del dinero que entra a España desde el exterior por razón de esa lucha contra el blanqueo de capitales. La actuación de los recurrentes, al consignar en el S-1, aparentemente, que efectivamente habían verificado el importe declarado sin que en realidad hubieran contado billete a billete el

dinero que llevaba el ciudadano extranjero, no sólo suponía una constancia mendaz en el documento respecto de la verdadera cantidad de dinero que la persona introducía en territorio español, también afectaba al control del dinero que entra a nuestro país del exterior y al propio ciudadano extranjero que declara el dinero con qué operar en el tráfico jurídico de forma legal. Eran conscientes de lo que hacían, y completaba el círculo de su operación delictiva. El dinero que constaba no era el real. Y todos estos extremos, en su conjunto o aisladamente considerados, son esenciales a los efectos de no reputar la falsedad como inocua. La conducta llena por completo las exigencias del art. 390.1.4º CP. La actuación de los recurrentes al consignar el SI, como que efectivamente habían verificado el importe declarado, siendo incierto que hubieran contado billete a billete el dinero que llevaba el ciudadano extranjero, colma el tipo penal del artículo 390.1.4º del Código Penal por el que han sido condenados. Y, en efecto, es correcta la conclusión del Tribunal frente al alegato de la inocuidad de los recurrentes que el delito se comete cuando los agentes afirman haber realizado el cometido que consignan en el documento, esto es, verificar el dinero declarado contándolo de modo que la cantidad declarada sea la real, sin haber hecho tal esencial función, de modo que, a cambio de una determinada cantidad de dinero -lo que revela sin lugar a dudas el exacto conocimiento que tenían del alcance de su cometido, excluyendo de paso la singular mención a la figura de falsedad por imprudencia grave-, falseaban en el sentido penal de la expresión una parte fundamental del modelo S-1 faltando a la verdad en la narración de los hechos, pues consignaban "sí" en la casilla "verificado importe declarado", que conllevaba -lo que para ellos era perfectamente conocido- que debían contar el dinero billete a billete- sin haber realizado dicha función.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 5.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución española, al amparo del art. 5.4 de la ley orgánica del poder judicial, en relación al art. 852 de la LECRIM., y art. 11.1 de la ley orgánica del poder judicial en el apartado relativo a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Se ha explicado con detalle la existencia de prueba de cargo y suficiente para el dictado de la condena en el FD nº 8.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 6.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por aplicación indebida del artículo 390.1.4º CP.

Se alega que debe aplicarse el art. 398 del Código Penal al considerar que los hechos encajan en el mismo por el principio de especialidad y jurisprudencia existente, pero debe destacarse que no es posible considerar el documento aduanero S-1 como certificado.

Este tema ya fue resuelto y analizado con detalle en la sentencia del TSJ apuntando con acierto que:

“El presente motivo se formula subsidiariamente al anterior y en él se alega qué artículo 398 del CP resulta más conforme y proporcional a los hechos, dado que en el documento (Modelo) S-1 al que nos referíamos en el Fundamento Jurídico anterior, no es grave.

El artículo 398 del Código Penal, en la redacción correspondiente al Código Penal de 1995 vigente a la fecha de los hechos, establece: "La autoridad o funcionario público que librare certificación falsa será castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años".

Sin embargo, al hilo de lo expuesto en el punto B) anterior, considera este Tribunal que el documento S-1 no constituye una certificación, entendida ésta en palabras de la STS 752/2016, de 11 de octubre de 2016 (ECLI 2016:4420) que señala, "En un certificado, quien lo extiende se refiere a la existencia o inexistencia de una realidad anterior".

También señala la referida STS en su F. Jco Octavo lo siguiente: "2. La cuestión relativa a la determinación de los casos en los que procede la aplicación de uno u otro precepto ha sido abordada en varias sentencias de esta Sala. Concretamente, en la STS nº 277/2015, de 3 de junio, con cita textual de la STS 4/2015, de 29 de enero, se recuerdan las consideraciones y afirmaciones contenidas en anteriores resoluciones, encaminadas, desde la STS nº 2001/2000, de 27 de diciembre, en el sentido de que lo más relevante es la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental, de forma que la aplicación del artículo 398 quedará reservada para los casos de menor trascendencia".

Como decíamos en el razonamiento del punto B), la falsedad documental por la que han sido condenados los recurrentes recae sobre un elemento esencial del documento, teniendo en cuenta cual es la razón de ser del mismo y su finalidad.

Además, y así se ha expuesto, como la realidad y efectiva verificación del importe declarado tiene una importante trascendencia en el control y lucha del blanqueo de capitales por la Administración Tributaria, y la adecuación a la realidad de esa verificación alcanza también una relevancia fundamental para un tráfico jurídico legal del dinero, los hechos declarados probados no pueden subsumirse en el tipo penal del artículo 398 del Código Penal.

Por otra parte, los hechos probados se han declarado como tales en virtud del veredicto emitido por el Jurado a partir del Objeto del Veredicto redactado por el Magistrado Presidente, y en relación a dicho Objeto no consta que por la defensa de los recurrentes se solicitara inclusión alguna por virtud de la cual hubiera podido proponerse al Jurado algún hecho referido a la poca trascendencia o gravedad de la falsificación."

Esta Sala ha expuesto al respecto en orden a la diferencia entre el art. 398 CP que se postula y el art. 390 por el que se les condena, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 608/2018 de 29 Nov. 2018, Rec. 2819/2017 que:

“Una certificación es un documento oficial expedido para la constancia de la realidad de su contenido en un ámbito distinto de aquel al que se refiere dicho contenido. Son certificados aquellos en los que se hace constar una verdad, que se conoce y aprecia por haber sucedido y existir efectivamente, si bien se precisa también que "el criterio diferenciador" entre las falsedades en los certificados y los documentos oficiales no es tajante, y "sólo la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar si se está ante una falsedad documental o de certificados".

Junto a la falta de una definición auténtica de lo que debe entenderse por certificado a efectos jurídico penales, el vigente Código Penal ha prescindido de la enumeración contenida en el Código derogado: certificados de enfermedad o lesión, a fin de eximir a una persona de algún servicio público (art. 311), de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas (art. 312), al hablar simplemente de certificado -art. 397- o de certificación -art. 398- falsos, lo que supone una mayor inconcreción. Si a ello unimos la consideración de que, por su menor penalidad, la falsedad de certificados constituye un tipo de falsedad de carácter privilegiado, y de que, sin el cuestionado tipo penal, estas conductas serían incardinables en la falsedad de documentos oficiales, hemos de llegar a la conclusión de que la aplicación del tipo privilegiado ha de hacerse con criterios restrictivos, atendiendo -como enseña la jurisprudencia- a la gravedad y trascendencia objetiva de la falsedad de que se trate.

Y la STS 19/04/2001 recuerda que el delito de libramiento de certificación falsa que se describe y castiga en el artículo 398 tiene una amplitud mayor que el que se describía en el artículo 312 del derogado CP. En este último precepto se sancionaba la certificación falsa de "méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas". En el vigente, al no especificarse qué certificación cuya falsedad es la prevista, hay que entender que se sanciona toda certificación falsa que libre una

autoridad o funcionario público. Claro está, ello antes de la reforma introducida por la L.O. 7/2012 de 27 de Diciembre.

En la Sentencia 417/2010, de 7 de mayo, se declara que "de la jurisprudencia transcrita, y de la con ella concordante, puede concluirse que el criterio de distinción entre la falsificación documental y los tipos atenuados de libramiento de certificación falsa, se encuentra en que en los últimos, lo librado sólo cumple la función de adverar o acreditar hechos sin otras finalidades; y en cambio en la primera, se da la transcendencia de la alteración del instrumento documental, atendida la afectación de bienes jurídicos de particular relevancia, lo cual permite calificar de especial gravedad la falsificación".

La STS 876/2014, de 17 de diciembre, citando la 2001/2000, de 27 de diciembre, señala "que el artículo 398 quedaría reservado para casos residuales y de escasa transcendencia, por lo que, en el caso presente nos encontramos ante una falsedad en documento oficial tal como se decía en la sentencia de casación que conoció originariamente de esta causa. Desde un punto de vista gramatical la acción típica de certificar en falso o falsear el contenido de un documento puede ser semánticamente diferenciada.

Certificar es, según el diccionario de la Real Academia "asegurar, afirmar, dar por cierta una cosa", pero más específicamente, desde un punto de vista jurídico, es declarar cierta una cosa por un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial.

Certificar es también garantizar la autenticidad de una cosa por lo que el funcionario que certifica compromete su responsabilidad asegurando que el certificado responde a una realidad que él conoce y que refleja en el certificado. Si se certifica en falso se está poniendo en circulación un documento que, si es expedido por un funcionario público, constituye también un documento oficial falso.

El legislador ha querido rebajar el reproche antijurídico del hecho, sancionando con penas notablemente inferiores, la expedición de certificados

falsos para lo que ha tomado en consideración la menor gravedad o trascendencia de los efectos del documento.

Si tomamos como referente el anterior Código Penal podemos contemplar cómo la punición atenuatoria se reservaba para los facultativos que librasen certificado falso de enfermedad o lesión con la finalidad de eximir a una persona de un servicio público (art. 311) y al funcionario público que librare certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas (Art. 312), para terminar castigando al particular que falsificare una certificación de las anteriores (Art. 313). El Código vigente recoge, en tres preceptos, las variadas falsedades en certificados que contemplaba el Código derogado y, a los efectos que a nosotros nos interesan, el artículo 398 tipifica la certificación falsa librada por autoridad o funcionario público.

El criterio diferenciador de las falsedades en documentos oficiales no es tajante y sólo la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar, si nos encontramos ante una falsedad documental o de certificados.

No encajaría dentro del principio de proporcionalidad, que la libranza de un certificado falso por los funcionarios responsables de los Registros de la Propiedad o Mercantil se castigara con una pena cuasi simbólica de suspensión de seis meses a dos años, mientras que si se considera como falsedad la pena sea de dos a seis años de prisión, además de la correspondiente y de la subsiguiente inhabilitación.

Por otro lado es posible, en algunos casos, distinguir entre la expendición de un certificado falso y la falsedad documental.

Si consideramos, como hemos dicho, que certificar es reflejar y hacer constar una verdad, que se conoce y aprecia por haber sucedido y existir efectivamente, la actividad desarrollada por el recurrente va más allá de esta conducta al recoger una realidad que le constaban que no era cierta y cuya

autenticación no le correspondía, ya que, en todo caso, sería una tarea que habrían tenido que desempeñar los encargados de los respectivos servicios meteorológicos que tenían entre sus antecedentes, los litros de agua que habían caído en las fechas indicadas. Lo que se hace en la práctica, es confeccionar un documento oficial falso, expedido por un funcionario y que iba destinado a producir efectos en orden al cobro de una indemnización derivada de un seguro de riesgos de suspensión de espectáculos. Por ello, la calificación adecuada es la de falsedad en documento oficial, cometida por autoridad o funcionario público, tal como se mantenía en la sentencia de la Audiencia Provincial".

Con el mismo criterio se pronuncia la Sentencia 1/2004, de 12 de enero, en la que se expresa que "junto a la falta de una definición auténtica de lo que debe entenderse por certificado a efectos jurídico penales, el vigente Código Penal ha prescindido de la enumeración contenida en el Código derogado: certificados de enfermedad o lesión, a fin de eximir a una persona de algún servicio público (art. 311), de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas (art. 312), al hablar simplemente de certificado -art. 397- o de certificación -art. 398- falsos, lo que supone una mayor inconcreción. Si a ello unimos la consideración de que, por su menor penalidad, la falsedad de certificados constituye un tipo de falsedad de carácter privilegiado, y de que, sin el cuestionado tipo penal, estas conductas serían incardinables en la falsedad de documentos oficiales, hemos de llegar a la conclusión de que la aplicación del tipo privilegiado ha de hacerse con criterios restrictivos, atendiendo -como enseña la jurisprudencia- a la gravedad y transcendencia objetiva de la falsedad de que se trate".

Además, la STS 237/2016, de 29 de marzo, expone que: "El C. penal de 1995 recoge en tres preceptos: 397, 398 y 399 las variadas falsificaciones de certificados. El Código no define que deba entenderse por falsificación de certificados al haber prescindido de la enumeración contenida en el Código derogado. En relación a la penalidad prevista para estas infracciones, penas de multa o de suspensión, puede afirmarse que la falsificación de certificados constituye un tipo de falsedad privilegiado, cuyo ámbito o contenido ha

quedado drásticamente reducido tras la reforma de estos tipos dada por la L.O. 7/2012. Estos delitos de falsificación de certificados previstos en la Sección 3ª del Capítulo II del Título XVIII de las falsedades, han tenido una profunda reforma en la L.O. 7/2012 de 27 de Diciembre sobre modificación del C.penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal. De la Exposición de Motivos de dicha ley, destacamos el siguiente párrafo: ".... Se modifica el artículo 398 del Código Penal para excluir del tipo a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública.

No es infrecuente la falsificación de certificados de situación de cotización por las empresas deudoras de la Seguridad Social, que como contratista o subcontratistas, remiten a las empresas principales o contratistas en el marco de la relación jurídica de las contratas o subcontratas. Existiendo un tipo penal propio de falsedad de certificados, surgía la duda de si debían calificarse estas conductas como falsedad en documento oficial cometido por particulares, o como falsedad de certificados cometido por particulares. Se ha estimado conveniente una nueva redacción del art. 398 al que se remite el art. 399 del Código Penal, que restrinja su aplicación a la falsedad de certificados de menor trascendencia y que excluya expresamente todo certificado relativo a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública, dada la trascendencia en el tráfico jurídico de certificados falsos en el ámbito tributario y de la Seguridad Social....".

De acuerdo con ello, y a partir de la vigencia de la L.O. 7/2012 -siendo el texto actualmente en vigor-, vigencia que elevó a partir de los 20 días de la publicación de la expresada Ley Orgánica en el BOE -28 de Diciembre de 2012-, el art. 398 queda redactado del siguiente modo: ".... La autoridad o funcionario público que librase certificación falsa con escasa trascendencia en el tráfico jurídico, será castigado con la pena de suspensión de seis a dos años. Este párrafo no será aplicable a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública....". Cuando la falsificación de tales certificados se efectuase por particular, la pena será de multa de tres a seis meses.

En conclusión en relación a la falsificación de certificados, hemos de distinguir dos etapas:

a) Con anterioridad a la vigencia de la L.O. 7/2012, en la que cualquier clase de falsificación de certificados, incluidos los relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública, efectuada por particular, serán castigados con la pena prevista en los artículos concernidos, es decir, multa de tres a seis meses.

b) Tras la vigencia de la L.O. 7/2012, la falsificación de certificaciones de la Seguridad Social o Hacienda Pública debe ser sancionada cuando sea cometida por particular como constitutiva de un delito de falsedad en documento oficial, y por tanto con aplicación de los arts. 390.1-2º en relación con el art. 392 C penal que prevé penas más graves y proporcionadas a la gravedad y trascendencia de tales falsificaciones. En concreto el art. 392 prevé las penas de seis meses a tres años de prisión y multa de seis a doce meses. Como recuerda la STS de 27 de diciembre de 2010, certificar, desde un punto de vista jurídico, es declarar cierta una cosa por un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial.

En definitiva, el certificado garantiza la autenticidad de una cosa por la que el funcionario que certifica compromete su responsabilidad asegurando que el certificado responde a una realidad que él conoce y que se refleja en el certificado. Por ello, dada la trascendencia de los certificados, el actual art. 398 C.P. solo reserva la penalidad privilegiada para aquellos certificados de escasa trascendencia y relevancia como se dice en el artículo.

Obviamente dentro de los certificados de "escasa trascendencia" no pueden incluirse los certificados de Hacienda o de la Seguridad Social, solo que en el presente caso, al tratarse de una modificación -la de la L.O. 7/2012- posterior y más perjudicial para el recurrente, no le puede ser aplicada. Finalmente, en relación a que no cabe falsificación en fotocopias, la doctrina de esta Sala tiene declarado que las fotocopias puedan ser objeto del delito de falsedad, son documentos pero al no estar autenticados, su calificación no

excede el ámbito del documento privado -SSTS 627/2007; 193/2011 o 195/2015-."

También debemos citar la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 4/2015 de 29 Ene. 2015, Rec. 911/2014 en cuanto a concretar que: "Son conocidas las indisimuladas reticencias de esta Sala Segunda a aplicar el art. 398 CP -falsedad de certificados- en detrimento de los delitos de falsedad del art. 390 CP. Obedecen a la difícilmente comprensible privilegiada consideración penal del certificado. Recordando a línea exegética que ha prevalecido en la jurisprudencia de esta Sala y que ha inspirado en gran medida la reforma de este tipo penal en 2012: el art. 398 solo vendría en aplicación cuando la falsedad tiene escasa trascendencia (STS de 7 de mayo de 2010)".

Nos debemos mover en este caso por la línea de la "trascendencia del documento" alterado, que no se trata de que certifique algo, sino que el funcionario lo rellena a sabiendas de su falsedad.

Pero a la hora de comprobar la relevancia de ese documento para ubicarlo en el art. 390.1.4 CP por el que condena el Tribunal, o el art. 398 CP debemos sintetizar el argumento del Tribunal de instancia en torno a:

Objetivo de la necesidad de constancia exacta del importe que entra y no aproximativo y su relación con la prevención del blanqueo de capitales

"La Orden Ministerial de 2006 sustento del modelo S-1 tiene por objeto la regulación de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

La finalidad es clara y evidente, y no es otra que la de que la Agencia Tributaria tenga cabal y cumplido conocimiento del dinero que entra desde el exterior a España precisamente en la lucha contra el blanqueo de capitales.

Desde esta perspectiva es ciertamente de sentido común, o si se prefiere, de absoluta lógica, saber con certeza el dinero que entra, quién lo trae, y desde donde procede.

Tal es así que el subapartado 5º del apartado tercero de la citada orden -folio 3870- señala que "en los casos en que no se haya verificado el importe de los medios de pago transportados y diligenciado en ese sentido por los servicios de Aduanas en el momento de entrada o salida del territorio nacional del portador de los fondos, la mera declaración no acreditará frente a la Administración o a terceros el movimiento efectivo de los medios de pago".

Más claro imposible. Por consiguiente, consignar sí en la casilla "verificado importe declarado" permite acreditar ante la administración tributaria que efectivamente el dinero declarado ha tenido entrada en la aduana portado por la persona identificada y procedente del país correspondiente, de tal moto que la agencia tributaria tendrá perfecto conocimiento de la cantidad de dinero que procede del exterior, y en las cantidades -importes superiores a 10.000 €- que objetivamente se entienden exigen un control efectivo en la lucha para el blanqueo de capitales.

Hemos de tener en cuenta que ese dinero, una vez declarado y verificado de forma efectiva, entra en el territorio nacional, se ingresa en una entidad bancaria y circula con absoluta normalidad en régimen de transparencia, por más que la administración tributaria pueda en cada caso y si lo considera oportuno, si tiene elementos que apunten a un origen ilícito, exigir las justificaciones que entienda procedentes.

En todo caso, hemos de notar que se trata de cuantiosas sumas de dinero que entran en España procedentes de países del entorno subsahariano, cuyo origen lícito o ilícito es prácticamente imposible de acreditar si no es con la colaboración efectiva de las autoridades de esos países, siendo a tal efecto significativo las explicaciones que diere uno de los testigos, el Sr. Kantaoui en el plenario, de que traían esas ingentes cantidades de dinero a España, operando con ellas en entidades bancarias existentes en territorio español, por

la ausencia de garantías de los sistemas bancarios de esos países de origen, lo que da buena muestra de la extraordinaria dificultad de indagar el origen de ese dinero.

Lo importante y sustancial para las autoridades españolas es que cuanto menos se tenga perfecto conocimiento del dinero que entra sin aparentes trabas luego para su circulación, más allá de las justificaciones que puedan exigirse a posteriori si se tuviere sospecha o indicios de que proceden de actividades delictivas, siendo justamente la transparencia en la entrada de ese dinero, quién es su titular y luego su puesta en circulación en España, la que obra como un mecanismo de control preventivo hacia las redes de blanqueo.

Y tal parecer no solo es sostenible aplicando elementales criterios de razonamiento, sino que la propia exposición de motivos de la orden ministerial lo pone de manifiesto.

Y así se alude a la "necesidad de control de movimientos de efectivo...", todo ello tras significar que "los movimientos de medios de pago anónimos han sido objeto en los últimos años de una renovada atención desde la perspectiva de la prevención del blanqueo de capitales.

La evidencia proporcionada por los expertos operativos en reiterados ejercicios de tipologías organizados por el Grupo de acción Financiera Internacional (GAFI) respecto de la creciente utilización de elevadas cantidades de dinero de efectivo en esquemas delictivos motivó que la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, modificara la Ley de 1993, trasladando al ámbito de la prevención del blanqueo de capitales una cuestión que venía siendo tratada tradicionalmente desde la óptica del control de cambios.

Con todo, la ausencia de ese efectivo control aduanero, verificándose de forma efectiva el dinero que entra, esto es, contando billete a billete el dinero, genera un riesgo grave y potencial para el sistema económico.

