

Tribunal Supremo**TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 619/2016 de 12 julio**

JUR\2016\161373

DELITO DE CONTRABANDO: Contrabando de labores de tabaco. El tabaco tiene la consideración de género estancado, aún respecto de operaciones de fabricación y comercio al por mayor: Artículo 1.6 (actual 1.11) de la LO 12/1.995, de represión del contrabando. Su consideración de género estancado, no se ha visto modificada por la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del Mercado de Tabacos, por más que extinguiera el régimen de monopolio de Estado para operaciones al por mayor y que el monopolio sólo se mantuviera para la distribución final de labores del tabaco. Bien jurídico protegido en el delito de contrabando, no es sólo la Hacienda Pública (bien jurídico que encontraría suficiente protección en los artículos 305 y ss de nuestro Código Penal), sino también las funciones de policía y el servicio público de la Administración del Estado. Interpretación. Introducción clandestina de labores de tabaco procedentes de las islas Canarias. Constituye una operación de importación, a los efectos del artículo 2.1.d de la LO 12/1.995 de represión del contrabando (hoy artículo 2.2.b, en su redacción dada por la LO 6/2011, de 30 de junio), tal y como establece el artículo 4.19 de la Ley 38/1.992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales. Obligación de declaración aduanera de importación: Artículos 5.1 y 18.5 de la Ley 38/1.992. Exigencia de que el importe de la mercancía importada alcance 15.000 euros, conforme al actual artículo 2.3.b de la LO 12/1.995 de represión del contrabando. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Motivación de sentencias absolutorias: Necesidad de justificación de la sentencia, lo que impone expresar las razones por las que el órgano de enjuiciamiento no ha alcanzado la convicción del acaecimiento de los hechos sustentados por la acusación o de la voluntaria participación de los acusados en los hechos enjuiciados. Estimación del recurso, por impedir conocer las razones de exclusión de responsabilidad a cada uno de los acusados e impedir el juicio de subsunción de los hechos al tipo penal aplicable.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación 1805/2015

Ponente: Excmo Sr. Pablo Llarena Conde**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Julio de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 1805/2015 interpuesto por el Ministerio Fiscal y por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 27 de mayo de 2015 (PROV 2015, 250142) por Audiencia Provincial, Sección Sexta, de Santa Cruz de Tenerife, en el Procedimiento Abreviado N° de Rollo 56/2014 (Rollo de Sala 32/14), en el que se absolvió a los acusados Carlos María, Calixto, Germán, Onesimo, Carlos Alberto, Bartolomé, Florencio, Melchor, Jose Enrique y Balbino, de los delitos de contrabando, contra la propiedad industrial y de omisión del deber de perseguir delitos, de los que venían siendo acusados.

Como recurridos han comparecido Carlos María, Calixto y Germán, representados por la Procuradora Dña. María del Carmen Barreda Rivas bajo la dirección letrada de D. Manuel González Gil; Onesimo,

representado por D. Ramiro Reynolds Martínez bajo la dirección letrada de D. Pedro Martínez González; Carlos Alberto , representado por D. Álvaro Armando García de la Noceda de las Alas Pumariño bajo la dirección letrada de Dña. Isabel Jiménez Carot; Bartolomé , representado por el Procurador D. Álvaro García de la Noceda de las Alas Pumariño bajo la dirección letrada de Dña Ruth Martín Durango; Florencio , representado por D. Roberto de Hoyos Mencía bajo la dirección letrada de D. Humberto Ricardo Sobral García; Melchor , representado por D. Pablo Hernáiz Pascual bajo la dirección letrada de D. Juan José Jiménez Liras; Jose Enrique , representado por la Procuradora Dña. Raquel Vilas Pérez bajo la dirección letrada de Dña. Elvira Maestro Doñoro y Balbino , representado por la Procuradora Dña. Raquel Vilas Pérez bajo la dirección letrada de Dña. Camelia Madrazo Herrero.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Santa Cruz de Tenerife, incoó el Procedimiento Abreviado n.º 121/2011 (antes Diligencias Previas 1046/2009) por un delito de contrabando de los artículos 2.1 d), 2.3 b) y 3.2 de la Ley de Represión el Contrabando 12/95, de 12 de diciembre , tres delitos contra la propiedad industrial del artículo 274.2 en relación con el apdo 1º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y un delito de omisión del deber de perseguir delitos del artículo 408 del Código Penal , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Incoado por esa Sección el Procedimiento Abreviado n.º de Rollo 56/2014 (Rollo de Sala 32/14), con fecha 27 de mayo de 2015 dictó sentencia (PROV 2015, 250142) en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

« **PRIMERO.-** Se declaran probados los hechos siguientes:

"1. Hacia finales del mes de marzo del año 2009, por Agentes de la Comandancia de la Guardia Civil de Santa Cruz de Tenerife (Unidad orgánica de policía judicial, Equipo de delitos contra el patrimonio, Sección de investigación criminal), a partir de sospechas por informaciones recibidas al respecto pero sobre todo a partir de una denuncia (fecha a 9 de marzo de 2009) presentada en nombre y representación de la entidad mercantil Philip Morris SA acerca de la posible comercialización de cajetillas de tabaco bajo las marcas Marlboro, Chesterfield y L&M, que pudieran ser mercancías falsificadas, se inició una investigación sobre la posible entrada en la isla de Tenerife de diversas partidas de tabaco de forma clandestina desde otros países, así como sobre la posibilidad de que se tratara de mercancía falsificada por no corresponderse con las marcas legalmente registradas. Como consecuencia de la actividad de los agentes policiales se dirigió la investigación hacia diversas personas, y entre otras y principalmente hacia el que ha resultado acusado Carlos María , quien, con ocasión de su actividad profesional consistente en la importación, exportación, distribución y venta de tabaco, constituyó tres sociedades limitadas a través de las cuales ejercía dicha actividad: Tenerife San SL (de la que era administrador único a la fecha de los hechos), Santecan Tenerife SL (de la que era administrador solidario), y Añadeca SL (de la que era administrador único), constituidas con idéntica finalidad, en la que utilizan dos naves de su propiedad para depositar la mercancía importada (una en la CALLE000 , num. NUM000 del POLÍGONO000 , y otra en la CALLE001 , num. NUM001 , ambas en Santa Cruz de Tenerife), teniendo todas la sociedades como objeto social en sus estatutos la importación, venta y distribución de labores de tabaco legalmente registradas. También se dirigió la investigación hacia dos

hermanos de este acusado, los también acusados Germán , quien se dedicaba profesionalmente a la venta legal al por menor de tabaco en varios establecimientos mercantiles, y Calixto , quien se dedicaba a la venta directa al por menor de tabaco. Igualmente se investigó a Onesimo , con quien Carlos María mantenía una estrecha relación personal y también profesional pues era propietario y administrador de la sociedad de despacho aduanero Agencia Calzadilla, siendo esta agencia la que se encargaba de la gestión de los trámites para el flete y transportes de las importaciones de tabaco de sus entidades mercantiles.

De la investigación resultó el conocimiento de una venta de tabaco a personas desconocidas, y cuyo precio no consta, que pensaba efectuar Carlos María , y que se materializaría con el envío desde Tenerife a Barcelona de un contenedor lleno de cajetillas de tabaco, y que tendría como destino el muelle de Barcelona y el posterior traslado y depósito de tal contenedor a una nave taller propiedad del acusado Carlos Alberto , y para lo cual se declararía tributariamente que se trataba de un contenedor cargado de neumáticos usados. Así, el acusado Onesimo a través de la Agencia Calzadilla se encargó de todos los trámites para el despacho de tres contenedores de 40 pies fletados y facturados por Tenerife San SL y Santecan SL con destino final la nave del acusado Carlos Alberto sita en la CALLE002 num. NUM002 de Parets del Vallés (Barcelona), declarándose para los tres contenedores que transportaban los referidos neumáticos usados, siendo dos de ellos cargados efectivamente de los neumáticos (los contenedores NPWU 4950404 y NPWU 4957979) y uno de ellos con unos pocos neumáticos usados que ocultaban su verdadera carga, 401.953 cajetillas de tabaco de diversas marcas legalmente registradas. El primero de los contenedores llegó a Barcelona el 5 de junio de 2009 y el segundo de los contenedores el 29 de junio de 2009.

El tercero de los contenedores (NENU 994238-4), el que efectivamente iba a llenarse de tabaco, fue trasladado sobre las 15 horas del 7 de Julio de 2009 del lugar de su depósito en el muelle a la nave de Carlos María del POLÍGONO000 de Santa Cruz 9 de de Tenerife (CALLE000 , nave NUM000), encargándose de tal labor el acusado Bartolomé , pues era el transportista habitual de la Agencia Calzadilla. Una vez estuvo el contenedor en la nave, se procedió a llenar el mismo con la referida cantidad de 401.953 cajetillas de tabaco de diversas marcas legalmente registradas colocando como pantalla forma detrás de las puertas del contenedor 121 neumáticos usados de forma que no era posible observar la carga de tabaco sin retirar aquellos. Este contenedor fue trasladado por Bartolomé al Puerto para su transporte a Barcelona en el buque CTE Beatriz el día 8 de julio de 2009, haciéndose constar en la carta de transporte del contenedor hasta el muelle que se había recogido en una nave del POLÍGONO001 y no en el POLÍGONO000

Tras su transporte marítimo, el contenedor llegó a Barcelona donde tras cumplir los trámites aduaneros fue transportado a la nave que como taller era propiedad del acusado Carlos Alberto . Personados el 18 de julio de 2009 en el citado taller, los agentes de la Guardia Civil de Barcelona NUM003 , NUM004 , NUM005 , y NUM006 , así como los funcionarios de vigilancia aduanera de Barcelona NUMA NUM007 , NUM008 , NUM009 y NUM010 , procedieron a la detención de Carlos Alberto así como a la apertura, y posterior incautación, del citado contenedor NENU 994238-4 el cual alojaba en su interior, además de 121 neumáticos usados declarados como carga, 401.953 cajetillas de tabaco no declaradas ni liquidadas tributariamente de las marcas Marlboro, Marlboro Light, Peter Stuyvesant, Pride, Camel, Winston, LM (RCL 2001, 3001) , LM Light, y Respect, cuyo valor de mercado ascendería a 1.222.209'85 euros.