Bastaría a título de ejemplo con declarar 200.000 € que no se verifican, para realmente introducir la mitad y luego completar el resto pasada la aduana y dentro del territorio nacional con dinero B del circuito de esta naturaleza existente ya en España, para luego, mediante su ingreso bancario lograr el blanqueo de esos 100.000 € que para la Agencia Tributaria rezarían como procedentes de un país extranjero cuando en realidad buena parte es dinero B existente ya en nuestro país. O con esa misma operativa, declarar 100.000 cuando se traen 200.000 para luego hacer circular en España en el circuito B los 100.000 € no verificados. El daño para el sistema económico resulta evidente”.

En definitiva, nos encontramos con que en este caso se ha tratado debidamente en los fundamentos anteriores la trascendencia del documento que estaban rellenando los recurrentes y su conexión con la prevención del blanqueo de capitales. La operación que llevaban a cabo los recurrentes no consistía en “certificar”, sino en extender un documento trascendental en el control del dinero que entraba y quién lo introducía.

Es trascendental la redacción correcta del documento citado y perjudicial su alteración al fin previsto y en el que la actuación de los agentes era esencial. Además, el Estado deposita su confianza en ellos, dada su condición policial al objeto de evitar riesgos de una mala praxis en la operación que desemboque en la no llegada del fin previsto en la lucha contra el blanqueo de capitales. Así, se proyecta el contenido del documento S-1 una vez el agente ha plasmado en él la cantidad de dinero entrante que previamente ha contado, comprobación de lo declarado por el particular y la cantidad realmente portada que, del mismo modo, hace constar en el documento, solo pueden llevar a su consideración de oficial por llenar los presupuestos exigidos por la jurisprudencia. Así, el objeto material de esta figura delictiva no es ya cualquier certificado sino la certificación falsa con

escasa trascendencia en el tráfico jurídico. Y es por ello, por lo que dada la relevancia y trascendencia del documento S-1 en el tráfico jurídico torna en inviable la pretendida aplicación del art. 398 CP.

Recuérdese que en orden a la trascendencia del documento oficial alterado el Tribunal de instancia destacó que:

1.- A los acusados no se les acusa porque el dinero declarado no coincida efectivamente con el que entrare en territorio español. Ciertamente, al no hacerse lo que reprochan, esto es, que los investigadores realizaren ese recuento con posterioridad, no es posible saber qué dinero entraba en España. Más justamente esa es la finalidad que tenía el modelo S-1 y el control asignado a los funcionarios acusados, pues el Estado crea la norma encaminada a controlar el dinero que entra en el país, y asigna funcionalmente el control, sustancial en el cometido de la lucha contra el blanqueo de capitales, a funcionarios públicos que ostentan la condición de agentes de la Guardia Civil.

2.- El delito se comete cuando los agentes afirman haber realizado el cometido que consignan en el documento, esto es, verificar el dinero declarado contándolo de modo que la cantidad declarada sea la real, sin haber hecho tal esencial función, de modo que, a cambio de una determinada cantidad de dinero -lo que revela sin lugar a dudas el exacto conocimiento que tenían del alcance de su cometido.

3.- Y tal alteración de la realidad es sin duda potencialmente lesiva, pues suponía de facto hacer desaparecer el control que debían realizar acerca del dinero que entraba en España, siendo esa alteración de la realidad lo que ostenta la potencialidad lesiva debido a los efectos propios del documento así confeccionado, que generaba un estado de certidumbre y de seguridad jurídica acerca de lo que se declaraba y se trataba de introducir en el país”.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- 7.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por inaplicación del artículo 77 del código penal.

Se alega por los recurrentes la “inaplicación de concurso medial entre falsedad y cohecho en vez de concurso real, dado que se confeccionaba los documentos falsos solo porque le pagaban por ello, por lo que el delito de cohecho se revela como el medio necesario para cometer la falsedad”.

Sobre esta cuestión podemos sintetizar la posición del Tribunal de instancia en torno a:

Concurso real entre cohecho y falsedad

“En todo caso, y como ya se adelantara en su momento, la relación del delito de cohecho pasivo del art. 419 con la falsedad documental del art. 390.1.4º es de concurso real conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, señalando al efecto la STS 990/2013, de 13 de diciembre, con cita de la sentencia de la misma Sala 1080/2010 de 20 de octubre "que la descripción del tipo penal de cohecho implica que el mismo, cuando se trata del tipo previsto en el artículo 419 del Código Penal, concurre en concurso real con el delito al que se ordena funcionalmente.

Así deriva del inciso final del citado precepto que, tras establecer la sanción del cohecho añade "sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa".

Y en la Sentencia TS nº 504/2003 de 2 de abril, tras exponer la doctrina sobre concurso, en referencia concreta al cohecho dijimos: Desde la perspectiva expuesta el delito de cohecho del artículo 385, Texto Refundido de 1.973, cuya estructura típica requiere la aceptación o exigencia de algo económicamente evaluable para la realización de un hecho delictivo no exige para su consumación la efectiva concurrencia de otro delito, basta su proyección. Es decir, nos encontramos ante un elemento subjetivo del injusto,

que el autor debe tener como finalidad aunque no es necesario que efectivamente se cometa el delito para el que se pida la dádiva.

Si efectivamente concurre ese delito para el cual se lleva a cabo el cohecho, la concurrencia será real y no, como se postula, medial, en la medida en que el tipo penal del cohecho no presente en su estructura típica la exigencia de su realización efectiva”.

A este respecto, la motivación del TSJ es válida y acertada en torno a mantener la regla del concurso real cuando fue mantenido en sede de apelación este mismo motivo, y así, señala que:

“Entienden los recurrentes que entre el delito de cohecho y el delito de falsedad por el que han sido condenados existe una relación de concurso medial, en la medida en que el delito de cohecho es el medio necesario para la comisión de la falsedad. El recurrente apoya la fundamentación del motivo en la reciente STS nº 36/2017, de 26 de enero de 2017 (ECLI 2017:202).

Debe reiterarse el respeto a los hechos declarados probados de la sentencia cuando el recurso se fundamenta en la infracción legal.

Por lo que se refiere al recurrente José Antonio Betancor Cubas, además de ser condenado por el Hecho Probado Segundo, letra C), por un delito de cohecho del art. 421 del CP, en relación a los hechos ocurridos el día 1 de agosto de 2008, ha sido también declarado culpable y condenado por un delito de cohecho del art. 419 del CP y de un delito de falsedad del art. 390.1.4º del CP, en relación a los hechos probados que constan en el Hecho Probado Segundo, letra B), ocurridos el día 18 de junio de 2008.

Los recurrentes, José Juan Pérez Morata y José Santiago Alemán Sosa han sido condenados como autores de un delito continuado de cohecho del art. 419 del CP y de un delito continuado de falsedad del artículo 390.1.4º del CP, al ser declarado culpable José Juan Pérez Morata de los hechos contenidos en el Hecho Probado Segundo, letras 8), D), F), G), 1) y J),

referidos al delito de cohecho y de los hechos del Hecho Probado Segundo, letras B), D), F), G), I) y J), referidos también al delito de falsedad.

Por su parte, el recurrente José Santiago Alemán Sosa ha sido declarado culpable de los hechos que se contienen en el Hecho Probado Segundo, letras B), D), F), G) y J), referidos al delito de cohecho y de los hechos contenidos en el Hecho Probado Segundo, letras B), D), F), G) y J), en relación al delito de falsedad.

Con la excepción de la condena de José Antonio Betancor Cubas por el delito de cohecho del art. 421 del CP, en relación al hecho probado contenido en la letra C), en todos los demás hechos probados contenidos en las letras mencionadas del Apartado Segundo de los Hechos Probados se relata que, previo el acuerdo y concierto de los mismos, los acusados pedían dinero a los ciudadanos extranjeros que acudían a la oficina del Resguardo Fiscal del Aeropuerto de Gran Canaria, con ánimo de lucro y a cambio de no contar billete a billete el dinero que los ciudadanos extranjeros, en cada caso, afirmaban que traían.

Posteriormente, al diligenciarse el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1, independientemente de cual de los recurrentes rellenara el documento, pues estaban también de acuerdo en ello, se consignaba "sí" en la casilla "verificado importe declarado" sin haber contado billete a billete el dinero que el extranjero llevara.

De los referidos hechos probados resulta, a juicio de este Tribunal, que no existe un concurso medial entre los delitos de cohecho y falsedad por los que han sido condenados los recurrentes.

El precepto del artículo 419 del CP de 1995, vigente a la fecha de los hechos, por el que en continuidad delictiva han sido condenados los recurrentes, castiga a "La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el

ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa".

Como señala la STS nº 990/2013, de 30 de diciembre de 2013 (recurso 343/2012), "La Jurisprudencia más generalizada aplica las reglas del concurso real entre el cohecho y el delito cometido; aunque en algún supuesto se ha considerado que existe un concurso medial o, incluso, un concurso de normas. En nuestra sentencia TS nº 1080/2010 de 20 de octubre, ya dijimos que la descripción del tipo penal de cohecho implica que el mismo, cuando se trata del tipo previsto en el artículo 419 del Código Penal, concurre, en concurso real, con el delito al que se ordena funcionalmente. Así deriva del inciso final del citado precepto que, tras establecer la sanción del cohecho añade "sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa". Y en la sentencia TS nº 504/2003 de 2 de abril, tras exponer la doctrina sobre el concurso, en referencia concreta al cohecho dijimos: Desde la perspectiva expuesta el delito de cohecho del artículo 385, Texto Refundido de 1.973, cuya aceptación o exigencia de algo económicamente evaluable para la responsabilidad delictiva no exige para su consumación la efectiva concurrencia de proyección. Es decir, nos encontramos ante un elemento subjetivo del debe tener como finalidad aunque no es necesario que efectivamente se cometa el delito para el que se pide la dádiva.

Si efectivamente concurre ese delito para el cual se lleva a cabo el cohecho, la concurrencia será real y no como se postula, medial, en la medida en que el tipo penal del cohecho no presente en su estructura típica la exigencia de su realización efectiva".

Pero es que, además, en el presente caso, del relato de los hechos probados a que se ha hecho referencia resulta que la finalidad de los recurrentes era la obtención del dinero y no la falsificación del documento.

Los recurrentes no necesitaban falsear el documento a cambio del dinero recibido, y la dádiva, en cualquier caso y como se declara probado, se solicitaba para no contar billete a billete el dinero que el pasajero decía portar.

El cohecho no tenía como objetivo la falsedad y aunque los recurrentes solicitaron y recibieron dinero por no contar los billetes uno a uno, tenían la opción de poner un "no" en el epígrafe "verificado importe declarado" y, con ello, no faltar a la verdad ni falsear su declaración.

Consideramos que la reciente STS nº 36/2017 de 26 de enero de 2017, que se cita en los recursos, contempla un supuesto de hecho distinto al presente. Los hechos probados que en ella se relatan en su Antecedente Primero describen un supuesto paradigmático de concurso medial entre el cohecho y la falsedad por los que se condena a uno de los recurrentes, porque, en ese caso, el mismo aceptó y recibió dinero para falsificar Documentos Nacionales de Identidad y Pasaportes; queda claro que el dinero se recibía para llevar a efecto la falsificación y, por ello, el cohecho era el medio necesario para cometer la falsedad. La STS nº 1632/2002 de 9 de octubre, que cita la anterior, señala que, "...la determinación de cuándo un delito es un medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos".

En este caso debemos entender que las acciones constitutivas de cohecho no fueron medio "necesario" para la comisión del delito de falsedad documental. Se trataron de actividades técnicas y físicas independientes, aunque en un mismo concierto, pero sin existir esa idea del medio de uno para cometer el otro que inspira el juego del art. 77 CP.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 36/2017 de 26 Ene. 2017, Rec. 10454/2016 a la que se alude señalamos que:

“Según la jurisprudencia de esta Sala, en relación al concurso medial, entre otras en la STS nº 1837/2001, de 19 de octubre, se ha entendido que "...el medio necesario, como dice el art. 77 del CP, no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una acción cuando aparezca, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. «Para que proceda la estimación del concurso ideal se dijo en la Sentencia de 9 de febrero 1990 no basta la preordenación psíquica, porque la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual» (S. 19-9-1996 citada por la 1289/2000, de 12 de julio)".

También en la STS nº 1632/2002, de 9 de octubre se decía, citando la STS nº 1620/2001, de 22 de septiembre, que "... la determinación de cuándo un delito es un medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos".

Finalmente, señala la Señala la STS nº 174/2007, de 9 de marzo, que "En términos generales afirmamos la concurrencia en concurso medial, cuando conforme al art. 77 del Código Penal de 1995, un delito es medio necesario para la comisión de otro, descartándolo cuando la concurrencia es mera contingencia dependiente de la voluntad del autor".

Y más adelante, se dice que "la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a

la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes". Precizando después que "La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial, estriba en dar un concreto contenido a la expresión de «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. En principio esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad. Ahora bien tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de Leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos Leyes en aplicación simultánea". En este sentido, recogiendo las citadas, la STS nº 892/2008, de 11 de diciembre.

En la misma línea argumental, se decía en la SST nº 1394/2009, que "para que proceda la estimación del concurso ideal no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad sea contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo y real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido, de no haber realizado previamente el o los que le hubieren precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual (SSTS 147/2009, 12 de febrero, 172/198, 14 de febrero, 326/1998, 2 de marzo, 123/2003, 3 de febrero)".

De esta forma se ha de tener en cuenta la relación de medio a fin desde perspectivas objetivas respecto de la forma en la que los hechos ocurrieron en el caso, y no solo desde la óptica o los deseos del sujeto, apreciándose el concurso cuando exista una conexión entre los distintos hechos de tal intensidad que pueda decirse que uno de ellos fue imprescindible para la ejecución del otro.

En el caso, de los hechos probados resulta que la entrega de dinero, la solicitud del mismo o la aceptación de su ofrecimiento, desde la perspectiva del recurrente, se revelan como elementos imprescindibles para mover su voluntad hasta la confección de los documentos de identidad falsos que entregaba a cambio, pues no existía otra razón de su comportamiento, lo que permite apreciar la existencia de una relación de concurso medial entre ambos delitos. Dicho de otra forma, el recurrente confeccionaba los documentos falsos solo porque le pagaban por ello, por lo que el delito de cohecho se revela como el medio necesario para cometer la falsedad”.

Es decir, que, como se expuso, en este caso de la sentencia de esta Sala antes citada se aplicó el concurso medial del art. 77 CP porque *el recurrente confeccionaba los documentos falsos solo porque le pagaban por ello, por lo que el delito de cohecho se revela como el medio necesario para cometer la falsedad*, pero no es este el caso, ya que no hay medio necesario, sino la actuación del cohecho por un lado, y la falsedad por otro como tipo penal añadido al del cohecho, que ya antes se había cometido, permitiendo el tipo penal del cohecho, precisamente, la sanción penal adicional al delito que después se cometiere, como aquí ha ocurrido.

También esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 636/2012 de 13 Jul. 2012, Rec. 2273/2011 señaló que:

“Para afirmar el concurso medial, hemos dicho en anteriores precedentes que el art. 77 del CP -con no pocas críticas doctrinales- equipara al verdadero concurso ideal una relación instrumental que tendría mejor catalogación como modalidad o subforma del concurso real. De ahí la interpretación jurisprudencial que fija el alcance de esa relación medial, señalando que para que proceda la estimación del concurso ideal no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo y real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido, de no haber realizado previamente

el o los que le hubieren precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual (STS 147/2009, 12 de febrero, 172/1998, 14 de febrero, 326/1998, 2 de marzo, 123/2003 3 de febrero)”.

Clave para este caso nos lo da la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 504/2003 de 2 Abr. 2003, Rec. 2343/2001, a tenor de la cual:

“En términos generales afirmamos la concurrencia en concurso medial, cuando conforme al art. 77 del Código Penal de 1.995, un delito es medio necesario para la comisión de otro, descartándolo cuando la concurrencia es mera contingencia dependiente de la voluntad del autor. «El art. 77 se refiere a medios necesarios es decir, ineludibles por parte del autor» STS 1670/2002, de 18 Dic. Este criterio admite excepciones, así en la STS 1632/2002, de 9 Oct, con cita de otras de la Sala, afirma que «la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos».

El art. 77 del Código Penal de 1.995, correspondiente al 71 del anterior texto legal, contempla dos diferentes figuras de concursos de delitos para los que establece la misma regla punitiva. Para el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción. Pero la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del

criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes.

Los ejemplos en nuestra jurisprudencia son varios: hemos excluido la relación concursal medial entre el delito de hurto de uso y robo violento, aunque en la intención del autor el uso del vehículo era el medio diseñado para la comisión del delito, al faltar el elemento de la necesidad. De igual manera, el delito de tenencia lícita de armas y el robo violento. Pero estos pronunciamientos no son igualmente precisos al estudiar la concurrencia del delito de detención ilegal y el robo violento, con resoluciones afirmando el concurso ideal, STS 1632/2002, de 9 Oct, y el concurso real, STS 1670/2002, de 18 Dic, a las que antes nos referíamos.

La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial, estriba en dar un concreto contenido a la expresión de «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. En principio esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad. Ahora bien tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea.

Parece que un criterio seguro para la determinación de la «necesidad» es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. Así cuando en la comisión de un delito fin, por ejemplo la estafa, el engaño típico se materializa a través de otro delito, por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc., teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental.

Desde la perspectiva expuesta el delito de cohecho de art. 385, Texto Refundido de 1.973, cuya estructura típica requiere la aceptación o exigencia de algo económicamente evaluable para la realización de un hecho delictivo no exige para su consumación la efectiva concurrencia de otro delito, basta su

proyección. Es decir, nos encontramos ante un elemento subjetivo del injusto, que el autor debe tener como finalidad aunque no es necesario que efectivamente se cometa el delito para el que se pida la dádiva.

Si efectivamente concurre ese delito para el cual se cohecha, la concurrencia será real y no como se postula, medial, en la medida en que el tipo penal del cohecho no presente en su estructura típica la exigencia de su realización efectiva”.

Lejos de lo que propone el recurrente el delito de cohecho no se revela como el medio necesario para cometer la falsedad, sino que se actuaba con carácter previo y con conexión de la falsedad, de tal manera que no era preciso ésta para cometer aquél, ni al revés. Existe una autonomía ejecutiva en la comisión del cohecho, y el tipo penal es el que permite técnicamente adicionar por la vía del concurso real los delitos que a continuación se cometan.

Debe realizarse una importante precisión tras el examen de estos motivos y los que se desarrollan con posterioridad, y es que a la hora de tratar los recursos interpuestos y en cuanto a los hechos declarados probados debemos destacar que la estricta función de las autoridades y funcionarios públicos en el desempeño de su cargo público conlleva que ese ejercicio se lleve a efecto cumpliendo las más elementales normas de respeto a esa función y al ordenamiento jurídico, no pudiendo minusvalorarse la alteración de esta premisa bajo el abrigo de la posible existencia de una corrupción de segundo grado respecto a actos de cohecho, siendo esta conducta un absoluto desprecio a la confianza depositada en quienes ejercen un cargo público, y en este caso cuando este lo llevan a cabo miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuya función es la de tutelar el respeto de la legalidad y actuar conforme al mismo.

Resulta impensable que en un Estado que se precie de derecho surjan conductas en el campo de juego de la corrupción por quienes deben respetar el ordenamiento jurídico, ya que ello socava los cimientos del propio Estado y

la confianza de los ciudadanos en sus instituciones. De esta manera, el crédito de quienes ejercen una función pública como son los agentes de la autoridad se sostiene en la tutela de esa legalidad, su ejercicio y la búsqueda por respetar que todos actúen bajo el manto de la legalidad en su actuación.

En este escenario cualquier actuación de corrupción como la aquí probada supone un ataque a las mismas instituciones del Estado, por lo que es inadmisibles el planteamiento de “minimizar” la realidad de una conducta de recabar o recibir dádivas por el control del ejercicio de una función llevándola a cabo fuera de los márgenes que el ordenamiento exige. Y en este caso lo era el control estricto aduanero de dinero de entrada España, y no un control aproximado de estas cuantías, porque ello queda al margen y en oposición del propio objetivo de la política de prevención y blanqueo de capitales.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 8.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por infracción de los artículos 21.6º y 66 del código penal, al no aplicarse la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, en relación al apartado b) del artículo 846 bis c) de la ley de enjuiciamiento criminal.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 5 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

RECURSO DE JOSÉ JUAN PÉREZ MORATA

DÉCIMO CUARTO.- 1.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución española, al amparo del art. 5.4 de la ley orgánica del poder judicial, en el apartado relativo al derecho de defensa y asistencia de letrado y a un proceso con todas las garantías, vulnerándose al art. 520.2 c) de la ley de enjuiciamiento criminal e incomunicación de detenidos. Nulidad.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 6 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.- 2.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 18.1,3 y 4 y 10.1 de la Constitución española (derecho a la intimidad personal, a la propia imagen, a la dignidad, al secreto, a los derechos fundamentales) al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 849.2 LECRIM, y art. 11.1 LOPJ. Nulidad de actuaciones

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 7 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEXTO.- 3.- Por infracción de precepto constitucional de los arts. 24.1 y 24.2 de la Constitución española, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio con todas las garantías, por insuficiente motivación del veredicto emitido, en relación al art. 120.3 de la constitución española, artículo 61.1 d) de la ley orgánica del tribunal del jurado y apartado a) del art. 846 bis c) de la ley de enjuiciamiento criminal.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 8 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SÉPTIMO.- 4.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por aplicación indebida del artículo 390.1.4º del código penal en relación al art. 74.1 CP y en referencia al 846 bis c), apartado b) de la ley de enjuiciamiento criminal.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 9 y 11º al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO OCTAVO.- 5.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución española, al amparo del art. 5.4 de la ley orgánica del poder judicial, en relación al art. 852 de la LECRIM, y art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el apartado relativo a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 8 al que nos remitimos.