II. Durante las investigaciones referidas, por parte de los agentes policiales se sospechó que en el caso de que se hubieran llevado a cabo entradas ilegales de tabaco en Santa Cruz de Tenerife con

procedencia de países extranjeros y sin cumplir los trámites aduaneros y fiscales apropiados, pudieran haber participado de diversas formas, y obteniendo alguna ganancia económica, los acusados Florencio y Melchor en su condición de funcionarios de la ULAR, siendo este el organismo competente en vigilar la legalidad de las partidas aduaneras que llegan al puerto de Santa Cruz de Tenerife abriendo los contenedores y verificando que la carga declarada coincida con la real. Tales sospechas (que estuvieran de acuerdo con otras personas en la citada entrada ilegal de tabaco, y que alteraran los filtros informáticos de seguridad que obligaban al control de determinados contenedores, y no controlándolos, sabedores de que se estaba produciendo tal entrada ilegal; o que incluso presionaran para obtener a las personas de las que sabían que importaban tabaco ilegalmente; y que no cumplieron con su legal cometido de controlar y paralizar el contenedor NENU-994238-4 que saldría del puerto de Santa Cruz de Tenerife hacia Barcelona sabiendo las actividades a las que se dedicaba su propietario) fueron motivadas por la abundancia de llamadas telefónicas, que fueron controladas previos los correspondientes mandamientos judiciales emitidos en el presente procedimiento, de estos acusados entre sí, de Melchor con Carlos María, de Melchor con Onesimo, así como los encuentros entre estos tres últimos.

No se considera acreditado que tuvieran participación alguna en los hechos que se les imputa.

III. No se considera acreditado que el acusado Carlos María conociera que los cartones de tabaco, en cantidad indeterminada, que le fueron intervenidos en el registro, autorizado judicialmente, practicado el 23 de octubre de 2009 en el local de su empresa Afiadeca SL (nave industrial sita en la CALLE001 num. NUM001 de Santa Cruz de Tenerife) de las marcas Camel y Winston pudieran no ser auténticos, por sus similitudes a los originales en sus elementos externos de la cajetilla, el cartón, de la grafía y el material utilizado para la elaboración, el precinto y empaquetamiento de los mismos, sin que conste que se sepa si su contenido (cigarrillos en el que caso de fuera ese) era original de las citadas marcas, con derechos de propiedad industrial legalmente reconocidos a Japan Tobacco Inc.

IV. No se considera acreditado que el acusado Balbino, cuya actividad profesional era la venta al por menor de tabaco, conociera que los doce cartones de tabaco que le fueron intervenidos en el registro, autorizado judicialmente, practicado el 5 de noviembre de 2009 en el local de su propiedad de la CALLE003, n. NUM011, esquina con la CALLE004, de Santa Cruz de Tenerife de la marca Camel pudieran no ser auténticos, por sus similitudes a los originales en sus elementos externos de la cajetilla, el cartón, de la grafía y el material utilizado para la elaboración, el precinto y empaquetamiento de los mismos, sin que conste que se sepa si su contenido (cigarrillos el caso de que fuera ese) era original de la citada marca, con derechos de propiedad industrial legalmente reconocidos a Japan Tobacco Inc. V. E igualmente a consecuencia de estas investigaciones referidas por los agentes encargados de la misma se solicitó la ya citada autorización judicial de entrada y registro, que fue practicada el 23 de octubre de 2009 en la nave NUM000 de la CALLE000 del POLÍGONO000 de Santa Cruz de Tenerife, propiedad de la entidad Afiadeca SL, en la que se también intervino un contenedor a nombre de Forever Impex SL que en su interior contenía una cantidad determinada de cajetillas de cigarros de las marcas Malimbo y Dunston (235 cajas de Dunston y 215 cajas de Malimbo, con 50 cartones cada una, y diez cajetillas cada cartón), siendo el administrador de la citada entidad el acusado Jose Enrique, que había sido adquirida en Dubai (Emiratos Árabes). Esa mercancía se encontraba en tal depósito en cumplimiento de la resolución de aceptación que emitió la Dependencia Provincial de Aduanas de Tenerife de la Agencia Tributaria el 19 de octubre de 2009 para autorización con el número ESXA38000280000004 del depósito de toda la mercancía (los Malimbo y los Dunston) en el depósito de Afiadeca SL desde el 20 de octubre de 2009 hasta el 20 de octubre de 2010 emitida a favor del acusado Jose Enrique. Unos meses antes de esta intervención, este acusado Jose Enrique había adquirido unos cincuenta cartones de las mismas marcas

para su exposición ante compradores de tabaco y comprobar su viabilidad comercial. Ese tabaco de muestra había sido adquirido por este acusado Jose Enrique mediante su empresa Forever Impex SL, siendo exportado por Jubilee Group Ltd. desde Dubai en los Emiratos Árabes, siendo transportado por Inchape Shipping Services, habiendo sido declarado a la Aduana que lo admitió a 5 de mayo de 2009, y que pagó los gastos oficiales (derechos arancelarios, igic, aiem) y gastos comerciales (comisión oficial de despacho, despacho comunidad autónoma de Canarias, transporte) el 6 de mayo de 2009. Este acusado Jose Enrique había presentado unos meses antes de la intervención policial de la mercancía, concretamente con fecha de 17 de julio de 2009, sendos escritos con la solicitud de registro de marca ante la Oficina Española de Patentes y Marcas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, uno para la marca Dunston, y otro para la marca Malimbo. En el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial de 30 de noviembre de 2009 se publicó resolución de la citada Oficina Española de Patentes y Marcas de suspenso recaída sobre la marca num. 2886386 "Dunston+logotipo", que se fundamenta en la oposición de la marca nacional num. 1684764 "Winston", marcas internacionales num. 913052 "Winston Classic", num 812217 "Winston" y num. "Winston Classic". Y en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial de 30 de noviembre de 2009 se publicó resolución de la citada Oficina Española de Patentes y Marcas de suspenso recaída sobre la marca num. 2886385 "Malimbo+logotipo", que se fundamenta en la oposición de la marca nacional num. 1710972 "Marlboro", Marca Comunitaria num.4020641 "Filet Cigarettes Marlboro". Esa denegación expresa de cada una de las marcas fue recurrida por el importador de tabaco, el acusado Jose Enrique , pero no consta la resolución de tal recurso. Igualmente, el acusado Jose Enrique había presentado escrito a Sanidad Exterior de 7 de septiembre de 2009, adjuntando muestras de cajetillas de Malimbo y Dunston para que se verificara "el contenido de escritura y lista de especificación"; y la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife le contestó a 9 de septiembre de 2009, mediante escrito de la Coordinadora de Sanidad Exterior, señalando que "respecto de las etiquetas aportadas, le informamos que si bien los contenidos máximos de nicotina y alquitrán cumplen con la normativa, el tamaño de las advertencias sanitarias obligatorias del paquete deben comprobarse con el paquete real. En cualquier caso, las medidas serán las indicadas en el Real Decreto 1079/2002 (RCL 2002, 2424) ".

SEGUNDO El Ministerio Fiscal, con un relato de hechos diferente al que se declara probado en esta sentencia, calificó los hechos como constitutivos de un delito de contrabando de los arts. 2.1 d), 2.3 b) y 3.2 de la Ley orgánica 12/95, de 12 de diciembre (RCL 1995, 3328) , de represión del contrabando, de tres delitos contra la propiedad industrial del art. 274.2 en relación con el apartado 1 del Código Penal (RCL 1995, 3170) , y de un delito de omisión del deber de perseguir delitos del art. 408 del Código Penal , acusando, en concepto de autores: 1) a los acusados Carlos María , Calixto , Germán , Onesimo , Carlos Alberto , Bartolomé , Florencio y Melchor respecto del delito de contrabando; 2) a los acusados Florencio y Melchor de un delito de contrabando en concurso real con un delito de omisión del deber de perseguir delitos; 3) al acusado Carlos María de un delito contra la propiedad industrial; 4) al acusado Jose Enrique de un delito contra la propiedad industrial; y 5) al acusado Balbino ; sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, salvo en el caso de Bartolomé para el que se pide la concurrencia de la circunstancia atenuante de confesión del art. 21.4 y 6 CP ; solicitando se le impusiera: 1) a los acusados Carlos María , Calixto , Germán , Onesimo , Carlos Alberto , Bartolomé , Florencio y Melchor respecto del delito de contrabando a cada uno de ellos la pena de 3 años de prisión, multa de cuatro millones de euros con responsabilidad personal de 4 meses de prisión en caso de impago, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena,

excepto para el acusado Calixto para el que se pide la pena de 2 años y 3 meses de prisión, accesoria, y multa de dos millones de euros con responsabilidad personal de 4 meses de prisión en caso de impago, para el acusado Carlos Alberto para el que se pide la pena de 1 año y 6 meses de prisión, accesoria, y multa de 1.233.000 euros con responsabilidad personal de 1 mes de prisión en caso de impago, y costas, y para el acusado Bartolomé para el que se pide la pena de 6 meses de prisión, accesoria, y multa de 1.233.00 euros con responsabilidad personal de 4 meses de prisión en caso de impago, y costas; 2) a los acusados Florencio y Melchor de un delito de contrabando en concurso real con un delito de omisión del deber de perseguir delitos a cada uno de ellos la pena de 2 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público; y 3), 4) y 5) a los acusados Carlos María de un delito contra la propiedad industrial, Jose Enrique de un delito contra la propiedad industrial, y Balbino a cada uno de ellos la pena de 18 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 18 meses a razón de 20 euros con responsabilidad personal en caso de impago; y a todos los acusados al pago de las costas. Asimismo, el acusado Carlos María , conjunta y solidariamente con las sociedades deberán indemnizar a la Agencia Tributaria en la cantidad de 1.087.959'53 euros por las cantidades defraudadas y no ingresadas a consecuencia de los hechos denunciados. Igualmente se pidió, en aplicación de lo dispuesto en el art. 5 de la Ley de contrabando en su redacción más favorable en los apartados a), c), d) y e), el comiso de todas las labores de tabaco, cartones, cajetillas que se encontraban en el contenedor NENU 994238-4, el propio contenedor NENU, los vehículos utilizados por los acusados para la comisión y transporte; y el comiso del dinero en efectivo incautado durante las prácticas de las entradas y registros en octubre y julio de 2009 y los equipos informáticos "de las empresas implicadas en los hechos y que se mencionan en la conclusión primera utilizados para cometer los hechos", y el comiso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 127 CP las labores de tabaco Malimbo y Dunston intervenidos durante la entrada y registro realizada en la nave sita en la CALLE001 de la sociedad Afiadeca, las partidas de tabaco localizadas y declaradas falsas; y el comiso de las cantidades de dinero provenientes del ilícito actuar e incautadas físicamente al acusado Balbino .