Ha señalado al respecto el Tribunal como hechos probados que:

“HECHO B.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados José Antonio Betancor Cubas, José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 18 de junio de 2008.

DÑA YAMILA CHTOUKI, con número de pasaporte T599740 y natural de Marruecos, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 20:00 horas del 18 de junio de 2008 procedente de El Aiun, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 118.500 € que afirmaba traer.

El acusado José Antonio Betancor Cubas, con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar DÑA YAMILA CHTOUKI solicitó de ésta algo de dinero para los agentes allí presentes, haciéndole entrega la misma de 50 €.

El acusado José Juan Pérez Morata, con igual ánimo de lucro indebido y con la misma finalidad anterior, solicitó de DÑA YAMILA CHTOUKI dinero, haciéndole entrega ésta de al menos 8 billetes de 50 €.

El dinero obtenido fue repartido entre los tres guardias civiles acusados José Antonio Betancor Cubas, José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata que estaban de servicio en el resguardo Fiscal, y que estaban de acuerdo con esa petición de dinero a cambio de no contar efectivamente el dinero que portara DÑA. YAMILA.

El acusado José Antonio Betancor Cubas, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad de 118.500 € que declaraba DÑA YAMILA CHTOUKI, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que ésta portara.

HECHO D.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados José Santiago Alemán Sosa y José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 5 de agosto de 2008.

D. CHO IL CHAN con número de pasaporte BS2166067 y natural de Corea del Sur, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 18:30 horas del 5 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 180.000 € que afirmaba traer.

D. CHO IL CHAN, una vez que entró en la oficina del Resguardo Fiscal dejó una caja que contenía pulpos y la ofreció de regalo directamente a los agentes de la Guardia Civil sin que éstos lo impidieren.

El acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. CHO IL CHAN, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara, estando conforme con ello el acusado José Juan Pérez Morata, lo que hicieron a cambio de la caja de pulpos que les había dejado D. CHO IL CHAN, y que se repartieron una vez que éste hubo abandonado el lugar.

HECHO F.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa, D. Miguel Muñoz Ortega y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 22:00 horas del día 10 de agosto y las 6:00 horas del día 11 de agosto de 2008.

D. ACHBIK HAMMA, con número de pasaporte P823794 mayor de edad y natural de Marruecos, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 23:00 horas del día 10 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 200.000 que afirmaba traer.

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa, D. Miguel Muñoz Ortega y D. José Juan Pérez Morata, puestos de común acuerdo, y al margen de cuál de los tres verbalizara la petición lo que no ha podido concretarse, pidieron a D. ACHBIK HAMMA dinero a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar haciendo entrega aquél de 120 €.

Tras lo anterior, el acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. ACHBIK HAMMA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

HECHO G.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 6.00 y las 14:00 horas del 12 de agosto de 2008.

D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, natural de Marruecos y con número de pasaporte AC124153, procedente del Aiun (Marruecos) arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 12:30 horas del 12 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 250.000 que afirmaba traer.

El acusado D. José Santiago Alemán Sosa con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero bajo la fórmula de si iba a "dejar algo para café", haciendo entrega aquél de 50 que pone bajo la gorra del Guardia Civil requirente, justamente con la finalidad de introducir el dinero que afirmaba traer sin que se verificase su importe.

El acusado D. José Juan Pérez Morata estaba presente cuando aconteciere lo anterior sin realizar ninguna objeción, al estar de acuerdo con el otro acusado con lo que hacía para luego repartirse el dinero.

Tras lo anterior, el acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. MAHJOUB ABDALA BRAHIM, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

HECHO H.- El Jurado ha declarado probado que:

El acusado D. José Juan Pérez Morata como miembro del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependiente orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraba de servicio entre las 6.00 y las 14:00 horas del 12 de agosto de 2008.

D. MOHAMED VALL OULD CHEIKH, procedente del Aiun (Marruecos) arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 13:45 horas del 12 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 106.000 que afirmaba traer.

El acusado D. José Juan Pérez Morata con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar el dinero que iba a declarar D. MOHAMED VALL OULD CHEIKH, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero en reiteradas ocasiones a lo que se negó el pasajero.

Como consecuencia de esa negativa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. MOHAMED VALL OULD CHEIKH, el acusado D. José Juan Pérez Morata consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" tras comprobar que efectivamente la cantidad declarada por el pasajero era la que portaba tras pasarla por la máquina de recuento.

HECHO I.- El Jurado ha declarado probado que:

El acusado D. José Juan Pérez Morata como miembro del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependiente orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraba de servicio entre las 14.00 y las 22:00 horas del 13 de agosto de 2008.

D. CHIAA OULD CHIAA, natural de Mauritania con número de pasaporte M0370295 arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 19:20 horas del 13 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar el dinero que afirmaba traer.

El acusado D. José Juan Pérez Morata con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar el dinero que iba a declarar D. CHIAA OULD CHIAA, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero haciendo entrega aquél de 100 €.

Acto seguido, el acusado D. José Juan Pérez Morata, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. CHIAA OULD CHIAA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

HECHO J.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14.00 y las 22:00 horas del 13 de agosto de 2008.

D. ACHBIK HAMMA, procedente del Aiun (Marruecos) arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 21:40 horas del 13 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 540.000 que afirmaba traer.

El acusado D. José Santiago Alemán Sosa con ánimo de lucro indebido, y estando presente el otro acusado D. José Juan Pérez Morata que estaba de acuerdo con ello, a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar D. ACHBIK HAMMA procedió a pedirle dinero haciendo entrega éste de 120 €.

Tras lo anterior, el acusado D. José Juan Pérez Morata, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D.

ACHBIK HAMMA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara”.

Argumenta al respecto el Tribunal que:

“Prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia. HECHO B, D, E, F, G, H, I, J, K, y L , Intervención de José Antonio Betancor Cubas, José Santiago Alemán Sosa, José Juan Pérez Morata Luis Manuel Quintana Medina, José Manuel Rivera García Miguel Muñoz Ortega y Eladio León Cabrera.

Respecto de los hechos B, D, E, F, G, H, I, J, K, y L, también se constata prueba de cargo hábil y suficiente para considerarlos acreditados tal y como así ha sido por el Jurado.

Resulta advertible un juicio razonado y suficientemente explicativo de tal conclusión, valorando las grabaciones de la cámara situada en el resguardo Fiscal visualizada en el plenario con sometimiento al principio de contradicción, realizada precisamente durante el interrogatorio de los acusados afectados, quiénes han dispuesto de la posibilidad de ofrecer una explicación razonable y alternativa a lo visto, o la que tuvieran por conveniente sobre el alcance de lo observado.

Tan clara es la explicación del Jurado que basta con acudir al veredicto, en que literalmente recogen los diálogos entre los acusados, que no puede llegarse a otra consideración racional.

Desde luego que es admisible en el legítimo ejercicio del derecho de defensa no ver ni escuchar lo que se constata en las grabaciones, más lo sustancial dada la labor asignada a este Magistrado-Presidente, es constatar que:

1.- Se practicó la prueba en el plenario,

2.- Que la misma se sometió a contradicción,

3.- Que la misma es hábil para desvirtuar la presunción de inocencia visto su contenido, y

4.- Que el Jurado ha explicado con suficiencia el razonamiento sobre la prueba que ha tomado en consideración para ello.

Y aunque respecto de alguno de estos hechos no reproducen con literalidad los diálogos, hacen mención a la grabación visualizada que efectivamente proporciona datos de tal contundencia que, aplicando un criterio de racionalidad, no se entiende necesario mayores adiciones, máxime en cuanto no se trata de explicar la credibilidad de un testigo, sino de constatar el resultado de una prueba objetiva del hecho relacionada con su grabación que resulta irrefutable”.

En este sentido y ante la pregunta cifrada en el objeto de veredicto sobre la autoría en cada caso la respuesta fue contundente ante la evidencia de la prueba practicada.

Nótese que lo que se cuestiona es el valor que se le da a la declaración de la testigo administradora de Aduanas del Aeropuerto de Gran Canaria, la cual, por su cargo, y en su calidad de testigo no tenía por qué mentir, y más destacando cuál debió ser la actuación en este caso, y desprendiéndose del contenido de su declaración la incorrección de lo actuado.

Ya se ha expuesto la argumentación del Tribunal en torno a que:

“La declaración de dicha testigo, funcionaria pública que se ha limitado a actuar en el ejercicio de sus funciones sin animadversión siquiera invocada por alguno de los acusados, fue clara y rotunda en el sentido de que conforme a la citada orden ministerial no puede entenderse de otro modo el control a verificar por los agentes del resguardo Fiscal.

Debían contar el dinero de forma efectiva y no meramente aproximativa.

Y así es considerando en esta línea la alusión luego al sentido común que realiza el Jurado en la motivación del veredicto respecto de dicha proposición, cerrando por lo demás el debate de las partes justamente con alusiones interesadas al mismo al defender cada una -la acusación pública y las defensas- su desde luego legítimos puntos de vista.

Y es que, de un lado, la misma configuración de la casilla correspondiente en que alternativamente permite poner "sí" o "no" al "verificado importe declarado" deja poco margen a la duda.

Objetivo de la necesidad de constancia exacta del importe que entra y no aproximativo y su relación con la prevención del blanqueo de capitales

La Orden Ministerial de 2006 sustento del modelo S-1 tiene por objeto la regulación de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

La finalidad es clara y evidente, y no es otra que la de que la Agencia Tributaria tenga cabal y cumplido conocimiento del dinero que entra desde el exterior a España precisamente en la lucha contra el blanqueo de capitales.

Desde esta perspectiva es ciertamente de sentido común, o si se prefiere, de absoluta lógica, saber con certeza el dinero que entra, quién lo trae, y desde donde procede.

Tal es así que el subapartado 5º del apartado tercero de la citada orden -folio 3870- señala que "en los casos en que no se haya verificado el importe de los medios de pago transportados y diligenciado en ese sentido por los servicios de Aduanas en el momento de entrada o salida del territorio nacional del portador de los fondos, la mera declaración no acreditará frente a la Administración o a terceros el movimiento efectivo de los medios de pago".

Más claro imposible. Por consiguiente, consignar sí en la casilla "verificado importe declarado" permite acreditar ante la administración tributaria que efectivamente el dinero declarado ha tenido entrada en la aduana portado por la persona identificada y procedente del país correspondiente, de tal moto que la agencia tributaria tendrá perfecto conocimiento de la cantidad de dinero que procede del exterior, y en las cantidades -importes superiores a 10.000 €- que objetivamente se entienden exigen un control efectivo en la lucha para el blanqueo de capitales”.

La perspectiva de esta argumentación y las grabaciones demuestran la ilicitud del proceso operativo llevado a cabo por los recurrentes.

Y señala al respecto el TSJ al resolver el recurso de apelación que:

“En el caso presente, por lo que se refiere al apelante Juan José Pérez Morata, se han declarado probados los hechos relacionados en los apartados B), D), F), G), I) y J), del Apartado Segundo de Hechos Probados, según los cuales, independientemente de quien rellenara materialmente el documento S-1, puesto que también se declara que existía un propósito común de los recurrentes y, por tanto, un concierto entre ellos para llevar a cabo el acto falsario, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba cada uno de los extranjeros que se presentaron en el resguardo fiscal en las fechas que se relacionan, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que aquellos extranjeros portaran en cada caso”.

Debe recordarse que una de las pruebas de cargo fundamentales es la testifical, prestada en juicio, de María José Caballero Vivar, administradora de aduanas del aeropuerto de Gran Canaria en la fecha de los hechos, y es por ello por lo que se entiende que el Tribunal de instancia apreció la concurrencia de prueba suficiente y validada por el TSJ.

El motivo se desestima.

DÉCIMO NOVENO.- 6.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por aplicación indebida del artículo 390.1.4º del código penal.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 11 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO.- 7.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por inaplicación del art. 77 CP.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 12 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO PRIMERO.- 8.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por infracción de los artículos 21.6º y 66 del código penal, al no aplicarse la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, en relación al apartado b) del artículo 846 bis c) de la ley de enjuiciamiento criminal.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 5 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

RECURSO DE ELADIO LEÓN CABRERA

VIGÉSIMO SEGUNDO.- 1.- Por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 CE, derecho a la presunción de inocencia, y arts. 24.1 y 120.3 CE, derecho a la tutela judicial efectiva.

Sostiene el recurrente que las pruebas que han sido tenidas en cuenta para su condena no pueden considerarse válidas y suficientes para enervar su derecho a la presunción de inocencia, todo ello reconducido, según se expone en el desarrollo del Motivo, al delito de falsedad documental. El argumento fundamental esgrimido por el recurrente se centra en que no puede tenerse en cuenta la testifical de la administradora de aduanas, M^a J. Caballero.

Debemos reiterar al respecto los argumentos ya referenciados anteriormente en torno a la presunción de inocencia.

En este caso es hecho probado que:

“HECHO L.- El Jurado ha declarado probado que:

“El acusado D. Eladio León Cabrera estaba de servicio en la zona de control aduanero de llegadas internacionales al formar parte del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria entre las 14:00 horas y las 22:00 horas del 20 de agosto de 2008.

D. SALEM AALI ALIVA, con número de pasaporte español 80102426 arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 21:00 horas del 20 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar el dinero que afirmaba traer.

El acusado D. SALEM AALI ALIVA, una vez en el interior de la oficina del Resguardo Fiscal puso sobre la mesa donde estaba atendiéndolo el acusado D. Eladio León Cabrera un billete de 50 € que dijo que era "para café" con la finalidad de introducir el dinero que afirmaba traer sin que se verificase su importe, guardando el agente Sr. León Cabrera los 50 € en un cajón con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito.

Tras lo anterior, el acusado D. Eladio León Cabrera, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. SALEM AALI ALIVA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado", que ascendía a 280.000 €, sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

El acusado D. Eladio León Cabrera no retuvo dos kilos de carne que tratara de introducir el acusado D. SALEM AALI ALIVA, por los mismos motivos por los que no contara el dinero que éste declaraba”.

Al igual que se ha expuesto anteriormente en este mismo motivo, el Tribunal de instancia señala que:

“Respecto de los hechos B, D, E, F, G, H, I, J, K, y L, también se constata prueba de cargo hábil y suficiente para considerarlos acreditados tal y como así ha sido por el Jurado.

Resulta advertible un juicio razonado y suficientemente explicativo de tal conclusión, valorando las grabaciones de la cámara situada en el resguardo Fiscal visualizada en el plenario con sometimiento al principio de contradicción, realizada precisamente durante el interrogatorio de los acusados afectados, quienes han dispuesto de la posibilidad de ofrecer una explicación razonable y alternativa a lo visto, o la que tuvieran por conveniente sobre el alcance de lo observado.

Tan clara es la explicación del Jurado que basta con acudir al veredicto, en que literalmente recogen los diálogos entre los acusados, que no puede llegarse a otra consideración racional.

Desde luego que es admisible en el legítimo ejercicio del derecho de defensa no ver ni escuchar lo que se constata en las grabaciones, más lo sustancial dada la labor asignada a este Magistrado-Presidente, es constatar que:

1.- Se practicó la prueba en el plenario.

2.- Que la misma se sometió a contradicción.

3.- Que la misma es hábil para desvirtuar la presunción de inocencia visto su contenido, y

4.- Que el Jurado ha explicado con suficiencia el razonamiento sobre la prueba que ha tomado en consideración para ello.

Y aunque respecto de alguno de estos hechos no reproducen con literalidad los diálogos, hacen mención a la grabación visualizada que efectivamente proporciona datos de tal contundencia que, aplicando un criterio de racionalidad, no se entiende necesario mayores adiciones, máxime en cuanto no se trata de explicar la credibilidad de un testigo, sino de constatar el resultado de una prueba objetiva del hecho relacionada con su grabación que resulta irrefutable”.

Y el TSJ valida la conclusión del Tribunal de instancia al rechazar el motivo de la apelación basado en presunción de inocencia, al señalar que:

“Señala el Magistrado Presidente en la sentencia que la testigo Da María José Caballero, que había sido Administradora de Aduanas del Aeropuerto de Gran Canaria en las fechas en que ocurrieron los hechos, fue sometida a un amplio interrogatorio, inclusive con examen de documentos aportados por las defensas, y, lógicamente, a una amplia contradicción de las partes.

Se afirma también en la sentencia que dicha prueba testifical fue tan contundente que eximía de mayores consideraciones.

Esa contundencia hubo de ser también apreciada por el Jurado por su directa percepción de la prueba y su inmediación, además de tener a su

disposición toda la prueba documental incorporada, y por eso las declaraciones de la testigo le convencieron al momento de declarar probado por unanimidad el Hecho 1º del Apartado Segundo del Objeto del Veredicto, según el cual, "El apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimientos de medios de pago que debía ser cumplimentado por uno de los agentes de la Guardia Civil del resguardo Fiscal, y que reza "verificado importe declarado" con dos casillas opcionales ("no" o "si") exigía contar el dinero de forma efectiva, esto es, billete a billete, que el pasajero declaraba".

Dicha prueba testifical, legalmente introducida en el plenario y debidamente practicada, se ha considerado prueba suficiente, y sobre ello ha expresado el Jurado una convicción razonada y razonable, conforme hemos argumentado, y ha sido igualmente motivado en la sentencia el carácter de prueba de cargo de la misma en relación al hecho que se ha transcrito. Careciendo del rigor necesario para la grave afirmación que se efectúa, se viene alegar por el recurrente que la testigo Da María José Caballero Vivar podría haber mentido en su declaración en el juicio oral y haber variado sus declaraciones; se realiza dicha afirmación pero no se solicita la deducción de testimonio de sus declaraciones por si las mismas pudieran ser constitutivas del delito previsto y penado en el art. 458.2 del Código Penal.

Por el contrario, como ya se ha expuesto, la testigo fue sometida a un amplio interrogatorio y a la contradicción de todas las partes, sin que conste queja o reclamación alguna del recurrente sobre tal particular de la supuesta falsedad de su testimonio. Tampoco se acredita el más mínimo interés de la testigo con el presente procedimiento ni con la persona del recurrente, tratándose de una funcionaria pública de la Administración Tributaria que acude al llamamiento judicial por razón de su cargo de Administradora de Aduana del Aeropuerto de Gran Canaria en la fecha de los hechos".

Lo que se deduce de la declaración de un testigo de cargo tan relevante como la antes citada es que se debía comprobar que la cantidad reflejada corresponde con la declarada, en definitiva, hacer constar con

exactitud y reflejo la suma entregada y declarada, y no una suma aproximada, porque este sistema llevaría al absurdo de fijar documentalmente una cantidad “aproximada y al alza” de lo que “se calcula” que puede haber pasado por la aduana. Si esto fuera así se trataría de un sistema fallido y ajeno por completo al perseguido por la normativa. Más aún cuando es perfectamente posible hacer constar con pulcritud y exactitud la suma declarada, salvo que se alterara por los motivos y razones que en este caso han quedado probados. Resulta, además, no acertada la mención de que existe discordancia en la testigo entre su versión policial y judicial, y más en la sede de plenario, cuando es sabido que la policial no tiene rango de prueba, y que solo lo es la del plenario.

Alega el recurrente el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006, cuando este acuerdo fue modificado por el del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Acuerdo de 3 Jun. 2015, a tenor del cual *Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba; ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECrim; ni cabe su utilización como prueba preconstituída en los términos del art. 730 de la LECrim.*

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

En este caso los datos objetivos conducen a lo contrario expuesto al jurado esta declaración con los documentos existentes y que llevan a considerar que la declaración de la testigo evidencia la comisión del ilícito

penal. No puede tener virtualidad probatoria la alegación de la parte recurrente cuando expone que *más valor habría que darle aún a lo manifestado en su primer llamamiento en sede policial, “en caliente”, e ínfimo valor habría que darle a lo manifestado en sede judicial, al variar su declaración en interés de la instrucción que se había llevado a cabo, por ser “más conveniente y aconsejable” incluso para su propia persona*, ya que esta Sala no prima más las declaraciones en sede policial, y solo en casos de inculpación por la vía del acuerdo del Pleno de 3 de Junio de 2015 y la alegación se corrobore por datos objetivos, cuando, además, estos operan en sentido contrario al reclamado según se expresa por el Tribunal mediante las grabaciones y la constatación de las reclamaciones de dádivas como se declara probado, y así lo ratifica extensamente el TSJ en sentencia. En cualquier caso, la expresión “comprobar que la cantidad reflejada corresponde con la declarada” se debe entender en relación a la exactitud de la constancia de la cifra, no a su carácter aproximativo, por cuanto, como se ha expuesto, la esencia y fin de su actividad como guardias civiles, además de dar ejemplo profesional y velar por el cumplimiento de la Ley, y no por su vulneración les obligaba a cumplir la normativa expuesta en la sentencia antes citada para luchar y prevenir el blanqueo de capitales, lo que no se lleva a cabo si se altera el fin perseguido que se plasma en la correcta llevanza del documento, como queda probado.

Por ello, debe hacerse mención al convencimiento a que llega el Tribunal del jurado respecto a la declaración de la testigo, cuya argumentación del Magistrado-Presidente es validada por el TSJ al hacerse mención al amplio interrogatorio al que fue sometida la testigo, inclusive, con examen de documentos aportados por las defensas, lo que subraya que la contundencia de sus declaraciones a la que alude el Magistrado Presidente “hubo de ser también apreciada por el Jurado por su directa percepción de la prueba y su inmediación, además de tener a su disposición toda la prueba documental incorporada, y por eso las declaraciones de la testigo le convencieron al momento de declarar probado por unanimidad el Hecho 1º del Apartado Segundo del Objeto del Veredicto”.

Por ello, la Sentencia del TSJ niega que la declaración de la testigo obedezca a un particular interés de la misma y, del mismo modo, no advierte dato alguno que permita afirmar su incredibilidad. Todo ello, con el elemento corroborador existente cual es el contenido del documento S-1 y la grabación obtenida por la cámara instalada.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO TERCERO.- 2.- Por infracción de Ley del nº 1 del art. 849 LECrim., por aplicación indebida del art. 390.1.4º CP.

Este motivo ha sido tratado en el FD nº 9 y 11 al que nos remitimos.

Es argumento del Tribunal de instancia validado por el TSJ que:

“La adecuación normativa del hecho probado al tipo de falsedad analizado es sin duda evidente.

Los acusados estaban destinados funcionalmente al Resguardo Fiscal, una de cuyas funciones esenciales era la de verificar el importe real que entraba en España procedente del extranjero, como una medida impuesta por el Estado en el marco del control y prevención del blanqueo de capitales.

Sobra ahora ahondar sobre la importancia de esta función, acerca de lo cual ya se expuso oportunamente el criterio del Jurado al declarar probado que esa función conllevaba contar billete a billete el dinero que se declaraba.

También se indicó en su momento, que las defensas han venido insistiendo hasta la saciedad, en la línea de la inocuidad de la conducta que la convertiría en atípica, por el hecho de que si no se ha comprobado en cada caso que efectivamente la cantidad consignada en el modelo S-1 se correspondía con la que traía el pasajero, lo que conllevaba que los investigadores contaran el dinero al pasajero una vez que entrare en territorio

español, no cabe presumir lo contrario, de lo cual extraen la singular consecuencia de que si no se prueba la discordancia no existe daño.

El error de planteamiento es evidente.

A los acusados no se les acusa porque el dinero declarado no coincidiera efectivamente con el que entrara en territorio español.

Ciertamente, al no hacerse lo que reprochan, esto es, que los investigadores realizaran ese recuento con posterioridad, no es posible saber qué dinero entraba en España.

Más justamente esa es la finalidad que tenía el modelo S-1 y el control asignado a los funcionarios acusados, pues el Estado crea la norma encaminada a controlar el dinero que entra en el país, y asigna funcionalmente el control, sustancial en el cometido de la lucha contra el blanqueo de capitales, a funcionarios públicos que ostentan la condición de agentes de la Guardia Civil, que si bien orgánicamente siguen teniendo esta condición, dependiendo por ello de su escala jerárquica todo lo relacionado a destinos, permisos, retribuciones y régimen disciplinario, funcionalmente dependen de la agencia tributaria, y más directamente de la administradora de aduanas, que es la que fija los criterios en la realización de tal labor, recordando al efecto que la administradora de aduanas del aeropuerto de Gran Canaria en la fecha de los hechos, y que declarara como testigo, fue clara y rotunda en cuanto a que verificar conllevaba contar billete a billete el dinero en cada caso.

Por tanto, el delito se comete cuando los agentes afirman haber realizado el cometido que consignan en el documento, esto es, verificar el dinero declarado contándolo de modo que la cantidad declarada sea la real, sin haber hecho tal esencial función, de modo que, a cambio de una determinada cantidad de dinero -lo que revela sin lugar a dudas el exacto conocimiento que tenían del alcance de su cometido, excluyendo de paso la singular mención a la figura de falsedad por imprudencia grave-, falseaban en el sentido penal de la expresión una parte fundamental del modelo S-1

faltando a la verdad en la narración de los hechos, pues consignaban "sí" en la casilla "verificado importe declarado", que conllevaba -lo que para ellos era perfectamente conocido- que debían contar el dinero billete a billete- sin haber realizado dicha función.

Y tal alteración de la realidad es sin duda potencialmente lesiva, pues suponía de facto hacer desaparecer el control que debían realizar acerca del dinero que entraba en España, siendo esa alteración de la realidad lo que ostenta la potencialidad lesiva debido a los efectos propios del documento así confeccionado, que generaba un estado de certidumbre y de seguridad jurídica acerca de lo que se declaraba y se trataba de introducir en el país.

El dominio del hecho de los intervinientes con independencia de quien confeccionaba el documento:

Por lo demás, no estando ante un delito de propia mano, de modo que lo sustancial es el dominio funcional del hecho, de la relacionada redacción de los hechos declarados como probados se infiere con evidente claridad que con independencia de quién confeccionase el documento S-1 en cada caso, existía un propósito común y por tanto un concierto conjunto entre los agentes que intervenían en el acto, de falsear la realidad para obtener un lucro indebido no haciendo lo que debían, siendo luego la ejecución de tal acuerdo mediante la falsedad meramente circunstancial, en cuanto el modelo S-1 lo rellenaba uno solo de los agentes, estando todos ellos facultados para efectuar tal diligenciamiento, por lo que han de participar de todo el conjunto delictual que conforma el art. 419, pero también la falsedad ideológica del art. 390.1.4º en concurso real de delitos”.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO CUARTO.- 3.- Al amparo del art. 849.1º LECrim. por indebida inaplicación del art. 421 CP.

Señala el recurrente que “ni solicito, ni pidió dinero para nada. El Señor Salem Aali Aliva, deja voluntariamente un billete de 50 euros encima de la mesa, y dicho billete es colocado por el agente en el cajón de la mesa, es decir, no recoge para sí ni para su beneficio dicho dinero. Esta situación y actuación, totalmente distinta al resto de actuaciones de otros agentes, viene justificada por Don Eladio León Cabrera, en el conocimiento de la “operación judas”, cuyo nombre se atribuye a la operación por la existencia de un “topo”.”

Se expone que no estaba integrado en el operativo y que “se solicita la consideración de los hechos como constitutivos de cohecho, pero integrados según lo previsto en el artículo 421 del Código Penal vigente en el momento de los hechos”.

Sin embargo, el expositivo del recurrente está al margen de lo que el jurado consideró probado, y es que:

“HECHO L.- El Jurado ha declarado probado que:

El acusado D. Eladio León Cabrera estaba de servicio en la zona de control aduanero de llegadas internacionales al formar parte del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria entre las 14:00 horas y las 22:00 horas del 20 de agosto de 2008.

D. SALEM AALI ALIVA, con número de pasaporte español 80102426 arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 21:00 horas del 20 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar el dinero que afirmaba traer.

El acusado D. SALEM AALI ALIVA, una vez en el interior de la oficina del Resguardo Fiscal puso sobre la mesa donde estaba atendiéndolo el acusado D. Eladio León Cabrera un billete de 50 € que dijo que era "para café" con la finalidad de introducir el dinero que afirmaba traer sin que se verificase su importe, guardando el agente Sr. León Cabrera los 50 € en un cajón con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito.

Tras lo anterior, el acusado D. Eladio León Cabrera, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. SALEM AALI ALIVA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado", que ascendía a 280.000 €, sin contar billete a billete el dinero que éste portara.

El acusado D. Eladio León Cabrera no retuvo dos kilos de carne que tratara de introducir el acusado D. SALEM AALI ALIVA, por los mismos motivos por los que no contara el dinero que éste declaraba”.

Pues bien, de forma clara y explicativa señala el TSJ en su sentencia que:

“El artículo 419 del CP de 1995, vigente a la fecha de los hechos dispone:

"La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa".

Por su parte, el precepto del artículo 421 del mismo Código Penal vigente en la fecha de los hechos establece que,

"Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

En ambos preceptos el delito de cohecho queda consumado con la mera solicitud o aceptación de la dádiva o presente, pero la punición varía en función de si la dádiva se solicita o recibe para realizar una acción u omisión constitutivas de delito, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa, en el caso del art. 419, o si la dádiva solicitada o recibida tiene por objeto que el funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, como sanciona el art. 421.

Reiterando el respeto a los hechos probados que exige la impugnación de la sentencia por la vía del art. 846 bis c), apartado b) del CP, en el caso del recurrente el Jurado declaró probados por unanimidad los hechos 1º a 4º, del punto B) del Apartado Decimo-Tercero del Objeto del Veredicto, y, declarando así mismo probados por unanimidad los hechos o proposiciones 78 y 88 del referido punto B) — Acusación de Falsedad Documental -art. 390.1.4º CP- y - Acusación de Cohecho -art. 419 CP-, el Jurado consideró al recurrente culpable "...del hecho pretendidamente delictivo de hacer constar que sí verificaba el importe declarado en la casilla correspondiente del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago correspondiente a D. SALEM AALI ALIVA, sabiendo que dicho apartado exigía contar el dinero de forma efectiva, esto es, billete a billete, sin haberlo hecho así", y también "...del hecho pretendidamente delictivo de haber recibido dinero de D. SALEM AALI ALIVA a cambio de no contarle de forma efectiva el dinero que éste portara y dejarle que entrara dos kilos de carne que portara".

Dichas declaraciones de la culpabilidad del recurrente que hace el Jurado por unanimidad, determinando en el Acta del veredicto los elementos de convicción por los que se hacen aquellas, devienen de haber declarado el Jurado como probados los siguientes hechos esenciales:

1º) Que el apartado 8.2 del documento aduanero S-1, que reza "verificado importe declarado", exigía contar el dinero de forma efectiva, esto es, billete a billete, que el pasajero declaraba.

2º) Que el acusado Salem AAli puso sobre la mesa en que se encontraba el recurrente un billete de 50 € que éste guardó en un cajón con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito.

3º) Que el recurrente consignó sí en la casilla "verificado importe aclarado", que ascendía a 280.000 €, sin contar billete a billete el dinero que el pasajero portara y

4º) Que el recurrente no retuvo dos kilos de carne que tratara de introducir Salem AAli.

De tales hechos declarados probados resulta la adecuada subsunción del cohecho en el tipo penal del artículo 419 del CP por el que ha sido condenado el recurrente, porque una vez acontece la recepción del dinero por el recurrente, recepción que asume y acepta, se comete otro hecho delictivo cual es la falsedad documental. Por consiguiente, la conducta del recurrente colma el tipo penal del artículo 419 del CP y no el del art. 421 del mismo”.

Resulta evidente la distinción entre el tipo penal del art. 419 CP y el 421 CP al momento de los hechos, por cuanto no se trató de una mera “abstención” de acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, sino que acepta la dádiva con un fin delictivo y lo comete, por cuanto altera el documento para poder darle carta de naturaleza al fin perseguido con la entrega de la dádiva, no contando el importe entregado, como era su misión, e indicando otra cantidad que la real referida a la cifra exacta que se portaba, lo que no integra el art. 421 CP de “mera “abstencion” de conducta que debe llevar a cabo.

El tipo penal del art. 419 CP se manifiesta por una diversidad de acciones delictivas y también incluye “recibir”. Y esta acción aparece perfectamente descrita porque un café no cuesta 50 euros y los guarda en un cajón a su disponibilidad y beneficio. Esta recepción de dinero logró que no se contara billete a billete el que SALEM traía consigo y, seguidamente, que el

agente cometiera el delito de falsedad al consignar “sí” en la casilla del documento S-1 “verificado importe declarado”, que ascendía a 280.000 €. Con ello, y en atención al soborno, el tipo del art. 419 CP sanciona al autor que realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, distinguiéndose así del tipo del art. 421 invocado de contrario en el que no media la comisión de delito alguno.

No se trató en este caso de una mera “donación” para que el recurrente se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, sino de un acto de recibirlo y realizar la conducta de no cumplir con su obligación de detallar el importe que llevaba, y alterar la verdad documental cometiendo el delito de falsedad por el que también se condena. No se trató de una mera conducta pasiva la del recurrente de un abstenerse, o un “no hacer” para atraer la conducta del art. 421 CP.

Como señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1172/2002 de 21 Jun. 2002, Rec. 2319/2000:

“En este tipo de cohecho la injusticia no se predica de un acto sino de la propia omisión en tanto es producto de la corrupción de la autoridad o funcionario, de suerte que el acto de que este promete abstenerse es totalmente lícito puesto que forma parte de todos aquéllos que su cargo le obliga a ejecutar”. La conducta que se declara probada al recurrente es de mayor gravedad que la de mera conducta de pasividad, por lo que no se puede aplicar el art. 421 CP, como ha explicado con detalle el TSJ en su sentencia.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO QUINTO.- 4.- Por infracción Ley sustantiva por aplicación indebida del art- 419 y 390.1.4 del Código Penal.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 9 en relación con el 11 al que nos remitimos. No es posible aplicar el art. 398 CP como se ha expuesto con detalle.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEXTO.- 5.- Por infracción de Ley sustantiva por inaplicación del artículo 77 del Código Penal.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 12 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- 6.- Por infracción de la Ley sustantiva por inaplicación del artículo 21.6º, en relación al 66.2 ambos del Código Penal en su condición de muy cualificada.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 5 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

RECURSO DE JOSÉ MANUEL SUÁREZ PEÑA

VIGÉSIMO OCTAVO.- 1.- Infracción de precepto constitucional, artículos 9, 24.2 y 25 en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM.

Señala el recurrente que “Permitir ampliar la reproducción, así como admitir como prueba de cargo la transcripción de una grabación cuyo periodo excede aquél por el que fue solicitada por la acusación, es un evidente quebranto”.

Debe recordarse en primer lugar cuál es el hecho probado en relación al recurrente, y en este sentido el Jurado declaró probado que:

“HECHO K.- El Jurado ha declarado probado que:

El acusado D. José Manuel Suárez Peña estaba de servicio en la zona de control aduanero de llegadas internacionales al formar parte del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria entre las 22.00 horas del 13 de agosto y las 6:00 horas del 14 de agosto de 2008.

D. AHMED MOHAMED, natural de Mauritania con número de pasaporte M0347278 arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 22:26 horas del 13 de agosto de 2008, portando dinero en efectivo que quería declarar.

El acusado D. José Manuel Suárez Peña con ánimo de lucro indebido, y a cambio de no contar el dinero que iba a declarar D. AHMED MOHAMED de 360.000 €, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, procedió a pedirle dinero haciendo entrega aquél de dos billetes de 50 €.

Tras lo anterior, el acusado D. José Manuel Suárez Peña, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. AHMED MOHAMED, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado", que ascendía a 360.000 €, sin contar billete a billete el dinero que éste portara”.

Pues bien, sobre este mismo extremos ya resolvió el TSJ con acierto y de forma motivada que:

“Se alega por el recurrente que, en relación al mismo, la prueba admitida al Ministerio Fiscal como documental fue la del visionado del DVD identificado con la sigla S.4, incorporado a la vuelta del folio 160 del Tomo I, y, en concreto, el visionado de la secuencia del día 13 de agosto de 2008 desde las 22:26:48 a 22:35:00 horas, secuencia transcrita con fotogramas a los folios

212 a 215 del Tomo 1, y, que, sin embargo, fue autorizada por el Magistrado Presidente la visualización de más minutos de los que habían sido acotados por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales y le habían sido admitidos en el Auto de Hechos Justiciables. Se alega la vulneración del principio de igualdad de armas y del artículo 728 de la LECrim.

Conforme señala el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas".

Ello no obstante, el punto segundo del artículo 729 establece que "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: 2º. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación".

Dichos preceptos son de aplicación supletoria en la celebración del juicio oral ante el Tribunal del Jurado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Consta en el procedimiento que en la conclusión Primera, Apartado K. del escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, el Ministerio Público solicita la apertura del juicio oral y acusa al recurrente por los siguientes hechos:

"Sobre las 22:26 horas del día 13 de agosto de 2008, llegó al aeropuerto de Gran Canaria, procedente del Aiun, Ahmed Mohamed, mayor de edad, natural de Mauritania y con número de pasaporte M0347278 quien acudió a la oficina fiscal del aeropuerto con el objeto de declarar el dinero en efectivo que éste portaba. Allí es atendido por el acusado JOSÉ MANUEL SUÁREZ PEÑA, quien le solicitó con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, dinero haciendo uso de la fórmula que venía siendo utilizada

por los imputados habitualmente "para café" a cambio de no proceder a su efectivo recuento.

El extranjero procede a entregarle al menos dos billetes de 50€, por la insistencia mostrada por el Guardia Civil.

Una vez entregado el dinero, JOSÉ MANUEL SUÁREZ PEÑA, cumplimentó el documento oficial S-1 rellenando las casillas correspondientes que confirmaban que había contado el dinero, así como la cantidad que decía el extranjero que portaba y que ascendía a 360.000€ y que no había sido contado, alterando la realidad del mismo". Todas las pruebas documentales, tanto los DVD conteniendo las grabaciones efectuadas con autorización judicial como las transcripciones de las mismas, debidamente cotejadas por el Secretario del Juzgado de instrucción, eran conocidas por las partes y estaban a su disposición en el acto de la vista, formando unas y otras parte del total de la prueba documental interesada por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales.

Consideramos que la ampliación en unos minutos de la visualización de la secuencia antes mencionada no vulnera el derecho de defensa ni el principio de igualdad de armas que alega el recurrente.

Aunque, efectivamente, las verdaderas pruebas son las grabaciones, cuyo soporte material son las cintas, las transcripciones policiales también pueden convertirse en medio de prueba cuando han quedado debidamente averdadas y controladas judicialmente conforme así expone la STS 2209/2001, de 23 de noviembre. Por otra parte, como indica la STS 727/2003, de 16 de mayo, "...Como dijimos más arriba, el material probatorio son en realidad las cintas grabadas y no su transcripción, que sólo tiene como misión permitir un más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo, por lo tanto, es que las cintas originales estén a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe pública del Secretario judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba

documental, pueden ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos. de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo”.

Pues bien, la vía del art. 729 LECRIM legitima al Presidente al complemento de aquello que pueda ser de interés, y esta prolongación del visionado no puede entenderse si, simplemente, se refiere a constatar imágenes que ya se han incorporado válidamente al proceso y que implican su visionado. Además, se limita a denunciar que fueron vistos más minutos de una misma grabación que los concretados en el escrito de conclusiones provisionales pero nada se dice de las imágenes que contenían esos minutos de más. No basta la mera irregularidad, si es que existe, respecto de la ejecución de los actos procesales; es preciso que ocasione indefensión. Pero el basamento por la vía del art 729 LECRIM permite este visionado, con la circunstancia de que el Magistrado Presidente en este caso, no es el al que corresponde valorar la prueba, labor que únicamente reside en el Jurado.

El TSJ completa su argumento señalando que:

“El propio Jurado transcribe las expresiones por las que el recurrente pide algo para el café y si no se le deja nada procederá a contar el dinero del pasajero. Por último, estaba también a disposición de la defensa el solicitar la audición y visualización de grabaciones o la designación de diálogos o incluso expresiones contenidas en las grabaciones y su transcripción que pudieran desvirtuar o mitigar la acusación del Ministerio Fiscal; dada esa posibilidad de contradicción de la defensa, consideramos que no ha sido vulnerado el principio procesal de igualdad de armas ni tampoco el derecho de defensa porque las grabaciones, transcripciones y demás pruebas documentales incorporadas al procedimiento eran conocidas por las partes, también se conocía por ellas la acusación formulada por el Ministerio Fiscal y, por ello, ninguna traba al derecho de defensa suponía esa audición que se denuncia”.

Hay que señalar al respecto que esta sala ha admitido el juego del art. 729 LECRIM por el juez. Y así, en la STS de 9 de mayo de 2005, en su f.j. 4.º, destaca “la constitucionalidad de dicha norma que, en principio, no atenta ni al principio acusatorio ni al deber de imparcialidad judicial, siempre que la actividad probatoria del juez penal se limite a los hechos discutidos en el proceso, se empleen las fuentes probatorias que ya consten en los autos y se garantice el derecho de defensa de todas las partes”.

En esta misma línea, multitud de sentencias de esta Sala admiten dicha iniciativa cuando se trata de lo que denomina «prueba sobre prueba», esto es, aquella «que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso, por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio» (ATS de 5 de mayo de 2005, y STS de 16 de junio de 2004).

También la sentencia del TC 188/2000, de 10 de julio lo admite al señalar que:

«Más concretamente, en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes.

En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no

quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ex officio iudicis prevista en el art. 729.2 LECrim que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto”.

En este caso concreto no puede admitirse que haya habido un exceso, sino un uso de “prueba sobre prueba” y por la vía de una mera prolongación de vídeo que se estaba exponiendo, lo que no lleva al alcance de entender una actitud inquisitiva, cuando ello era objeto de la acusación.

En la antes citada sentencia del TC se añade que:

“Por lo demás, a la práctica de la controvertida diligencia probatoria no cabe oponerle ni la causación de indefensión alguna, ni el desconocimiento de las exigencias propias del principio contradictorio puesto que, propuesta la iniciativa, las partes pudieron alegar en defensa de su derecho e interés, y así lo hicieron, sin que conste que no pudiesen intervenir en la práctica de la testifical acordada de oficio para someterla a contradicción, contestándola y discutiéndola. Así pues, la pretensión deducida, por lo que a esta tacha se refiere, se ha de desestimar”.