El Abogado del Estado, con el mismo relato fáctico, se adhirió en todo a las peticiones del Ministerio Fiscal, tanto en cuanto a las calificaciones jurídicas respecto de los delitos cometidos como en cuanto a las penas pedidas para todos y cada uno de los acusados.

TERCERO.- *La defensa de cada uno de los acusados solicitó la libre absolución por los delitos de las acusaciones. Además, las defensas de Florencio y Melchor plantearon, como alternativa a la petición principal de absolución, la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas y extraordinarias. Y las defensas de Carlos Alberto y de Bartolomé se mostraron conformes con la petición del Ministerio Fiscal .».*

SEGUNDO

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

« FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Carlos María , Calixto , Germán , Onesimo , Carlos Alberto , Bartolomé , Florencio , Melchor , Jose Enrique y Balbino de los delitos de que venían siendo acusados todos y cada uno de ellos por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, con declaración de oficio de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo, contra la que cabe interponer Recurso de Casación, en el plazo de cinco días, contados al día siguiente al de su notificación, anunciándolo ante esta Audiencia para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. ».

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción del ley, por quebrantamiento de forma y por vulneración de precepto constitucional, y el Abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, lo anunció por infracción de ley, recursos que se tuvieron por preparados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO

El recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, en escrito de 20 de octubre de 2015, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primer motivo.- Por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , por indebida inaplicación del artículo 2.1 d) y 2.3 b) de la Ley Orgánica de Represión de Contrabando 12/1995 (RCL 1995, 3328) , al ser ésta la norma vigente al momento de los hechos.

Segundo motivo.- Por vulneración de derecho constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836)) por falta de motivación de la sentencia.

QUINTO

El recurso formalizado por el Abogado del Estado en la representación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en escrito de 2 de noviembre de 2015, se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Único.- Por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , por infracción de los artículos 2.3 b) y 2.1 b) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre (RCL 1995, 3328) , de Represión del Contrabando , en relación con el artículo 1.6 de la misma y en relación con la Disposición Final Tercera de la Ley 13/1998, de 4 de mayo (RCL 1998, 1137) , de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria .

SEXTO

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Abogado del Estado, en su escrito de 30 de noviembre de 2015 se adhirió al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal en escrito de 22 de diciembre de 2015 apoya el recurso interpuesto por el Abogado del Estado. La representación procesal de Germán , Carlos María y Calixto , en su escrito de 3 de diciembre de 2015, la de Onesimo en escrito de 4 de diciembre de 2015, la de Bartolomé en escrito de 4 de diciembre de 2015,

la representación de Carlos Alberto en su escrito de 7 de diciembre de 2015, la de Florencio en escrito de 9 de diciembre de 2015, y la representación de Balbino en escrito de 9 de diciembre de 2015, impugnaron los recursos interpuestos. La representación procesal de Jose Enrique en su escrito de 30 de noviembre de 2015 y la representación procesal de Melchor en escrito de 7 de diciembre de 2015, se dan por instruidas de los recursos de casación interpuestos. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 31 de mayo de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El Procedimiento Abreviado 56/14 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Tenerife (que trae causa en el Procedimiento Abreviado 121/11 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, antes Diligencias Previas 1046/09), se ha seguido por los delitos de contrabando, omisión del deber de perseguir determinados delitos y contra la propiedad industrial. Los acusados fueron absueltos de todos los delitos de los que había sido respectivamente acusados y las acusaciones intervinientes han consentido el pronunciamiento absolutorio, salvo en lo relativo al delito de contrabando que se atribuía a los acusados Carlos María , Germán , Calixto , Onesimo , Carlos Alberto , Bartolomé , Florencio y Melchor.

En lo tocante al delito de contrabando, el Tribunal de instancia declara probado que Carlos María , con ocasión de su actividad profesional de importación, exportación, distribución y venta de tabaco, envió desde Tenerife a Barcelona una partida de 401.953 cajetillas de tabaco de diversas marcas, siendo el destinatario de la mercancía Carlos Alberto . Se recoge además que las cajetillas fueron enviadas en un contenedor, ocultas detrás de 121 neumáticos usados, y que tributariamente se declaró en aduanas que el cargamento estaba integrado exclusivamente por neumáticos usados.

Asimismo, el relato fáctico recoge que de los trámites para el despacho del contenedor se encargó Onesimo (propietario y administrador de la sociedad de despacho aduanero Agencia Calzadilla) y que para cargar el contenedor con el tabaco que iba a ser transportado, el acusado Bartolomé (transportista habitual de la Agencia Calzadilla) recogió el contenedor de su depósito en el muelle y lo trasladó a la nave que Carlos María tenía en el POLÍGONO000 de Santa Cruz de Tenerife, donde se abordó la operación de carga; añadiendo la sentencia que Bartolomé trasladó después el contenedor hasta su flete, obrando en la carta de transporte que el contenedor se había recogido en una nave del POLÍGONO001 y no en el POLÍGONO000 .