Con ello, no se trata de que se cercena el derecho de defensa en modo alguno, sino que las partes pueden realizar observaciones sobre esa expresión de la prueba sobre prueba y el resultado que ofrezca, pero no anularla sin más, cuando es prueba de prolongación sobre otra ya admitida y existente.

En esta misma línea, la STC 229/2003, de 18 de diciembre destaca la validez de las preguntas que directamente puede formular el tribunal al acusado y a los testigos para reforzar su enjuiciamiento de los hechos debatidos en el acto del juicio oral, a saber:

“Lo que se reprocha al Presidente del Tribunal es haber formulado una serie de preguntas al acusado y fundamentalmente a los testigos, preguntas que versaron sobre los hechos objeto de acusación (pues todas ellas se refieren a la actuación del propio Juez y del Fiscal en la instrucción de la causa en la que se dictaron los Autos presuntamente prevaricadores) y que pueden entenderse razonablemente llevadas a cabo al efecto de alcanzar el grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de ésta.

Por lo demás tampoco puede sostenerse que la formulación de tales preguntas haya generado indefensión alguna al demandante de amparo, pues pudo alegar al respecto lo que estimó oportuno en el acto de la vista. En conclusión, cabe afirmar que ni de la formulación de las citadas preguntas, ni del contenido de las mismas pueda apreciarse la denunciada pérdida de imparcialidad judicial, debiendo ser desestimada también esta alegación”.

Asimismo, la STC 334/2005, de 20 de diciembre admite la iniciativa probatoria del juez penal siempre que tenga por objeto la comprobación de la certeza de los hechos discutidos en el proceso, por lo que entiende que con dicho límite es constitucional que el tribunal pueda ordenar el interrogatorio de testigos y del propio acusado.

Incluso, la mejor doctrina, atendiendo a estos parámetros antes expuestos, apunta que en el ámbito del derecho comparado, y respecto a los modernos acusatorio, se prevé la iniciativa probatoria del juez penal con diversa intensidad: existen códigos que niegan dicha iniciativa (los de Bolivia, Chile, Colombia o Nicaragua); otros la permiten con carácter excepcional (los de Italia, Perú o Venezuela); y otros, en cambio lo prevén de manera general (los de Alemania, Ecuador, Holanda o Portugal). En España, donde se encuentra vigente todavía una decimonónica ley de enjuiciamiento criminal, regida por un sistema acusatorio formal o mixto, también se prevé dicha iniciativa si bien con carácter excepcional. Pero debemos asegurar que en este

carácter entra esta prolongación aquí llevada a cabo y en el seno de la reproducción de la prueba expuesta, simplemente para completar el visionado y comprobar lo que ocurrió.

Con ello, un amplio sector doctrinal apuesta por una línea abierta al ejercicio de dicha iniciativa probatoria por estimar que el ejercicio de la misma ni implica menoscabo para la garantía constitucional de imparcialidad judicial, ni supone merma alguna para el principio acusatorio, deparando, por el contrario, consecuencias beneficiosas para una mejor formación de la convicción judicial en el caso concreto.

Por todo ello, la ampliación del visionado no supuso una expresa manifestación del principio inquisitivo, sino de una opción del juez que puede en casos semejantes, bien aceptar la petición del Ministerio Fiscal de que aprovechando el visionado se pueda prolongar el mismo para una mejor exposición de lo que ocurrió, aprovechando su grabación, o bien tenerlo en cuenta el juez al mismo momento de la exposición, sin merma, por ello, del principio acusatorio.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO NOVENO.- 2.- Por infracción de Ley del número 2º del artículo 849 de la LECrim., al existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos. Inaplicación del art. 425 del CP.

Se formula el motivo al abrigo del art. 849.2 LECRIM al que ya se ha hecho referencia anteriormente en cuanto a los límites expositivos de planteamiento en un recurso de casación.

Señala el recurrente que “en ningún momento se aprecia en el citado fotograma 41 correspondiente al minuto 22:33 que el recurrente esté en ese momento solicitando dinero al pasajero que declaraba el movimiento de medios de pago, pues esa circunstancia que reconocemos ocurrió, fue en tiempo posterior y fuera del propuesto por el Ministerio Fiscal.... Y es en ese

tiempo de extensión del visionado, en más de 8 minutos cuando se ve al recurrente solicitar dinero al pasajero Sr. Ahmed Mohamed, cuyas concretas preguntas fueron transcritas por el Jurado, al igual que figura en la sentencia del TSJ de Canarias en su página 50, pero que recordemos, se produjeron después del minuto 22:41, esto es, en tiempo superior al propuesto y admitido a la acusación pública”.

Se ha hecho ya referencia al art. 849.2 LECRIM en cuanto a que los documentos puedan quedar contradichos por elementos probatorios, pero es que lo que se cuestiona en este caso es el exceso en la comprobación, matiz que ya ha sido descartado en el fundamento precedente ante la posibilidad de esta opción por la vía del art. 729 LECRIM.

El recurrente postula alterar el hecho probado mediante la vía impugnativa del alcance del visionado, cuando en la alegación ya resuelta por el anterior motivo ya se ha explicitado la validez de este uso y el sometimiento al debate del jurado de lo que realmente ocurrió y que ha sido correctamente tipificado por la vía del art. 419 CP.

Como se expone por el TSJ en su sentencia “La prueba documental en que las grabaciones y su transcripción consisten son pruebas obtenidas lícitamente y con las necesarias garantías constitucionales y procesales, eran pruebas conocidas por todas las partes y tenían pleno acceso a las mismas en el plenario, se han practicado con absoluto respeto al derecho de contradicción de las partes, constituyen prueba suficiente de incriminación y han sido objeto de una valoración razonada por el Jurado y el Magistrado Presidente”.

El recurrente incide en ajustarse al periodo de tiempo sobre el que construye su alegato, pero se ha resuelto ya que se otorga plena validez al uso del art. 729 LECRIM y a su integración completa del visionado para saber qué ocurrió y ello es lo que integra el hecho probado que se cuestiona.

Con respecto a la alternatividad de la aplicación del art. 425 CP ya ha resuelto con acierto el Tribunal que:

“No cabe aplicar la vía del art. 425 CP

Ha de rechazarse igualmente la alternativa calificación de la defensa del acusado Sr. Suárez Peña -a la que se adhieren otras defensas- de la subsidiaria modalidad de cohecho del art. 425, simple y llanamente porque su apreciación resulta claramente incompatible con la apreciada y razonada modalidad del art. 419.

Dicho de otro modo, si se ha considerado probado que los acusados faltaron a la verdad en la confección del documento S-1, haciendo pasar por realizado el control efectivo del dinero declarado por los pasajeros a cambio de una determinada cantidad de dinero con beneficio patrimonial ilícito, lo que habría de constituir falsedad documental, y por tanto cohecho del citado art. 419, no puede sostenerse que la cantidad recibida fuere una propina o recompensa por el trabajo realizado.

Desde esta perspectiva sobra ya cualquier otra consideración sobre la singular similitud con los regalos de costumbre -vino, cajas de bombones,...- aludida por las defensas para explicar la recepción de dinero con una pretendida proyección en la exclusión de la antijuridicidad, ni aunque se entendiera que el coste de los cafés pedidos u ofrecidos alcanzaran el valor de los importes cuya entrega se aprecia en las grabaciones visualizadas en el plenario -50 €, 20 €-”.

Está correctamente aplicada la tipificación del art. 419 CP, ya que es acertada y suficiente la subsunción de los hechos en el tipo penal citado en cuanto a que como expone el Tribunal:

“Respecto del cohecho:

a.- Protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos.

b.- Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay, que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal.

c.- El bien jurídico protegido en el delito de cohecho es la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de la función.

d.- Son infracciones contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos a su misión pública como lo es el hecho ilícito y, por su parte, el particular ataca el bien jurídico consistente en el respeto que debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado.

e.- Consumación:

1.- Es un delito unilateral que se consuma por la mera "solicitud" u "ofrecimiento" de la dádiva "sin que sea necesario para la sanción ni la aceptación de la solicitud ni el abono de la dádiva, ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco evidentemente la condena del que hace o recibe el ofrecimiento, que caso de producirse, se sancionaría separadamente su concurso con el cohecho.

2.- El tipo delictivo se produce desde el momento en que la conducta tipificada por la ley se cumple por el sujeto, es decir, a partir del instante en que el funcionario solicita la dádiva o bien desde el momento en el que recibe o acepta el ofrecimiento o la promesa.

3.- La dinámica de la conducta típica pone de manifiesto que el cohecho pasivo propio es un delito unilateral, de mera actividad que se consuma con la mera solicitud, no siendo necesaria la producción de resultado material externo alguno para la consumación, esto es la aceptación de la

solicitud, en el abono de la dádiva, en la realización del acto delictivo o injusto ofrecido o solicitado como contraprestación.

4.- No es tampoco preciso para la consumación de esta modalidad típica del cohecho que el funcionario ejecute efectivamente el comportamiento contrario a derecho que de él se pretende o que el mismo se propone realizar con tal de recibir la dádiva, no se requiere que el funcionario cometa realmente el acto delictivo o injusto”.

No tiene encaje alguno la conducta probada con la proposición del art. 425 CP, por cuanto no se trató de una “recompensa”, o se refiera a un “acto propio en el ejercicio de su cargo en la redacción del precepto al momento de los hechos, ya que del hecho probado no se desprende en modo alguno que se actúe por recompensa, ni en modo alguno la conducta que llevó a cabo ya descrita puede encuadrarse como “acto propio de su cargo” cuando con el modus operandi llevado a cabo estaba perjudicando y dañando el fin previsto y establecido por la normativa de control y prevención del blanqueo de capitales.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO.- 3.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim., por aplicación indebida del art. 390.1.4º.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 9 al que nos remitimos en relación a la conducta probada del recurrente.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- 4.- Por indebida inaplicación del art. 21.6 CP como muy cualificada.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 5 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- 5.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.3º y 4º LECrim. por indebida denegación de preguntas.

La queja del recurrente se centra en el interrogatorio al testigo Guardia Civil H35996QA, por impedir el Magistrado Presidente que contestara a la pregunta, Ustedes solicitaron todos los S1 confeccionados desde septiembre del 2007 hasta junio del 2008. ¿Qué pasó con todas esas declaraciones, por qué no están incorporadas al procedimiento? Y al Guardia Civil número G-43032-T, por no dejar contestar al interrogante sobre si existía alguna consecuencia por el incumplimiento de esta norma, y ello, después de haber contestado dicho testigo que sí sabía que eran las Normas Técnicas de Funcionamiento de la Guardia Civil y que las mismas son de obligado cumplimiento.

Pues bien, la relevancia de esta queja casacional conlleva que se justifique su manifiesta y verdadera influencia en la causa, es decir, un pronóstico que muestre cómo la posible respuesta albergaba potencialidad para variar el sentido del fallo.

Hemos expuesto respecto a esta queja casacional que la misma pregunta sea pertinente, es decir, tenga relación con el hecho o extremo controvertido; que tenga manifiesta influencia en la causa; que se transcriba literalmente en el acta del juicio oral; y que se haga constar en la misma la oportuna protesta y que las preguntas denegadas por impertinentes tengan trascendencia para el enjuiciamiento, de modo que su contestación positiva obligaría a pronunciar un fallo distinto al en definitiva dictado.

Contundente es la respuesta que ya dio el TSJ a esta cuestión por mor del recurso de apelación, al apuntar que:

“El art. 709 LECRIM dispone que el Presidente del Tribunal no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Se trata de una norma, dice la STS. 44/2005 de 24.1Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección Ia, 24-01-2005 (rec. 2041/2003), destinada a evitar abusos en la práctica de la prueba testifical que, es claro, debe orientarse a la búsqueda de la verdad. Así la jurisprudencia señala que la pregunta es capciosa cuando en la forma en la que está planteada resulte engañosa, tienda a confundir al testigo y a provocarle una respuesta aparente o falsamente contradictoria.

La pregunta es sugestiva porque indica o provoca una respuesta afirmativa en conclusión racional de las afirmaciones previas que le sirven de sustento sobre determinados hechos, que se presentan como incontestables, sino que plantea la pregunta como una consecuencia necesaria de los hechos sugiriendo el asentimiento, de modo que prácticamente elimina la opción de una diferente a la que se desea obtener.

Y, en fin, la pregunta es impertinente, cuando no se refiere a la cuestión enjuiciada, sino a un hecho que puede tener plurales lecturas y que por tanto no puede aportar nada para el conocimiento de la cuestión enjuiciada. Es impertinente todo lo que queda extramuros de la teleología del proceso, de lo que en él se persigue resultando innecesario para la prueba del delito que se juzga.

...

En relación con el testigo GC H 35996 Q A, instructor de las diligencias, se denegó a la defensa del recurrente la siguiente pregunta: "Ustedes solicitaron todos los S1 confeccionados desde septiembre del 2007 hasta junio del 2008, ¿Qué pasó con todas esas declaraciones, porque no están incorporadas al procedimiento?".

En primer lugar, era al instructor de las diligencias y atestados al que correspondía valorar los documentos que eran relevantes para ser

incorporados a aquellas diligencias policiales en orden a la acreditación de los hechos investigados. Además, teniendo en cuenta los hechos por los que era acusado y enjuiciado el recurrente, acontecidos el día 13 de agosto de 2008, la *referida pregunta era impertinente porque venía a hacer referencia a otros documentos S-1 distintos*, que en nada afectaban a los concretos hechos imputados al recurrente y que, por tanto, carecían de virtualidad alguna en el enjuiciamiento y en el Veredicto y Fallo dictado.

Entre otros elementos de convicción expuestos por el Jurado, fue el documento S-1, de fecha 13 de agosto de 2008, incorporado al folio 2718, tomo 7, el que permitió al Jurado tener por acreditado que el recurrente había consignado SÍ en la casilla correspondiente, declarando así como verificado el importe que decía llevar el pasajero, sin que aquella verificación se hubiera llevado a efecto en la forma exigida para una verdadera comprobación de aquel importe, esto es, contando el dinero billete a billete bien a mano, bien con la máquina de la que se disponía al efecto. Ningún otro de los mencionados documentos S-1 afectaba al recurrente, a los hechos a él imputados ni a su defensa”.

En efecto, debe entenderse que las preguntas que se formulen a los testigos en el “*direct examination*” y en el “*cross examination*” deben ser pertinentes, entendida como oportuna y adecuada en relación con la cuestión debatida en el proceso.. La "pertinencia" es la relación entre las preguntas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye *thema decidendi*, o, también, el tema *adiuvandi*, o juicio de oportunidad o adecuación. Se predica pertinente en el sentido de concerniente o atinente a lo que en el procedimiento en concreto se trata, es decir, que "venga a propósito" del objeto del enjuiciamiento, que guarde auténtica relación con él, quedando rechazadas las que no cumplan este presupuesto, o sean inductivas o se lleven a cabo para obtener respuestas.

Es lo que se denomina la técnica del *Leading questions* con el fin de evitar sesgos en la formulación de las preguntas y no hacer preguntas que "presupongan su respuesta" (esto es, preguntas que induzcan a dar una

determinada). Dichas preguntas no están permitidas en el *direct examination* pero sí están permitidas en el *cross examination*. Es por ello, por lo que lo que es admitido en el interrogatorio de testigos sin matices es el denominado *Non-leading questions*, es decir, preguntas no coaccionadas que dejan a la persona libertad para expresar su opinión y sus sentimientos. Es lógico que en el *direct examination* no se permitan para evitar que el letrado que interroga a sus testigos pueda dirigir el interrogatorio y obtener las respuestas que desee, pero este peligro no existe en el *cross examination*.

En este caso la pregunta fue declarada impertinente, por cuanto como expone el TSJ en su sentencia el objeto era ajeno a lo que se estaba tratando, y en cuanto a las fechas que eran precisas y la relación de los documentos con las fechas. En cuanto a los S-1, los relevantes para el pronunciamiento jurisdiccional eran los que se referían a los hechos objeto de enjuiciamiento con independencia de que, del mismo modo, la representación del recurrente pudo interesar que se unieran a las actuaciones los que considerara precisos para su defensa.

Pero es que, por otro lado, visto el escrito de proposición de prueba del recurrente este testigo no fue propuesto por él, sino por el Ministerio Fiscal, como se coteja al comprobar los respectivos escritos de calificación, ya que el citado testigo fue propuesto por el Ministerio Fiscal y el recurrente interrogó en el turno del denominado *cross examination*. Por ello, conocer qué ocurrió con las declaraciones referidas a otras circunstancias, o las consecuencias del incumplimiento de la norma de funcionamiento quedan al margen del *direct examination* de quien propone al testigo, y ello tiene sus limitaciones en el marco de actuación del juicio oral, ya que como apunta la sentencia de esta Sala de Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 459/2019 de 14 Oct. 2019, Rec. 20907/2017 en el conocido “Juicio del procés”:

“Con respecto al art. 708 LECRIM, en su primer párrafo se dispone que “el Presidente preguntará al testigo acerca de las circunstancias expresadas en el primer párrafo del artículo 436, después de lo cual la parte que le haya presentado podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente. Las

demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones" .

Como puede apreciarse, la redacción originaria de la LECrim lleva a sus últimas consecuencias el verdadero significado del principio de contradicción. Tras las preguntas predefinidas por el art. 436 -generales de la ley-, encaminadas a conocer la posible relación del testigo con el objeto del proceso o con alguna de sus partes, el Presidente ha de dar oportunidad a quien lo haya propuesto para formular las preguntas que tenga por conveniente. Terminado su interrogatorio, es el turno de las demás partes. Pero las preguntas susceptibles de formulación condicionan el juicio de pertinencia a que se formulen "a la vista de sus contestaciones" . Solo entonces se está haciendo realidad el interrogatorio cruzado que anima y da vida al principio de contradicción y, con él, al derecho de defensa.

Cuando, como en este caso, la defensa propugna una interpretación en la que el turno de repreguntas no conozca límites, se está arriesgando a que sus testigos se conviertan en testigos de cargo. Para ello solo es necesario contar con la habilidad del Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones. Si después del interrogatorio de la defensa el Presidente de la Sala permitiera que las repreguntas del Fiscal no fueran tales, sino que abordaran aspectos que no han aflorado en el examen verificado por la defensa, se produciría una mutación de la prueba de descargo. El Letrado que la hubiera propuesto tendría que observar con resignación y paciencia, cómo su testigo sería implacablemente interrogado sobre aspectos que interesarán al Fiscal y que no tuvieran la más mínima conexión con las razones que justificaron la llamada de ese testigo como testigo de descargo. Bien es cierto que ese defecto podría aliviarse si se abriera un nuevo turno de repreguntas que diera a la defensa oportunidad para contradecir las respuestas ofrecidas por el declarante. Pero bastaría que cualquiera de esas preguntas en turno de réplica desbordara los términos del contrainterrogatorio del Fiscal para tener que abrir un nuevo debate. Se estaría alentando así un encadenamiento dialéctico de la prueba testifical que implicaría, además de una permanente confrontación ajena al principio contradictorio, una vulneración del derecho de defensa.

Podemos recordar que la norma procesal parece descansar sobre el modelo americano, huyendo de la permisividad del modelo inglés. Y ello, por cuanto cuando da lugar al interrogatorio cruzado del letrado/a que interroga al testigo propuesto por la otra parte hace mención a que podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones. Es decir, que solo y exclusivamente podrán dirigirles preguntas en relación a los hechos que hayan sido debatidos y traídos al interrogatorio por el letrado/a que propuso al testigo. De no ser así y apostar por un modelo más abierto en el que cualquier letrado/a pudiera introducir hechos nuevos en el interrogatorio del testigo de la parte contraria nos encontraríamos con la necesidad de articular un sistema de repreguntas de la parte que propuso al testigo acerca de las preguntas nuevas del letrado no proponente respecto de hechos que no habían sido traídos al juicio por el letrado que, con su proposición probatoria, quería probar un determinado hecho. Ello nos llevaría a un círculo de intervenciones y réplicas no deseados por la norma procesal penal en la técnica del interrogatorio.

Así las cosas, podemos asegurar que cuando el legislador redactó el art. 708 LECRIM apostó por un *cross examination* del que se desprende por su técnica que el letrado/a que quisiera interrogar a los testigos sobre un determinado hecho los debe proponer, y no pueden, por ello, utilizarse los testigos de la parte contraria para este fin. Ni tan siquiera es válido hacerlo valer de forma sorpresiva en el momento de la declaración, por cuanto los límites de la proposición de prueba lo son en el momento de los escritos respectivos de acusación y defensa y/o al inicio del juicio oral. Pero tampoco podría aprovecharse la vía del art. 786.2 LECRIM, por cuanto cuando este precepto da opción a la parte a que se propongan para practicarse en el acto se está refiriendo a pruebas «no propuestas» por ninguna de las partes hasta ese momento y que se proponen al inicio del juicio. Constituiría un fraude de ley pretender que un testigo que ha propuesto la parte contraria quiera «hacerlo suyo» el letrado/a que no lo hizo mediante la vía del art. 786.2 LECRIM, para evitar los límites antes señalados del *cross examination* en el art. 708 LECRIM.

No se puede convertir el día del juicio un testigo de cargo o descargo de una de las partes en «de descargo o de cargo», según la parte contraria, de tal manera que actuaría como de cargo y descargo al mismo tiempo para evitar los límites que antes hemos referido. Distinta cuestión es cuando los testigos son propuestos inicialmente por ambas partes de modo directo.

En este sentido, el abogado/a contrario en el *cross examination* solo puede dirigir preguntas al testigo propuesto por la otra parte y sobre los hechos que, previamente, ésta le ha interrogado, no de otros. Vemos, pues, que el límite está en los hechos, no en el contenido o forma de preguntas respecto a esos hechos.

En este caso, las cuestiones suscitadas excedían del objeto del interrogatorio y el Presidente las declaró impertinentes.

Además, añade el TSJ en su sentencia que:

“En relación al testigo GC G43032 T, se le denegó por el Magistrado Presidente preguntas relativas a las normas técnicas de funcionamiento de la Guardia Civil y si era necesario su cumplimiento por los agentes. Las referidas preguntas no se admitieron por el Magistrado Presidente y deben considerarse impertinentes porque carecen de relación con los hechos objeto del enjuiciamiento y no permiten cambiar el sentido del Veredicto del Jurado y del Fallo la sentencia; con aquellas preguntas parece que se trata de insinuar poco menos que el recurrente se vio obligado a delinquir por razón de obediencia debida a sus superiores, siendo chocante considerar que el cumplimiento de una orden técnica de funcionamiento pueda incitar al delito”.

En cualquier caso, resulta evidente la no pertinencia de la pregunta acerca de las normas técnicas de funcionamiento de la Guardia Civil y si era necesario su cumplimiento por los agentes. La pregunta dirigida al Guardia Civil G43032T sobre si existía alguna consecuencia por el incumplimiento de las Normas Técnicas de Funcionamiento de la Guardia Civil, muestra por sí

misma su irrelevancia para el fallo y, menos, cuando lo que se pretende, según expone el Motivo, es llegar a la afirmación de que los agentes no tenían que contar billete a billete las cantidades de dinero que portaban las personas que pasaban la Aduana. No puede estimarse la pertinencia de preguntarle a un agente policial si conoce las consecuencias del incumplimiento de las normas, o si éstas normas son de obligado cumplimiento.

Pretende el recurrente sostener que la pregunta hubiera alterado el sentido del fallo en orden a que los agentes no tenían que reflejar el importe exacto en los documentos, sino un valor estimado o aproximativo, pero no hay que olvidar que existe un nexo de unión entre el cohecho y la falsedad en cuanto a lo que se pretendía, no en cuanto al concurso medial que se ha suscitado, como se ha expuesto. Se realizó el acto de cohecho, y además de produjo la alteración documental, porque tal alteración supuso un ilícito adicional al de cohecho ante la evidencia de que esa no fijación en el documento de la suma real estaba conectado con el operativo que se llevaba a cabo, aunque ello no permite, a su vez, acudir al concurso medial.

El motivo se desestima.

RECURSO DE MIGUEL MUÑOZ ORTEGA

TRIGÉSIMO TERCERO.- 1.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un juicio justo sin dilaciones indebidas (art. 24-1 y 24-2 de la CE).

Se sostiene por el recurrente que no existe prueba que acredite que actuara de común acuerdo con los otros dos agentes (J.S. Alemán y J.J. Pérez Morata), alegando que no era suya la voz que se escucha en las grabaciones y que en los escasos minutos de la grabación que se visiona no existe actuación del mismo que sea constitutiva de delito. Se auto excluye de la intervención delictiva del resto y entiende que tanto el Jurado como el TSJ en su revisión de la valoración probatoria incurre en error.

Ante ello, debemos remitirnos a lo expuesto en el FD nº 1 de la presente resolución en cuanto al filtro ya existente, previo a la casación, del TSJ en su proceso de revisión de la prueba practicada, pretendiendo el recurrente una nueva revaloración de la prueba practicada y valorada por el jurado, y refrendada por el Magistrado Presidente en la sentencia, así como el proceso de revisión de la misma por el TSJ.

Recordemos que es hecho probado que:

“HECHO F.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa, D. Miguel Muñoz Ortega y D. José Juan Pérez Morata como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 22:00 horas del día 10 de agosto y las 6:00 horas del día 11 de agosto de 2008.

D. ACHBIK HAMMA, con número de pasaporte P823794 mayor de edad y natural de Marruecos, arribó al aeropuerto de Gran Canaria sobre las 23:00 horas del día 10 de agosto de 2008, dirigiéndose a la oficina del resguardo Fiscal a fin de declarar los 200.000 que afirmaba traer.

Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa, D. Miguel Muñoz Ortega y D. José Juan Pérez Morata, puestos de común acuerdo, y al margen de cuál de los tres verbalizara la petición lo que no ha podido concretarse, pidieron a D. ACHBIK HAMMA dinero a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar haciendo entrega aquél de 120 €.

Tras lo anterior, el acusado D. José Santiago Alemán Sosa, al diligenciar el apartado 8.2 del documento oficial aduanero S-1 de declaración de movimiento de medios de pago en relación a la cantidad que declaraba D. ACHBIK HAMMA, consignó sí en la casilla "verificado importe declarado" sin contar billete a billete el dinero que éste portara”.

El Magistrado-Presidente del Jurado expuso en su sentencia tras la motivación del veredicto del Jurado que:

“Resulta advertible un juicio razonado y suficientemente explicativo de tal conclusión, valorando las grabaciones de la cámara situada en el resguardo Fiscal visualizada en el plenario con sometimiento al principio de contradicción, realizada precisamente durante el interrogatorio de los acusados afectados, quiénes han dispuesto de la posibilidad de ofrecer una explicación razonable y alternativa a lo visto, o la que tuvieran por conveniente sobre el alcance de lo observado.

Tan clara es la explicación del Jurado que basta con acudir al veredicto, en que literalmente recogen los diálogos entre los acusados, que no puede llegarse a otra consideración racional.

Desde luego que es admisible en el legítimo ejercicio del derecho de defensa no ver ni escuchar lo que se constata en las grabaciones, más lo sustancial dada la labor asignada a este Magistrado-Presidente, es constatar que:

- 1.- Se practicó la prueba en el plenario.
- 2.- Que la misma se sometió a contradicción.
- 3.- Que la misma es hábil para desvirtuar la presunción de inocencia visto su contenido, y
- 4.- Que el Jurado ha explicado con suficiencia el razonamiento sobre la prueba que ha tomado en consideración para ello.

Y aunque respecto de alguno de estos hechos no reproducen con literalidad los diálogos, hacen mención a la grabación visualizada que efectivamente proporciona datos de tal contundencia que, aplicando un criterio

de racionalidad, no se entiende necesario mayores adiciones, máxime en cuanto no se trata de explicar la credibilidad de un testigo, sino de constatar el resultado de una prueba objetiva del hecho relacionada con su grabación que resulta irrefutable”.

El TSJ entra en primer lugar a valorar la no comparecencia del testigo en el juicio señalando que:

“No se discute que efectivamente hubiera sido admitida la prueba propuesta de declaración en juicio del coacusado Achbick Hamma, sino que, en este supuesto, no se ha suspendido el juicio oral porque el coacusado no ha sido habido, no obstante haber sido llamado por requisitorias y, en consecuencia ha sido declarada su rebeldía por Auto de 13 de junio de 2017”.

Es decir, el Tribunal agotó las vías de localización del testigo, pero al no ser localizado así se hizo constar y continuó el juicio como es lo procedente ante la constatada ilocalización del testigo.

Continúa el TSJ afirmando en cuanto a la alegada presunción de inocencia que:

“Se alega por el recurrente que existe un error del Jurado al dar por probado que Miguel Muñoz Ortega se puso de común acuerdo con los otros agentes que estaban con él de guardia el día 10 de agosto de 2008, para pedir dinero al pasajero Achbick Hamma, pues en la grabación vista en el plenario no se ve al recurrente ni ponerse de acuerdo con sus compañeros ni pedir dinero alguno. Igualmente se alega que no se ha practicado pericial de voz que permita acreditar que es del recurrente una de las voces que se oyen en la grabación, lo que ha sido negado por aquel, y, así mismo, se expone que no existe prueba que acredite la participación del acusado en el delito de falsedad por el que ha sido condenado.

Debe señalarse que por la defensa no se discute la licitud de la prueba documental incorporada al proceso, ni que la misma haya sido practicada vulnerando los principios procesales del juicio oral.

En orden a la suficiencia de la prueba y el carácter de cargo de la misma, el Jurado, al declarar probado por unanimidad el hecho 2º-e, punto 8), del Apartado Séptimo del Objeto del Veredicto declara lo siguiente: "Los acusados D. José Santiago Alemán Sosa, D. Miguel Muñoz Ortega y D. José Juan Pérez Morata, puestos de común acuerdo, y al margen de cuál de los tres verbalizara la petición lo que no ha podido concretarse, pidieron a D. ACHBICK HAMMA dinero a cambio de no contar billete a billete el dinero que iba a declarar haciendo entrega aquel de 120 euros".

Como elementos de su convicción señala el Jurado la grabación del 10 de agosto de 2008, entre las 23:17 y las 23:25, folios 178 a 181, la papeleta de servicio en la que queda constancia de la presencia del recurrente durante el turno de las 22:00 horas del 10 de agosto de 2008 a las 6:00 horas del día siguiente y el documento S-1 unido al folio 2692, Tomo 7, documento 993.

El Magistrado Presidente, al concretar la prueba de cargo expone textualmente lo siguiente: "CUARTO.- Respecto de los hechos B, D, E, F, G, H, I, J, K, y L, también se constata prueba de cargo hábil y suficiente para considerarlos acreditados tal y como así ha sido por el Jurado. Resulta advertible un juicio razonado y suficientemente explicativo de tal conclusión, valorando las grabaciones de la cámara situada en el resguardo Fiscal visualizada en el plenario con sometimiento al principio de contradicción, realizada precisamente durante el interrogatorio de los acusados afectados, quienes han dispuesto de la posibilidad de ofrecer una explicación razonable y alternativa a lo visto, o la que tuvieran por conveniente sobre el alcance de lo observado.

Tan clara es la explicación del Jurado que basta con acudir al veredicto, en que literalmente recogen los diálogos entre los acusados, que no puede llegarse a otra consideración racional.

Desde luego que es admisible en el legítimo ejercicio del derecho de defensa no ver ni escuchar lo que se constata en las grabaciones, más lo sustancial dada la labor asignada a este Magistrado-Presidente, es constatar que se practicó la prueba en el plenario, que la misma se sometió a contradicción, que la misma es hábil para desvirtuar la presunción de inocencia visto su contenido, y que el Jurado ha explicado con suficiencia el razonamiento sobre la prueba que ha tomado en consideración para ello.

Y aunque respecto de alguno de estos hechos no reproducen con literalidad los diálogos, hacen mención a la grabación visualizada que efectivamente proporciona datos de tal contundencia que, aplicando un criterio de racionalidad, no se entiende necesario mayores adiciones, máxime en cuanto no se trata de explicar la credibilidad de un testigo, sino de constatar el resultado de una prueba objetiva del hecho relacionada con su grabación que resulta irrefutable". En definitiva, la presunción de inocencia no debe confundirse con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador".

En consecuencia, lo que realmente expone es una distinta valoración de la prueba a la efectuada por el Tribunal del Jurado, comprobada y confirmada por el Tribunal Superior con ocasión del recurso de apelación, como ya se ha expuesto antes, ya que aunque en esta sede pretenda minusvalorar el grado de participación del recurrente, la audición de la grabación, y la presencia en lo que resultó de la misma del mismo conlleva que el jurado haya otorgado valor de prueba de cargo a lo que escuchó en relación a lo que materialmente ocurrió, y ello lo argumenta en el veredicto, dándole validez como suficiente el Magistrado-Presidente así como el TSJ. Por ello, la disparidad del recurrente en torno a que es un error la conclusión llevada a cabo por el Jurado queda fuera del marco que se plantea en torno a la existencia de prueba de cargo válida y valorada aun con la oposición del recurrente. Asimismo, en el juicio oral, tanto los miembros del Jurado como el Magistrado Presidente pudieron constatar, directa y personalmente, que la voz

del recurrente, al que oyeron, se correspondía con la escuchada en la grabación y, por ello, identifican su voz y le atribuyen las palabras que dijo.

No tiene cabida en esta sede un proceso de revisión de la valoración, sino la constatación de que la prueba es suficiente y de cargo y de la motivación del TSJ frente a la distinta percepción de lo ocurrido del recurrente, concluyendo el TSJ en su sentencia que “siendo cierta su presencia en la oficina de la Unidad Fiscal del Aeropuerto en la fecha de los hechos, como se reconoce en el propio recurso, se ha considerado acreditado que los agentes de la Guardia Civil inculpados actuaban de común acuerdo y con un concierto previo, independientemente de quien verbalizara la solicitud de dinero, siendo todos ellos partícipes de los hechos. En base a ese acuerdo y concierto previos, y siendo indiferente cual de los agentes rellenara materialmente el documento S-1, la conducta falsaria se extiende también al recurrente quien, con su anuencia a la conducta desarrollada, es también partícipe del delito”.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO CUARTO.- 2.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim., por indebida aplicación de los arts. 419 y 390.1.4º CP.

Este motivo está relacionado con el anterior, ya que pese a su formulación se insiste en la inexistencia de prueba de cargo, cuando ésta existe, conforme se ha explicado y atrae la condena por ambos tipos penales en base al proceso de subsunción jurídica de los hechos probados, ya que si se sostiene el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM la subsunción es correcta.

En base a los hechos el recurrente fue condenado como autor penalmente responsable de:

A) un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP a las penas de 2 años de prisión, 120 € de multa con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, 7 años de inhabilitación

especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

B) un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º del CP a la pena de 3 años de prisión, multa de 6 meses a razón de 10 € de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas, inhabilitación especial para empleo y cargo público por 2 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

La redacción del hecho probado conlleva el proceso de tipicidad que se ha explicado con detalle por el Magistrado-Presidente.

El Tribunal ha explicitado al respecto que:

“La redacción circunstanciada de tales hechos pone de manifiesto la existencia de un plan preconcebido por sus autores, e incluso de aprovechamiento de la misma ocasión, para lucrarse indebidamente mediante la exigencia y consecutiva obtención de un beneficio económico por parte de los acusados, de entrega de dinero y/o parte de la mercancía introducida sin controlar, a cambio en unos casos de falsear la declaración de movimientos de pago, en otra para no fiscalizar la mercancía que se trataba de introducir, lo cual fluye con absoluta naturalidad de la lectura de esos hechos considerados probados por el Jurado”.

Y en el juicio de tipicidad es clara exacta la explicación dada en torno a:

“Títulos de imputación:

Dicho esto, los títulos de imputación contemplados por el Ministerio Fiscal en el escrito de conclusiones definitivas giran en torno al

a.- Delito de cohecho, apreciado en diversas modalidades dentro de las previstas en el CP en los arts. 419 a 426 vigentes en la fecha de los hechos -

anterior a la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio-, y en función de las características fácticas de cada uno de los declarados como probados;

b.- Y además un delito de falsedad en documento oficial atribuido a funcionarios públicos del art. 390.1.4º.

Respecto del cohecho:

a.- Protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos.

b.- Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay, que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal.

c.- El bien jurídico protegido en el delito de cohecho es la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de la función.

d.- Son infracciones contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos a su misión pública como lo es el hecho ilícito y, por su parte, el particular ataca el bien jurídico consistente en el respeto que debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado.

e.- Consumación:

1.- Es un delito unilateral que se consuma por la mera "solicitud" u "ofrecimiento" de la dádiva "sin que sea necesario para la sanción ni la aceptación de la solicitud ni el abono de la dádiva, ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco evidentemente la

condena del que hace o recibe el ofrecimiento, que caso de producirse, se sancionaría separadamente su concurso con el cohecho.

2.- El tipo delictivo se produce desde el momento en que la conducta tipificada por la ley se cumple por el sujeto, es decir, a partir del instante en que el funcionario solicita la dádiva o bien desde el momento en el que recibe o acepta el ofrecimiento o la promesa.

3.- La dinámica de la conducta típica pone de manifiesto que el cohecho pasivo propio es un delito unilateral, de mera actividad que se consuma con la mera solicitud, no siendo necesaria la producción de resultado material externo alguno para la consumación, esto es la aceptación de la solicitud, en el abono de la dádiva, en la realización del acto delictivo o injusto ofrecido o solicitado como contraprestación.

4.- No es tampoco preciso para la consumación de esta modalidad típica del cohecho que el funcionario ejecute efectivamente el comportamiento contrario a derecho que de él se pretende o que el mismo se propone realizar con tal de recibir la dádiva, no se requiere que el funcionario cometa realmente el acto delictivo o injusto.

...

Falsedad:

La adecuación normativa del hecho probado al tipo de falsedad analizado es sin duda evidente.

Los acusados estaban destinados funcionalmente al Resguardo Fiscal, una de cuyas funciones esenciales era la de verificar el importe real que entraba en España procedente del extranjero, como una medida impuesta por el Estado en el marco del control y prevención del blanqueo de capitales.

Sobra ahora ahondar sobre la importancia de esta función, acerca de lo cual ya se expuso oportunamente el criterio del Jurado al declarar probado que esa función conllevaba contar billete a billete el dinero que se declaraba.

También se indicó en su momento, que las defensas han venido insistiendo hasta la saciedad, en la línea de la inocuidad de la conducta que la convertiría en atípica, por el hecho de que si no se ha comprobado en cada caso que efectivamente la cantidad consignada en el modelo S-1 se correspondía con la que traía el pasajero, lo que conllevaba que los investigadores contaran el dinero al pasajero una vez que entrare en territorio español, no cabe presumir lo contrario, de lo cual extraen la singular consecuencia de que si no se prueba la discordancia no existe daño.

El error de planteamiento es evidente.

A los acusados no se les acusa porque el dinero declarado no coincida efectivamente con el que entrare en territorio español.

Ciertamente, al no hacerse lo que reprochan, esto es, que los investigadores realizaren ese recuento con posterioridad, no es posible saber qué dinero entraba en España.

Más justamente esa es la finalidad que tenía el modelo S-1 y el control asignado a los funcionarios acusados, pues el Estado crea la norma encaminada a controlar el dinero que entra en el país, y asigna funcionalmente el control, sustancial en el cometido de la lucha contra el blanqueo de capitales, a funcionarios públicos que ostentan la condición de agentes de la Guardia Civil, que si bien orgánicamente siguen teniendo esta condición, dependiendo por ello de su escala jerárquica todo lo relacionado a destinos, permisos, retribuciones y régimen disciplinario, funcionalmente dependen de la agencia tributaria, y más directamente de la administradora de aduanas, que es la que fija los criterios en la realización de tal labor, recordando al efecto que la administradora de aduanas del aeropuerto de Gran Canaria en la fecha

de los hechos, y que declarara como testigo, fue clara y rotunda en cuanto a que verificar conllevaba contar billete a billete el dinero en cada caso.

Por tanto, el delito se comete cuando los agentes afirman haber realizado el cometido que consignan en el documento, esto es, verificar el dinero declarado contándolo de modo que la cantidad declarada sea la real, sin haber hecho tal esencial función, de modo que, a cambio de una determinada cantidad de dinero -lo que revela sin lugar a dudas el exacto conocimiento que tenían del alcance de su cometido, excluyendo de paso la singular mención a la figura de falsedad por imprudencia grave-, falseaban en el sentido penal de la expresión una parte fundamental del modelo S-1 faltando a la verdad en la narración de los hechos, pues consignaban "sí" en la casilla "verificado importe declarado", que conllevaba -lo que para ellos era perfectamente conocido- que debían contar el dinero billete a billete- sin haber realizado dicha función.

Y tal alteración de la realidad es sin duda potencialmente lesiva, pues suponía de facto hacer desaparecer el control que debían realizar acerca del dinero que entraba en España, siendo esa alteración de la realidad lo que ostenta la potencialidad lesiva debido a los efectos propios del documento así confeccionado, que generaba un estado de certidumbre y de seguridad jurídica acerca de lo que se declaraba y se trataba de introducir en el país.

El dominio del hecho de los intervinientes con independencia de quien confeccionaba el documento:

Por lo demás, no estando ante un delito de propia mano, de modo que lo sustancial es el dominio funcional del hecho, de la relacionada redacción de los hechos declarados como probados se infiere con evidente claridad que con independencia de quién confeccionase el documento S-1 en cada caso, existía un propósito común y por tanto un concierto conjunto entre los agentes que intervenían en el acto, de falsear la realidad para obtener un lucro indebido no haciendo lo que debían, siendo luego la ejecución de tal acuerdo mediante la falsedad meramente circunstancial, en cuanto el modelo S-1 lo rellenaba uno

solo de los agentes, estando todos ellos facultados para efectuar tal diligenciamiento, por lo que han de participar de todo el conjunto delictual que conforma el art. 419, pero también la falsedad ideológica del art. 390.1.4º en concurso real de delitos”.

Ante la claridad del proceso de subsunción es correcta la determinación del tipo penal en cada caso y conlleva la desestimación del motivo.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO QUINTO.- 3.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim., por indebida inaplicación del art. 21.6 CP como muy cualificada.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 5 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SEXTO.- 4.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim. por infracción del principio de proporcionalidad de las penas (art. 72 CP).

Se argumenta la determinación de la pena en este caso por el Tribunal fijando que:

"MIGUEL MUÑOZ ORTEGA

Se le ha considerado responsable de:

a.- Un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del CP castigado con prisión de 2 a 6 años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 12 años; y

b.- Un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1.4º CP castigado con prisión de 3 a 6 años, multa de 6 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 2 a 6 años; por el HECHO F.