Finalmente, la sentencia describe que el contenedor llegó a Barcelona, donde cumplió los trámites aduaneros conforme a la naturaleza de la mercancía que había sido declarada y fue transportado después a la nave propiedad de Carlos Alberto ; lugar donde fue intervenido por agentes de la Guardia Civil y de los servicios de Vigilancia Aduanera de Barcelona.

SEGUNDO

El Ministerio Fiscal y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, formulan recurso de casación por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM y sostienen que la Sentencia de instancia inaplica indebidamente el artículo 2.1.d y 2.3.b, de la Ley Orgánica de represión del contrabando (LO 12/1995, de

12 de diciembre (RCL 1995, 3328)). No obstante, el recurso interpuesto por el Ministerio Público -al que se adhiere la AEAT- expresa que al basarse el pronunciamiento absolutorio en la consideración del Tribunal de instancia de que los hechos enjuiciados resultan atípicos, el Tribunal renunció a pronunciarse sobre la concreta participación que en los hechos pudieron tener muchos de los acusados, sin motivar tampoco el porqué de un convencimiento judicial que no se materializó. Denuncian así una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) , en relación con el artículo 24.1 de la CE (RCL 1978, 2836) y, por entender que los hechos sí pueden ser subsumibles en el tipo penal que la acusación sustentaba, reclaman la nulidad de la sentencia y la repetición del Juicio Oral por un Tribunal configurado con Magistrados diferentes de aquellos que dictaron la resolución que se impugna, a fin de que se realice el juicio de participación de ha resultado eludido.

Pese a que la sentencia de instancia describe el furtivo envío de las labores de tabaco en la manera que se ha descrito anteriormente, la Audiencia Provincial entiende que los hechos no son susceptibles de integrar el delito de contrabando sustentado por las acusaciones. Afirma la sentencia que el tabaco ha dejado de ser género estancado para operaciones de venta al por mayor y extrae su conclusión de que por género estancado debe entenderse aquellos productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio (según dispone el artículo 1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre , de represión del contrabando), puesto en relación con que la Ley 13/1998, de 4 de mayo (RCL 1998, 1137) , de ordenación del Mercado de Tabacos, liberalizara y extinguiera el monopolio para la importación y comercialización al por mayor de labores de tabaco manufacturado, que hasta entonces venía establecido en la Ley 38/1985, de 22 de noviembre (RCL 1985, 2827) , del Monopolio Fiscal de Tabacos.

Frente a la consideración del Tribunal de instancia, las acusaciones defienden que todas las labores de tabaco siguen teniendo la consideración de género estancado y que, al haber circulado de manera clandestina el envío enjuiciado -en consideración al régimen fiscal específico de Canarias-, los hechos integran el delito por el que se formuló la acusación, esto es, el delito contemplado en los artículos 2.1.d y 2.3.b de la Ley de represión del contrabando. Sostienen además que aún en el supuesto de que no fuere género estancado -lo que no asumen-, los hechos serían constitutivos del delito previsto en el artículo 2.1.a de la misma ley , que condena a los que importen o exporten mercancías de lícito comercio de valor superior a 150.000 euros, sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.

TERCERO

Nuestro Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) no incluye en su redactado los delitos de contrabando, que se regulan a través de una ley penal especial, cual es la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre (RCL 1995, 3328) , de represión del contrabando. La ley, como se indicaba en su exposición de motivos, vino a revisar la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de Julio (RCL 1982, 2029) , para contemplar una serie de aspectos que el legislador consideró entonces ineludibles, de entre los que destaca que la nueva norma: 1) Actualizó el límite cuantitativo que permitía deslindar el delito, de la infracción administrativa; un importe que fue nuevamente reformado con ocasión de la redacción dada a la Ley de represión del contrabando por L.O. 6/2011, de 30 de junio (RCL 2011, 1260) y que constituye el actualmente vigente. 2) Incluyó como operaciones ilícitas las que se realizaran con especies de flora y fauna amenazadas de extinción, así como las relativas a los precursores de drogas. 3) Colmaba algunas lagunas de punición que se habían puesto de manifiesto en la ley de 1982 y 4) Adaptaba la normativa española no sólo a la

situación derivada de la configuración de la Unión Europea como un mercado interior, sino -y se indicaba expresamente en la exposición de motivos- a la nueva situación producida tras la incorporación de la Comunidad Autónoma Canaria al territorio aduanero comunitario, no obstante no formar parte del sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Novedad importante respecto de la legislación anterior, fue también la introducción de un título preliminar (integrado sólo por el artículo 1 de la Ley), en el que se fija la definición o interpretación auténtica de diferentes conceptos normativos que a la materia se refieren. En su redacción originaria, la Ley Orgánica 12/1995 (RCL 1995, 3328) (texto vigente cuando los hechos enjuiciados se perpetraron) contempló el concepto que aquí interesa y estableció que se entenderá por Géneros o efectos estancados: " *Los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición*".

Debe observarse así que las labores de tabaco integran el concepto de género estancado por sí mismas, con independencia de cual sea el territorio desde el que se aborde su importación y con independencia también del régimen monopolístico o libre al que pueda someterse su elaboración o comercio. De este modo, la exposición de motivos de la LO 12/1.995 (RCL 1995, 3328) , de represión del contrabando, expresamente indicaba que " *El impacto social, económico y recaudatorio del comercio ilegítimo de labores del tabaco obliga a intensificar la reacción jurídica frente a este ilícito. A tal fin, se considerarán géneros estancados, a efectos de la nueva Ley, las labores del tabaco, aunque se trate de mercancías comunitarias*".

Es cierto que la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea y la prohibición de monopolios establecida en los artículos 37 y 90 del Tratado de Roma (RCL 1999, 1205) , determinaron la promulgación de la vigente Ley 13/1998, de 4 de mayo (RCL 1998, 1137) , de ordenación del mercado de tabaco y normativa tributaria, que la sentencia de instancia invoca, así como que en dicha ley se suprimió el carácter monopolístico de toda actividad industrial o comercial mayorista relativa al tabaco (sin importar su procedencia), manteniéndose únicamente el monopolio estatal para su venta al por menor. En todo caso, la liberación comercial que introdujo la reforma, no modificó la consideración de las labores de tabaco como género estancado; lo que se observa claramente de una conjunción de elementos, como son:

1. Las labores de tabaco, tal y como expresamente fija el precepto, tienen la consideración legal de género estancado, con independencia del régimen de comercialización libre o en monopolio al que estén sometidas. El legislador indica expresamente que además de los artículos o productos cuya fabricación o cualquier otra actividad esté sometida al régimen de monopolio, es género estancado -en todo caso- el tabaco (" *así como* " las labores de tabaco, dice la ley). Una redacción que se introdujo en el artículo 1.6 de la Ley de represión del contrabando de 1995, pero que se mantuvo en el artículo 1.11 con ocasión de su reforma operada por LO 6/2011 (RCL 2011, 1260) , pese a haberse producido ya una liberalización de su comercialización al por mayor.

2. El propio legislador reflejó la no afectación de la liberación del mercado de tabaco a la legislación punitiva de nuestro país en materia de contrabando, introduciendo en la Disposición Final Tercera de la Ley 13/1.998 (RCL 1998, 1137) , de ordenación del mercado de tabaco, que " *La presente Ley no comportará por sí misma modificación alguna de lo establecido en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre (RCL 1995, 3328) , de Represión del Contrabando, ni de las actuales restricciones sanitarias en materia de publicidad y venta de tabacos*".

3. No puede obviarse que el redactado de la norma sancionadora resulta incompatible con la interpretación que se realiza, pues si las operaciones comerciales con labores de tabaco sólo fueran susceptibles de integrar el tipo delictivo cuando sean operaciones mercantiles al por menor (por ser la única fase de su comercialización en la que se mantiene el régimen de monopolio), resultaría de inalcanzable aplicación el tipo penal establecido por nuestro legislador para el contrabando de estas sustancias, dado que el artículo 2.3.b de la Ley de represión del contrabando (en su redacción dada por la Ley LO 6/2011 (RCL 2011, 1260)), exige que la acción delictiva se proyecte sobre partidas de tabaco que tengan un valor comercial mínimo de 15.000 euros y

4. El bien jurídico protegido en los tipos penales cuya aplicación se reclama, no es sólo la Hacienda Pública (bien jurídico que encontraría suficiente protección en los artículos 305 y ss de nuestro Código Penal (RCL 1995, 3170)), sino también las funciones de policía y el servicio público de la Administración del Estado. Y si se justifica la protección penal de esta manifestación del Estado (tanto respecto a su eficacia en la distribución final del producto, como incluso respecto de la fase de producción y comercialización mayorista de determinados artículos), es por garantizar su correcta operatividad.

La finalidad de eliminar la competencia en la distribución final del producto al consumidor y evitar así la merma de ingresos tributarios en el comercio minorista del tabaco, impone adelantar los elementos de vigilancia hasta el proceso de fabricación, exportación, importación y distribución del producto al por mayor, por razones de estricta eficacia. Es cierto que la exposición de motivos de la Ley 13/1998, de 4 de mayo (RCL 1998, 1137) , expresamente indicaba " *La Ley 38/1985, de 22 de noviembre (RCL 1985, 2827) , del Monopolio Fiscal de Tabacos, dictada con motivo de la incorporación de España a las Comunidades Europeas, debe ser reformada para aplicar en el sector tabaquero español el principio de «libertad de empresa», consagrado en el artículo 38 de la Constitución , a las actividades de elaboración, importación y venta al por mayor de los productos del tabaco* "; pero la propia Ley expresaba también que esa liberalización no debía entrañar un abandono del control del mercado y reflejaba expresamente " *Se trata, por tanto, de sustituir para las repetidas fases la intervención del Estado en el mercado del tabaco por una nueva actividad meramente reguladora o de vigilancia que salvaguarde la aplicación de los criterios de neutralidad y las condiciones de libre competencia efectiva, de tal forma que, dejando actuar a todos los sujetos que lo deseen, se supervise por un órgano estatal el correcto desenvolvimiento de tal actividad empresarial* ".

Y más allá del mero control de los ingresos tributarios, es la propia naturaleza de los distintos productos calificados como género estancado, la que introduce la necesidad de supervisión de su mercado. Razones de sanidad, de garantía de suministro o de orden público, pueden añadirse a los intereses tributarios, para justificar la actividad regulatoria estatal de estos mercados tan específicos, aún cuando el régimen de monopolio abarque sólo a una fase del proceso de producción o de comercialización.

En este sentido, y con relación una vez más a las labores de tabaco, la exposición de motivos de la Ley 13/1998 (RCL 1998, 1137) , expresaba que " *El mantenimiento de la titularidad del Estado en el monopolio de comercio al por menor de labores de tabaco, que continúa revistiendo el carácter de servicio público, constituye un instrumento fundamental e irrenunciable del Estado para el control de un producto estancado como es el tabaco, con notable repercusión aduanera y tributaria* ", pero añadía después que: " *Por añadidura, la continuidad de la amplia red minorista de Expendedurías de Tabaco y Timbre, con garantía probada de neutralidad, evita la aparición de oligopolios que podrían afectar negativamente a dicha neutralidad, recortar el derecho de opción del consumidor y promocionar el consumo de tabaco, garantiza al adquirente la regularidad en el abastecimiento y la legalidad y adecuada*

conservación de los productos... ".

Es esta naturaleza del producto la que hizo que la Ley expresamente indicara que la liberación comercial de las operaciones al por mayor de labores de tabaco, no modificaba las restricciones sanitarias en materia de publicidad, venta o consumo de tabacos (Disposición Final Tercera). Y es esta naturaleza del producto la que justificaba que la Ley previera mecanismos especiales de control de su mercado. La necesidad de control de la actividad con labores de tabaco, determinó que la liberalización de su comercio al por mayor viniera acompañada de la creación del Comisionado para el Mercado de Tabacos; un organismo regulador, con unas muy importantes funciones de vigilancia (abarcadas por el bien jurídico protegido), entre las que se encontraba (y por hacer sólo referencia a operaciones de tabaco al por mayor): la supervisión de la instalación de los centros fabriles; la verificación de la idoneidad de los centros de almacenamiento de tabaco en los centros de producción (artículo 2 de la Ley 13/1998 (RCL 1998, 1137)); la supervisión de cualquier operación de importación al por mayor de labores de tabaco, tanto para verificar la idoneidad de su posterior almacenamiento, como para comprobar su origen y sus movimientos (artículo 3.2); así como permitir esas mismas funciones de control del almacenamiento, del origen y de la circulación de las partidas de tabaco, respecto de cualquier operación de distribución al por mayor (artículo 3.3). Un control de movimientos que posibilita precisamente la supervisión de las condiciones sanitarias de un producto destinado al consumo humano por un lado, y que permite verificar que el tabaco únicamente se suministre a los expendedores autorizados (artículo 3.4); en similares condiciones de servicio para todos ellos (artículo 3.5); sin posibilidad de subvencionar a los distribuidores y poder alterar así la exclusión legal de que los productores y mayoristas participen en la distribución final del producto (artículo 3.6, en relación con el artículo 1.2.C); además de permitir controlar los precios de venta con los que operan los mayoristas, no sólo por afectar directamente al interés correspondiente a la Administración Tributaria (artículo 4.2), sino en garantía de que se remunera a los distribuidores en la forma establecida en la ley (artículo 4.2, en relación con el artículo 3.4 del mismo texto legal).

CUARTO

Los tipos penales por los que se formuló acusación son los recogidos en los artículos 2.1.d y 2.3.b de la LO 15/1995 (RCL 1995, 3494) . En su redacción vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, el artículo 2.1.d de la mencionada Ley penal especial establecía que cometerían delito de contrabando los que: "*Realicen operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes "*; y si bien la conducta sólo resultaba punible (2.1.d) cuando viniera referida a bienes o mercancías que tuvieran un valor igual o superior a 3.000.000 de pesetas (18.030 euros), en los supuestos en los que la acción recayera sobre labores de tabaco la conducta resultaba punible siempre que el importe de la mercancía alcanzara un valor de 1.000.000 de pesetas (6.010 euros). Esta previsión sancionadora se ha mantenido tras la reforma de la norma penal especial operada por Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio (RCL 2011, 1260) que, pese a reformular la tipificación de estas conductas, sigue sancionando en el actual artículo 2.2.b a quienes "*Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de: [...] Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes "*, siempre que -para los supuestos en los que consista en labores de tabaco- el valor de la mercancía sea superior a los 15.000 euros (artículo 2.3.b).

La exigencia de que la operativa comercial contravenga la normativa legal complementaria, exige integrar la conducta descrita, con la vigente Ley 38/1992, de 28 de diciembre (RCL 1992, 2787 y RCL 1993, 150) , de Impuestos Especiales, que establece una doble tributación para determinados productos,

pues suma un impuesto especial de fabricación al Impuesto sobre el Valor Añadido, por el coste social que implica el consumo de estos artículos. Y si el Impuesto sobre el Valor Añadido es inexistente en la Comunidad Autónoma de Canarias (en la que el impuesto equivalente respecto del mismo hecho imponible es el Impuesto General Indirecto Canario, con un tipo impositivo privilegiado), debe observarse además que nuestra Ley de Impuestos Especiales, expresamente establece que el impuesto especial de fabricación sobre labores de tabaco (art. 2.3), resulta exigible en todo el territorio español, a excepción de las islas Canarias, Ceuta y Melilla (art. 3), por lo que considera importación la introducción de estos productos desde el archipiélago Canario hasta el resto de territorio español, desde dos previsiones concretas:

a. Que se entenderá por importación " *La entrada en el territorio de la Comunidad de productos objeto de los impuestos