La representante del Ministerio Fiscal le interesa por el delito de cohecho 2 años de prisión, 400 € de multa (con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, art. 53.2 del CP) y 9 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Por el delito de falsedad en documento oficial la pena de 4 años de prisión, multa de 10 meses a razón de 10 € de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas (art. 53.1 CP), y la inhabilitación especial por 4 años.

Como penas accesorias la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena.

Entiendo que la imposición del mínimo legal resulta más que suficiente en relación a la gravedad del hecho, de tal forma que se le impone:

a.- Por el delito de cohecho 2 años de prisión, 120 € de multa (con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, art. 53.2 del CP), y 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

b.- Por el delito de falsedad en documento oficial la pena de 3 años de prisión, multa de 6 meses a razón de 10 € de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa insatisfechas (art. 53.1 CP), y la inhabilitación especial por 2 años.

Como penas accesorias la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena”.

No hay base para su modificación, dado que no se apreció el carácter que propugna de muy cualificada de la atenuante de dilaciones indebidas.

El motivo se desestima.

RECURSO DE LUIS MANUEL QUINTANA MEDINA

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- 1.- Infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim.), por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) e infracción de ley sustantiva por quebrantamiento de normas y garantías procesales causantes de indefensión (art. 11.1 LOPJ) (art. 849.1º LECrim.), ambos por ilicitud de las grabaciones autorizadas por la Juez de Instrucción.

Se alega por el recurrente que las imágenes y sonidos a los que sirve de soporte los DVD,s después incorporados a los autos, previa autorización para su utilización por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Telde, se obtuvieron a través de equipos técnicos instalados por agentes de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Las Palmas, con el apoyo de agentes del Servicio de Asuntos Internos de la Guardia Civil, en las dependencias de la Unidad Fiscal de la Guardia Civil en el Aeropuerto de Gran Canaria, con cometidos de resguardo fiscal del Estado, concretamente en el falso techo de la oficina de atención a los pasajeros ubicada en la sala de llegadas de vuelos internacionales del referido aeropuerto.

Alega que la obtención de las imágenes fue contraria a la legalidad pues, según parece sostener, no concurrieron indicios objetivos suficientes para la autorización judicial, los que se hicieron constar son obtenidos por comentarios y rumores, califica incorrectamente los hechos e, igualmente, considera irregular la prórroga de observación, grabación y escucha.

Esta cuestión fue resuelta por el TSJ al resolver ya el recurso de apelación apuntando que:

“Consta en el Antecedente Segundo de la resolución recurrida que el Magistrado Presidente del Jurado dictó Auto de fecha 25 de julio de 2016, reproducido en la sentencia, por virtud del cual desestimó las cuestiones previas planteadas por alguna de las partes, entre ellas el aquí recurrente, de conformidad con el artículo 36 de la LOTJ.

Recurrido dicho Auto en apelación, pero firme para el ahora recurrente que no impugnó la resolución del Magistrado Presidente de 25 de julio de 2016, esta Sala dictó resolución de fecha 15 de noviembre de 2016, aclarada y complementada por Auto de 12 de diciembre de 2016, que, aún no afectando al recurrente, argumenta lo que sigue en el Razonamiento Jurídico Segundo, Apartado B): "En segundo término, insiste el apelante en la nulidad del Auto que autorizó las escuchas y sus prórrogas.

Al efecto, basta repetir que el Auto valoró adecuadamente la concurrencia de los tres requisitos antes indicados (idoneidad, necesidad y proporcionalidad, ex STS 27-7-16, entre las más recientes y TC.80/2011, aparte de los requisitos formales y temporales a los que se refieren los arts. 656 y 784 LECr., de la solicitud de las diligencias), sobre todo teniendo en cuenta la capital circunstancia de la condición de Guardias Civiles de los investigados y el lugar en el que se realizaban los hechos presuntamente delictivos (en la propia Oficina de la Guardia Civil en el Aeropuerto)".

Es decir, este propio Tribunal se ha pronunciado sobre el motivo de impugnación que se deduce por el apelante, que no es otro que el de la ilicitud de las grabaciones autorizadas por el Juez de Instrucción, no obstante haber quedado para él firme y consentida la resolución del Magistrado Presidente de 25 de julio de 2016, incorporada en lo que a él y su escrito de cuestiones previas se refería a los folios 9, in fine a 17 de la sentencia de instancia. Razonamientos Jurídicos Tercero, Cuarto y Quinto. Estimamos que no procede resolver acerca de lo que ya ha sido decidido en resolución firme y consentida por el aquí recurrente, y que, por ello, esta decisión no puede entenderse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, precisamente

porque el planteamiento del recurrente ya obtuvo una respuesta motivada y fundada en Derecho y a ella se aquietó”.

El recurrente sostiene al respecto que:

“Esta parte, en uso de las alternativas procesales de las que era acreedora, conforme con el artículo 678 párrafo 2º, en vez de impugnar la resolución que le era desfavorable, optó por reproducir nuevamente las cuestiones previas expuestas en el recurso de apelación contra la sentencia. Elegir esta última vía, en modo alguno, debe tenerse por firme y consentido, respecto de esta parte, el auto del 25 de julio de 2016, como se expone en la sentencia que ahora se recurre en casación. Al margen de lo expuesto, en la sentencia objeto de recurso, la Sala de apelación no fundamenta la desestimación de dicho motivo, más allá de efectuar una remisión a la resolución de la misma Sala de 15 de noviembre de 2016”.

Sobre el aquietamiento de la parte al respecto de la decisión de injerencia resulta acertada la posición de la fiscalía en torno a que el precepto invocado por el recurrente, art. 678, párrafo 2º, LECrim., en contra de lo que sostiene, no ofrece alternativa procesal alguna. Es más, prohíbe para el procedimiento previsto en la LO del Tribunal del Jurado lo que en su párrafo 1º autoriza para el procedimiento ordinario. Y, ello se debe a la singular tramitación que se sigue en el segundo de los procedimientos indicados.

En efecto, el art. 36 LOTJ autoriza el planteamiento de cuestiones previas al tiempo de personarse las partes ante el Órgano de enjuiciamiento. Y, según el art. 36.2, a las mismas se les dará la tramitación establecida en los artículos 668 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Conforme al art. 676, la resolución de las mismas por el Magistrado Presidente es recurrible en apelación ante el Tribunal Superior.

En otras palabras, cuestiones relevantes para el fallo definitivo como la que se está tratando, quiere la Ley que no se planteen en presencia del Tribunal del Jurado a fin de evitar improcedentes e indeseadas influencias, que

sean resueltas por el Magistrado Presidente dada la obvia imposibilidad del Jurado de decidir las mismas y, del mismo modo, ante su trascendencia penal o procesal penal, que el pronunciamiento de aquél sea susceptible de recurso ante el Órgano competente para resolver el recurso de apelación contra la sentencia definitiva.

La cuestión invocada por el recurrente, con independencia de que no es acogible, ya fue resuelta por el Magistrado Presidente y a su pronunciamiento se aquietó sin perjuicio de que fuera confirmada por el TSJ al resolver el recurso de apelación interpuesto por otras partes.

En cualquier caso, no puede estimarse la pretendida existencia de la ilicitud de las grabaciones autorizadas por la Juez de Instrucción, ya que se contó con una denuncia por unos hechos presuntamente delictivos y sobre lo que los agentes instructores no tienen entidad para calificar los hechos, sino que reciben una denuncia por unos hechos de gravedad, y es ello lo que permite montar el operativo de investigación al respecto y concluir interesando la medida de injerencia, y en un caso tan especial en el que los propios investigados forman parte de las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, lo que eleva el especial tratamiento que debe darse a una investigación en la que los propios agentes son los investigados.

Por otro lado, que la juez haga mención en su auto de validación de la injerencia a *sospechas fundadas* no conlleva que se trate de una investigación prospectiva, sino que existe una denuncia por hechos tan graves de corrupción como los que fueron puestos en conocimiento de los agentes por el ciudadano Kantaoui.

Recordemos que el hecho probado en lo que se refiere a esta persona y lo que ocurrió con ella señala que:

“En horas de la tarde del 30 de enero de 2008, llegó al aeropuerto de Gran Canaria procedente del Aiun D. MOHAMED KANTAOUI HABIB, quien debía de pasar por las oficinas de la zona de llegadas del Resguardo Fiscal de

la Guardia Civil del Aeropuerto de Gran Canaria, a fin de declarar el *dinero que traía en efectivo y que afirmaba ascender a 30.000 €.*

El SR. KANTAOUI se olvidó de manifestar que portaba ese dinero, siendo interceptado tras detectarse la presencia del mismo en su maletín al pasar por la máquina de rayos X existente en la zona aduanera, instante en que fue requerido por uno de los agentes que se encontraba en la zona a efectos de indagar lo acontecido.

En esos momentos se encontraba ejerciendo sus funciones de control en dicha zona el sargento de la Guardia Civil y máximo responsable del grupo fiscal, el acusado D. Salvador Espuey Millán.

En ese momento, y con ánimo de enriquecimiento ilícito el acusado D. Alfonso Ramírez Pérez, quién también prestaba servicio en el lugar, exigió al SR. KANTAOUI la cantidad de 2000 € para no intervenirle el dinero como establece la Orden EHA/1439/2006 de 3 de mayo en el apartado quinto punto 1 (falta de declaración voluntaria), entregándole el SR. KANTAOUI finalmente 1.500 € tras una breve negociación.

El acusado D. Salvador Espuey Millán vio lo anterior sin que realizara nada por evitar dicha acción, pese a estar obligado a ello dada su condición de superior jerárquico en el Grupo Fiscal”.

El propio recurrente hace mención al auto de la instructora en torno a que:

“Tales indicios tienen su origen en la denuncia que Mohamed Kantaoui Habib presentó el día 12 de marzo de 2008 ante la Unidad Orgánica en la que ponía de manifiesto que el día 30 de enero de 2008, al pasar el control del Aeropuerto de La Palmas de su vuelo, procedente del Aiún (Sahara), un agente perteneciente a la dicha Unidad le había pedido 2.000 euros para agilizar la entrada en España de los 30.000 euros que portaba en el interior de su maleta, y tras una negociación accedió a entregar al agente la suma de

1.500 euros, se da la circunstancia de que en esta petición y entrega de dinero tuvo lugar en el interior de la oficina de acceso al público de la Unidad Fiscal de la Guardia Civil del aeropuerto, y en presencia de, al menos, otros dos agentes”.

Resulta irrelevante al respecto si la inicial calificación era errónea, o no, ya que no se trata de un vicio en la calificación lo que invalida la decisión de injerencia, por cuanto el contenido de la denuncia era revelador de que de ser cierto lo expuesto por el ciudadano podría existir un importante foco de corrupción en este punto del aeropuerto, lo que evidenciaba la necesidad de adoptar medidas de investigación para advenir o verificar la realidad de lo denunciado.

Señala el recurrente que no se estaba denunciando la existencia de prácticas ilegales, cuando en el auto se reconoce que constaba que se denunciaba que *un agente perteneciente a la dicha Unidad le había pedido 2.000 euros para agilizar la entrada en España de los 30.000 euros que portaba en el interior de su maleta, y tras una negociación accedió a entregar al agente la suma de 1.500 euros.*

Con ello, vemos que no es al momento inicial cuando debe acertarse en la calificación de unos hechos que son indiciarios de un delito, sino en la calificación fiscal para poder dictar una sentencia de condena, de ahí que la juez en el auto pusiera de manifiesto, según se reconoce en el recurso que *En el razonamiento de derecho segundo del auto de 28 de abril de 2008 (página 20 y ss de las actuaciones), la instructora manifiesta: “De la actuación llevada a cabo por la Unidad Orgánica de Policía Judicial de Las Palmas, ha permitido obtener indicios objetivos suficientes para considerar que los agentes de la Guardia Civil pertenecientes a la Unidad Fiscal del Aeropuerto de Gando, solicitan dinero a ciudadanos que tratan de introducir importantes cantidades de dinero en España.*

Con ello, no se trata de la existencia de sospechas de un delito de coacciones, sino de una clara denuncia de unos hechos que se refieren a una

posible red de corrupción en el aeropuerto, circunstancia de gravedad que exigía una investigación particular por la incidencia de que los investigados también eran agentes policiales, a fin de evitar el conocimiento de los investigados de la misma investigación, con lo que se acrecientan las especiales medidas que deben adoptarse en estos casos.

Por otro lado, aunque la queja incide en que la instructora calificó inicialmente los hechos por la vía del art. 420 CP y no del art. 419 CP es irrelevante, porque ello no invalida la investigación si más tarde resulta que la incardinación de los hechos lo son en el art. 419, y no en el art. 4120. Se trataba de un caso de corrupción de agentes policiales, y nos encontrábamos en la fase de investigación, no en la de apertura de juicio oral.

Se cuestiona el oficio policial inicial en el que se interesa la medida de grabación de imágenes, pero debe destacarse el dato objetivo claro y evidente de la puesta en conocimiento de una persona de la existencia de unos hechos, que aunque no lo exprese con detalle el propio ciudadano resultaba hecho notorio y grave que de ser cierta la aseveración del mismo estaríamos ante una red de corrupción de agentes, como finalmente se pudo comprobar que era cierto.

Se cuestiona por el recurrente que *el señor Kantaoui no denuncia que las prácticas que menciona el oficial solicitante se estén llevando a cabo*, pero ello no es cierto, ya que el ciudadano detalla lo que le ocurrió, y en las expresiones que constan en la denuncia ya expuestas anteriormente era evidente que eran unos hechos sumamente graves que el ciudadano no sabía si existían, o no, pero que dado que a él le habían interesado que abonara una determinada cantidad de dinero estaba poniendo en conocimiento de la autoridad un hecho de suma gravedad y en un contexto de posible corrupción que exige especiales medidas de investigación, sobre todo cuando los investigados son agentes policiales, teniendo que evitarse que se filtrara el inicio de la investigación para no abortar la misma, como suele ocurrir en casos de corrupción de funcionarios.

Continúa el recurrente apuntando que:

La Juez Instructora, dando por hecho la posesión de sospechas fundadas que no especifica y que impide su control posterior, continuó los razonamientos de derecho de la forma que sigue: “No obstante, no es suficiente la mera existencia de sospechas fundadas de la comisión de un delito grave para la observación, grabación y escucha interesada sea constitucionalmente legítima, si no que es precisa la existencia de proporcionalidad en la medida, como viene exigiendo el Tribunal Constitucional en medidas de injerencia en derechos fundamentales, para lo cual debe cumplir estos requisitos: un juicio de idoneidad, lo que se verifica en el presente caso porque, por la naturaleza del delito, racionalmente la medida puede ayudar a comprobar la comisión del delito de cohecho, sus autores o autor, y evitar la continuidad en su comisión. Además la proporcionalidad se concreta en el grave daño que origina la comisión de delito por parte de funcionarios públicos, precisamente en el ámbito de su función pública, por las implicaciones organizativas y las consecuencias sociales que indudablemente conlleva.

También cumple el criterio de juicio de necesidad, porque no se localiza desde un punto de vista racional una medida menos agresiva y más moderada que sea, a priori, más eficaz para conseguir el fin propuesto; es decir no existe otra medida subsidiaria dado que la Policía Judicial de la Guardia Civil de Las Palmas ha agotado las vías de investigación para el conocimiento de la actividad delictiva objeto de esta instrucción, específicamente, dada la mecánica de la comisión del delito, a saber, en una oficina de la Unidad Fiscal de la Guardia Civil en el Aeropuerto de Las Palmas, y en esta fiscalización las entradas importantes de dinero en efectivo procedente del extranjero”.

Resulta evidente que en el punto donde se dirigían las sospechas podrían estar realizando las actividades que imputaba el denunciante antes expuesto la misma persona sobre la que se denunció estas prácticas, u otra o nadie más, de ahí las especiales dificultades de investigación de un caso que no permitía otras medidas que la interesada, ya que no se trata de una

operación policial ante una denuncia de narcotráfico donde se pueden llevar a cabo vigilancias o seguimientos, sino un caso inicial de posible corrupción sobre el que no se sabía la dimensión de lo que podía existir, y en el que la medida de la inserción de una cámara secreta de grabación reunía el canon de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, y sobre todo ante un hecho de suma gravedad por poder existir una red de corrupción policial.

Señala al respecto el recurrente que:

“El 28 de julio de 2008, por oficio (página 78 y ss de las actuaciones), el oficial instructor del atestado, expresando lo que sigue: “A raíz de la visualización y escucha de las imágenes recibidas por los medios técnicos antes expuestos, desde que comenzó la grabación de las mismas, no se apreció indicios del ilícito penal que se investiga -coacciones-, por lo que se solicitó el cese de las mismas en fecha 26 de junio de 2008, y concedida por la autoridad judicial el mismo día.

Dada la dificultad de la captación de imágenes que se reciben a través de los medios técnicos empleados, se realiza una segunda visualización que en fecha 18 de junio de 2008, en turno de tarde, desde la franja horaria comprendida entre las 19:42:07 horas y las 20:08:30 horas de dicho día, se observa como uno de los tres agentes en servicio y adscritos a la Unidad Fiscal del Aeropuerto de Gran Canaria (Las Palmas), solicita dinero en efectivo a una pasajera que porta la cantidad de dinero en efectivo de 118.500 euros, para posteriormente repartirlo entre los tres agentes allí presentes y también de servicio, accediendo dicha pasajera a entregarles el dinero”.

El oficial solicitante hace mención a informe con número 243/08 de observación, grabación y escucha remitido al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Telde con fecha 8 de julio de 2008 (página 41 y ss de las actuaciones). De examen del referido informe y de las conclusiones a las que llega su autor, se infiere que se denuncia que tres agentes de la Unidad Fiscal de la Guardia Civil en el Aeropuerto de Gran Canaria, de servicio en turno de tarde del día 18 de junio de 2008, supuestamente, exigen o piden

dinero (a pasajera) a los solo efectos de agilizar el trámite y además sin llegar a contar el dinero que porta la pasajera.

Con fecha 29 de julio de 2008, la Juez Instructora dicta auto (página 80 y ss de las actuaciones) y autoriza la utilización por parte del Servicio de Asuntos Internos de la Guardia Civil y de la Unidad Orgánica de la Guardia Civil de Las Palmas de los medios técnicos necesarios para la observación, grabación y escucha a través de equipos instalados en el interior de la oficina de acceso al público de la Unidad Fiscal de la Guardia Civil, sita en la sala de llegadas de vuelos internacionales del aeropuerto de Gran Canaria. En el razonamiento de derecho, recogiendo los datos aportados por el oficial de fecha 28 de julio de 2008, expresa: "...tres agentes de la Guardia Civil que se encontraban de servicio en la referida Unidad Fiscal solicitan dinero en efectivo a una pasajera identificada por Yamila Chtouki (de nacionalidad marroquí) quien portaba la suma de 118.500 euros, para posteriormente repartirlo entre los tres agentes de la Guardia Civil allí presentes que se encontraban de servicio en la Unidad..., solicitud a la que la referida pasajera finalmente accedió" Es decir que las investigaciones llevadas a cabo por la fuerza actuante han permitido obtener indicios fundados de la obtención ilícita de dinero por parte de los meritados agentes en sumas no determinadas aún, para las gestiones administrativas que llevan a cabo en el ejercicio de su funciones, o para otras actividades..."

Es decir, que se detecta, tras un examen detallado de las imágenes que lo que el primer denunciante les puso en conocimiento podría ser cierto, y estar ante una red de corrupción en ese punto en concreto en el que solo con este sistema de injerencia podría obtenerse un resultado de investigación capaz de detectar lo que estaba ocurriendo.

El recurrente sostiene un alegato de calificación de los hechos en esa fase inicial de investigación señalando que *Una más rigurosa calificación de los hechos denunciados, los haría corresponde con las modalidades de cohecho de los artículos 421 del Código Penal*, pero la viabilidad de una injerencia no se determina por la adecuada individualización del tipo penal en

el art. 419, 420, 421 o 425, sino en si los hechos son de gravedad, como aquí lo son, y de suma gravedad, como lo es una corrupción policial, y si estamos ante una necesidad y proporcionalidad en la adopción de la medida, cuando ya la denuncia inicial se estaba corroborando con los resultados de la grabación.

Por ello, con independencia de lo ya resuelto al respecto por el TSJ, lo cierto es que el motivo no tiene viabilidad alguna para determinar la nulidad de la medida de injerencia, ya que la decisión de la juez se entiende que, dados los hechos que se estaban investigando y cómo estos ocurrían, y por quiénes se podrían estar realizando conlleva la proporcionalidad de la decisión judicial adoptada.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- 2.- Por quebrantamiento de forma (art. 852 LECrim.). La sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, resulta manifiesta contradicción entre ellos y se consignan como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Señala el recurrente que el Jurado no explicó con suficiencia el juicio de convicción seguido al valorar la prueba que tomó en consideración. La ausencia de motivación es palmaria, limitándose el Jurado a reproducir la proposición realizada por el Magistrado-Presidente, sin añadir, siquiera, sucinto razonamiento que explique el proceso lógico seguido para considerar probados los párrafos 1º y 2º del hecho de la acusación e impedir así, entrar a considerar los hechos de la defensa.

Sin embargo, como explicita el Ministerio Fiscal, el recurrente utiliza inadecuadamente el presente motivo ya que lo que viene a denunciar es una supuesta insuficiencia de la motivación y una falta de claridad del relato fáctico al contraponerlo con la fundamentación jurídica cuando el aludido vicio *in iudicando* ha de predicarse, exclusivamente, del hecho probado.

Se basa el motivo en el art. 852 LECRIM, cuando el utilizado según se expone es el art. 851.1º CP, ya que se articula *Por quebrantamiento de forma (artículo 852 de la LECrim.). La sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, resulta manifiesta contradicción entre ellos y se consigna hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.*

Sobre este extremo hay que recordar que para ello se exigen los siguientes requisitos:

1.- Que en el contexto del hecho probado se produzca incomprensión, bien por uso de frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por empleo de juicios dubitativos, o por absoluta ausencia de presupuesto fáctico. Este vicio procesal es interno del hecho probado.

2.- La incomprensión del hecho probado ha de ser casualmente relacionada con la calificación jurídica de la sentencia y no existiría un engarce entre el hecho y la fundamentación de la subsunción.

3.- La falta de claridad por incomprensión o falta de entendimiento debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 716/2001 de 6 Abr. 2001, Rec. 386/2000).

La omisión del hecho probado da lugar al vicio procesal cuando la omisión tenga trascendencia para la calificación jurídica.

Esta Sala del Tribunal Supremo señala en Auto 1160/2016 de 30 Jun. 2016, Rec. 476/2016 que:

Respecto a la ausencia de expresión clara y terminante de los hechos probados, por las radicales consecuencias que conlleva, semejante defecto "in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta

incomprensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado. Supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones. Obligado resulta para la prosperabilidad de un recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

También en Auto 1216/2018 de 13 Sep. 2018, Rec. 1054/2018 hemos señalado a propósito del vicio procesal consistente en la falta de claridad o contradicción en los hechos probados, según reiterada doctrina de esta Sala (Sentencia del Tribunal Supremo 671/2016, de 21 de julio), que este motivo solo puede prosperar "cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o existan omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos" (Sentencia del Tribunal Supremo 856/2015, 837/2015 o la más reciente 44/2016). Por lo tanto, el vicio debe deducirse directamente del apartado fáctico y se desenvuelve en el ámbito de lo gramatical e inteligible desde esta perspectiva, de forma que no cabe enfrentarlo a la propia valoración de la parte sobre los hechos que debieron declararse probados.

La jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS nº 671/2016, de 21 de julio), ha establecido que la contradicción consiste "en el empleo en el hecho

probado de términos que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos. Consecuentemente, se deducen los siguientes requisitos para el éxito de este motivo de impugnación: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras; por ello la contradicción debe ser ostensible y producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; b) debe ser insubsanable, no siéndolo cuando, a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede entenderse en el contexto de la sentencia; c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, si bien se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; d) que sea completa, es decir, que afecte a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma" (Sentencias del Tribunal Supremo 323/2005, 1024/2005, 248/2007, 474/2009 o 229/2016). Por las razones aducidas en el párrafo anterior tampoco la pretendida contradicción puede prosperar porque enfrenta hechos con razonamientos jurídicos.

Sin embargo, en el presente caso lo que viene a denunciar es una supuesta insuficiencia de la motivación y una falta de claridad del relato fáctico al contraponerlo con la fundamentación jurídica cuando el aludido vicio in iudicando ha de predicarse, exclusivamente, del hecho probado.

Y en este hecho probado se recoge que:

“HECHO E.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. Luis Manuel Quintana Medina y D. José Manuel Rivera García, como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la

Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 6 de agosto de 2008.

Sobre las 21:16 horas del día 6 de agosto, estando ambos acusados en la zona aduanera de llegadas internacionales del aeropuerto de Gran Canaria ejerciendo sus funciones, en esos momentos entran varios pasajeros extranjeros que acababan de llegar de un vuelo desde África con objeto de fiscalizar las mercancías que portaban y que debían ser declaradas e inspeccionadas.

Los acusados D. Luis Manuel Quintana Medina y D. José Manuel Rivera García, previamente de acuerdo, solicitaron y recibieron de dos pasajeros dos billetes de 50€, y dos billetes de 20€ a cambio de no fiscalizar las cajas con alimentos que estos pretendían entrar en España (carne y verduras), sin que comprobasen el contenido de las mismas para en su caso retenerlas por contravenir las normas sanitarias, a sabiendas de la ilegalidad de su acción”.

La claridad del hecho probado es palmaria, salvo que el recurrente no lo comparte.

Se incide en cuestiones atinentes a que el hecho no se llevó a cabo, pero ello no forma parte del motivo que se formula. Y en este caso la declaración de hechos probados, que ha de centrarse en la descripción del acontecer delictivo, contiene el relato de una conducta de solicitud de dinero y recibo del mismo a cambio de no fiscalizar unas cajas con alimentos que dos pasajeros pretendían entrar en España.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO NOVENO.- 3.- Por infracción de Ley del número 1º del artículo 849 de la LECrim., al existir error en la apreciación de la prueba con base documental en la grabación videográfica.

Se alega por el recurrente que “En ningún momento de las secuencias objeto de prueba se observa que los acusados que prestan servicio se abstuviesen de un acto que debieran practicar en el ejercicio de su cargo, básicamente porque el control aduanero (comprobación del contenido de los equipajes de los pasajeros) se realizaban en un lugar distinto al que se observa en la grabación. Tampoco se observa en las imágenes que se permitiera la importación de ningún tipo de mercancía no permitida, por igual razón”.

Sin embargo, hay que apuntar que se sostiene el motivo en base al art. 849.1 LECRIM, que lo es por infracción de ley, cuestionando valoración de prueba que lo es respecto al escueto margen que deja el art. 849.2 LECRIM, pero la articulación del motivo lo es por el art. 849.1 LECRIM que ya daría lugar a la inadmisión del motivo o su desestimación, por cuanto no puede plantearse por infracción de ley error en valoración de prueba que solo tiene el margen del art. 849.2 LECRIM.

En cualquier caso, se reconoce por el recurrente que *Se aprecia, eso sí, que varios pasajeros entran en la oficina y dejan sobre la mesa, primero un billete de 50 euros, luego otro de igual valor. Tener por probado, en base a lo observado en las imágenes y escuchado de las conversaciones, que se trababa de dinero a cambio de no fiscalizar las supuestas cajas con alimentos que aquellos pretendían entrar en España y que su contenido era, precisamente, carne y verduras, es un ejercicio extremo de voluntarismo y profundamente arbitrario.*

Hay que señalar que en la sentencia del TJ se recoge en este extremo que:

“Hecho E: Luis Manuel Quintana Medina y D. José Manuel Rivera García

Respecto del hecho E me he de remitir, por identidad fáctica con el anterior, a las razones dadas en el fundamento precedente, con la singularidad

de que hay entrega de dinero a cambio de omitir el control debido, lo que en todo caso no altera la sustancial adecuación a los elementos normativos de la modalidad de cohecho atribuida del art. 421 del CP”.

Nótese que en este caso al recurrente a lo que se le condena es como autor penalmente responsable de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 421 del CP a las penas de multa de 140 € con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad en caso de impago, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena, lo cual reubica la exigencia de prueba al no existir condena por el tipo penal del art. 419 CP.

Del mismo modo, debemos hacer constar que el Magistrado Presidente hace constar en la sentencia que:

“Tan clara es la explicación del Jurado que basta con acudir al veredicto, en que literalmente recogen los diálogos entre los acusados, que no puede llegarse a otra consideración racional. Desde luego que es admisible en el legítimo ejercicio del derecho de defensa no ver ni escuchar lo que se constata en las grabaciones, más lo sustancial dada la labor asignada a este Magistrado-Presidente, es constatar que se practicó la prueba en el plenario, que la misma se sometió a contradicción, que la misma es hábil para desvirtuar la presunción de inocencia visto su contenido, y que el Jurado ha explicado con suficiencia el razonamiento sobre la prueba que ha tomado en consideración para ello.

Y aunque respecto de alguno de estos hechos no reproducen con literalidad los diálogos, hacen mención a la grabación visualizada que efectivamente proporciona datos de tal contundencia que, aplicando un criterio de racionalidad, no se entiende necesario mayores adiciones, máxime en cuanto no se trata de explicar la credibilidad de un testigo, sino de constatar el resultado de una prueba objetiva del hecho relacionada con su grabación que resulta irrefutable”.

Ante ello, el TSJ ya señaló en su sentencia que:

"También se introduce dentro de este motivo una alegación referida a que el Magistrado Presidente no aporta elementos de juicio que complete la manifiesta carencia de motivación del veredicto, cuando en el Fundamento de Derecho Décimo se remite al anterior por su identidad fáctica. En el referido F. Jco. Décimo, el Magistrado señala textualmente lo siguiente "Respecto del Hecho E (Apartado Sexto del Objeto del Veredicto) me he de remitir, por identidad fáctica con el anterior, a las razones dadas en el fundamento precedente, con la singularidad de que hay entrega de dinero a cambio de omitir el control debido, lo que en todo caso no altera la sustancial adecuación a los elementos normativos de la modalidad de cohecho atribuida del art. 421 del CP". Dicha alegación, que no motivo propiamente dicho, no puede estimarse porque es indudable que entre el Hecho Probado Segundo C) y el Hecho Probado Segundo E) hay esa identidad fáctica a que se refiere el Magistrado Presidente y que permite subsumir ambos hechos probados en el art. 421 del CP; se dan los presupuestos del delito de cohecho. Con independencia del modus operandi llevado a efecto en cada caso, en ambos se declara probado que los respectivos acusados solicitan bien una parte de la mercancía que el pasajero pretendía introducir, bien dinero en efectivo, para que los productos alimenticios de que se trataba en cada caso pudieran ser introducidos en esta isla sin la fiscalización y el control correspondiente que impone la normativa sanitaria. Los referidos hechos quedan incardinados en el tipo penal del artículo 421 del CP, que el Código Penal de 1995, vigente a la fecha de los hechos, establece *Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo.*

En ambos casos, la dádiva solicita, en el supuesto del Hecho Probado Segundo E, o previamente concertada, en el caso del Hecho Probado C, tiene por objeto el que los funcionarios públicos acusados se abstuvieran de llevar a efecto la fiscalización y control de los productos alimenticios procedentes del extranjero que habían de ser inspeccionados por los agentes, como función

propia a realizar en el ejercicio de su cargo y en cumplimiento de la normativa sanitaria, y, sin embargo, omitían la obligación que correspondía a los agentes de llevar a efecto aquel examen y comprobación.” Existe una actuación semejante en los hechos C y E a la que se refiere el Tribunal.

En consecuencia, tanto por inadecuada utilización del motivo expresado como por la imposibilidad de modificación del análisis de la valoración efectuada por el TSJ el motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO.- 4.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia e infracción de ley sustantiva (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ y 24.2 CE).

Habida cuenta que se incide ahora en la temática atinente a la ausencia de prueba de cargo, ello ya ha sido valorado por el TSJ, a lo que nos hemos referido anteriormente en el motivo precedente, refiriendo el TSJ que “en ambos se declara probado que los respectivos acusados solicitan bien una parte de la mercancía que el pasajero pretendía introducir, bien dinero en efectivo, para que los productos alimenticios de que se trataba en cada caso pudieran ser introducidos en esta isla sin la fiscalización y el control correspondiente que impone la normativa sanitaria”.

Se refiere el TSJ a la semejanza de las acciones contempladas en el hecho probado C y E respecto al concierto existente para recibir recompensa a cambio de no fiscalizar mercancía, que es lo que se declara probado en base a la prueba practicada. Recordemos a estos efectos que el propio recurrente afirma que se comprueba en las imágenes los actos de los pasajeros que depositan el dinero en las sumas referidas en los hechos probados. Pero debemos recordar que el tipo penal por el que ha sido condenado lo es *Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo.*

El TSJ analizando este motivo en la apelación ha concluido que en relación a los hechos probados C y E “En ambos casos, la dádiva solicita, en

el supuesto del Hecho Probado Segundo E, o previamente concertada, en el caso del Hecho Probado C, tiene por objeto el que los funcionarios públicos acusados se abstuvieran de llevar a efecto la fiscalización y control de los productos alimenticios procedentes del extranjero que habían de ser inspeccionados por los agentes, como función propia a realizar en el ejercicio de su cargo y en cumplimiento de la normativa sanitaria, y, sin embargo, omitían la obligación que correspondía a los agentes de llevar a efecto aquel examen y comprobación”.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- 5.- Infracción de ley por aplicación indebida de la regla 66.1.1º e inaplicación de la regla del artículo 66.1.2ª del CP, puestos en relación con el artículo 21-6ª de la misma ley penal, al aplicarse en la sentencia la atenuante de dilaciones indebidas en su modalidad de simple, cuando se desprende del conjunto de las actuaciones que concurren los requisitos jurisprudenciales para estimarse como muy cualificada.

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 5 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

RECURSO DE JOSÉ MANUEL RIVERA GARCÍA

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- 1.- Por infracción de Ley del número 2º del artículo 849 de la LECrim., al existir error en la apreciación de la prueba con base documental en la grabación videográfica.

El recurrente designa la grabación videográfica para sostener que en ningún momento de las secuencias de la grabación aludida se le ve solicitando cantidad alguna de dinero a los pasajeros que estaban en la oficina de resguardo fiscal del Aeropuerto de Gran Canaria y tampoco cogiendo billete alguno.

Interesa destacar que tras la prueba que valoró el Jurado y motivó, su aceptación por el Magistrado Presidente al aceptar la corrección del veredicto y motivar la sentencia en base a los hechos declarados probados y la motivación debida, y la resolución del TSJ por la que revisó la racionalidad de la valoración probatoria se pretende una nueva revisión de la misma por el cauce de la documental del art. 849.2 LECRIM, faltando al respeto a los hechos probados.

Con ello, se pretende que prevalezca una valoración de la prueba diferente a la efectuada por el Tribunal del Jurado.

Señala al respecto el TSJ en su sentencia al resolver el recurso de apelación que:

“Ha de indicarse que el propio recurrente reconoce en su escrito de recurso su presencia en la oficina de resguardo fiscal del aeropuerto que entraba y salía de aquella oficina. La grabación visionada en el plenario por el Tribunal y todas las partes pone de relieve que el recurrente estaba al tanto de la petición de dinero, de la entrega del mismo por el pasajero extranjero y que acepta el reparto del mismo entre los agentes que se encontraban ese día 6 de agosto de 2008, desde las 14 a las 22 horas, prestando servicio en el Resguardo Fiscal del Aeropuerto de esta isla; el Jurado cita expresamente en su Veredicto dos párrafos de conversación entre los agentes, en el que el otro agente presente le dice al recurrente: "Cincuenta y cincuenta", habiéndose declarado probado que fueron dos billetes de 50 euros y dos de 20 los entregados por el pasajero, y el apelante le responde: "Trae para acá los cincuenta de éste". Ante tal diálogo y hecho declarado probado, la explicación que ofrece el recurrente cuando reconoce en el recurso haber dicho esa frase, carece de lógica y razonabilidad alguna, teniendo en cuenta, además, que el Jurado no estimó probado el hecho 5º del apartado Sexto del objeto del veredicto, formulado como proposición de la defensa del recurrente. Como ya hemos indicado, el Magistrado Presidente, que también ha oído y percibido directamente la prueba practicada, señala en la sentencia que *"es tan clara la*

explicación del Jurado que basta con acudir al veredicto, en que literalmente recogen los diálogos entre los acusados, que no puede llegarse a otra consideración racional".

En este caso, la grabación visionada en el plenario no es demostrativa de error alguno en la valoración de la prueba, por lo que la alegación efectuada debe desestimarse. Lo mismo ocurre con las manifestaciones del apelante relativas a la falta de acreditación de que fuera su voz la que se escucha en la grabación".

Debe entenderse que en la misma línea de la respuesta dada al recurrente anterior no existe error en la valoración de la grabación videográfica, y los extremos visionados en la grabación evidencian el hecho probado, en base al cual se declaró por el Jurado que:

“HECHO E.- El Jurado ha declarado probado que:

Los acusados D. Luis Manuel Quintana Medina y D. José Manuel Rivera García, como miembros del Resguardo Fiscal del aeropuerto de Gran Canaria, dependientes orgánicamente de la Guardia Civil y funcionalmente de la Agencia Tributaria, se encontraban de servicio entre las 14:00 y las 22.00 horas del 6 de agosto de 2008.

Sobre las 21:16 horas del día 6 de agosto, estando ambos acusados en la zona aduanera de llegadas internacionales del aeropuerto de Gran Canaria ejerciendo sus funciones, en esos momentos entran varios pasajeros extranjeros que acababan de llegar de un vuelo desde África con objeto de fiscalizar las mercancías que portaban y que debían ser declaradas e inspeccionadas.

Los acusados D. Luis Manuel Quintana Medina y D. José Manuel Rivera García, previamente de acuerdo, solicitaron y recibieron de dos pasajeros dos billetes de 50€, y dos billetes de 20€ a cambio de no fiscalizar las cajas con alimentos que estos pretendían entrar en España (carne y verduras), sin que

comprobasen el contenido de las mismas para en su caso retenerlas por contravenir las normas sanitarias, a sabiendas de la ilegalidad de su acción”.

El recurrente sostiene un alegato exculpatorio sosteniendo que no llegó a acuerdo alguno y que existe un error interpretativo en las expresiones que se citan, pero se ha expuesto en este caso y en el anterior, que se refieren, ambos, al mismo escenario, que existe prueba bastante para la incriminación aunque por un hecho de menor gravedad que por el que se condena al resto de recurrentes.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- 2.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia al amparo del art. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ.

Ya se ha expuesto anteriormente las reglas específicas tanto a la existencia de prueba de cargo, y ello se ha apreciado en ambos casos y recurrentes en orden a apreciar la suficiencia de la prueba, como se ha expuesto con detalle en el FD precedente.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO CUARTO.- 3.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim., por indebida aplicación del art. 421 CP.

Vuelve a incidir el recurrente en un motivo que se circunscribe al proceso de subsunción apelando al error en la valoración de la prueba, cuando de lo que se trata es de si el hecho fijado ya expuesto se puede subsumir en el art. 421 CP del momento de acaecimiento de los hechos por el que ha sido condenado.

En la sentencia del Magistrado Presidente se explica que:

“Hecho E: Luis Manuel Quintana Medina y D. José Manuel Rivera García.

Respecto del hecho E me he de remitir, por identidad fáctica con el anterior, a las razones dadas en el fundamento precedente, con la singularidad de que hay entrega de dinero a cambio de omitir el control debido, lo que en todo caso no altera la sustancial adecuación a los elementos normativos de la modalidad de cohecho atribuida del art. 421 del CP.”.

Pero debemos recordar que el tipo penal por el que ha sido condenado lo es *Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo.*

Apunta, así, el TSJ en su sentencia que:

“Los presupuestos tácticos que permiten la subsunción jurídica que se efectúa por el Magistrado Presidente en los Fundamentos Jurídicos Noveno y Décimo parten de unos hechos declarados probados, según los cuales, los acusados, en uno y otro supuesto, solicitaban bien una parte de la mercancía que el pasajero pretendía introducir, bien dinero en efectivo, para que los productos alimenticios de que se trataba en cada caso pudieran ser introducidos en esta isla sin la fiscalización y el control correspondiente que impone la normativa sanitaria.

Como ya hemos señalado, se parte en ambos casos, del hecho de que la dádiva solicitada y recibida, en el supuesto del Hecho Probado Segundo E, o previamente concertada, en el caso del Hecho Probado C, tiene por objeto el que los funcionarios públicos acusados se abstuvieran de llevar a efecto la fiscalización y control de los productos alimenticios procedentes del extranjero que habían de ser inspeccionados por los agentes, como función propia a realizar en el ejercicio de su cargo y en cumplimiento de la normativa sanitaria, y, sin embargo, omitían la obligación que correspondía a los agentes de llevar a efecto aquel examen y comprobación. Por ello, la remisión que efectúa el

Magistrado Presidente al Fundamento Jurídico Noveno de la sentencia cuando en el F. Jco. Décimo se pronuncia respecto a los hechos por los que ha sido condenado el recurrente y la subsunción de los mismos en el tipo penal del artículo 421 del CP, partiendo de aquellos presupuestos fácticos que permiten la subsunción en idéntico tipo penal, no existe vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva pues en la sentencia existe una respuesta motivada, aunque sea por remisión a otra”.

Resulta correcto el proceso de subsunción de los hechos en el tipo penal en cuanto a un abstenerse de actuar como debían hacerlo y su relación con la dádiva que se aprecia en las imágenes, pese a que la interpretación de las mismas que hace el recurrente sea distinta de la conclusión a la que llegó el jurado.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO QUINTO.- 4.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim., por indebida inaplicación del art. 21.6 CP como muy cualificada

Este motivo ha sido objeto de detallado análisis en el FD nº 5 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO SEXTO.- 5.- POR INFRACCIÓN DE LEY SUSTANTIVA (III), por inaplicación del art. 72 del CP (individualización de la pena).

Se postula una rebaja de la pena de apreciarse la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada. Pero al desestimarse el motivo anterior, ello lleva como consecuencia la desestimación del presente.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS de casación interpuestos por las representaciones de los acusados D. Eladio León Cabrera, D. Miguel Muñoz Ortega, D. José Manuel Suárez Peña, D. José Juan Pérez Morata, D. José Antonio Betancor Cubas y José Santiago Alemán Sosa, D. Luis Manuel Quintana Medina, D. José Manuel Rivera García y D. Alfonso Pérez Ramírez, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 6 de junio de 2018, en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los citados acusados y otros contra sentencia de fecha 24 de julio de 2017 de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera. Condenamos a dichos recurrentes, al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Monterde Ferrer

Antonio del Moral García

Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina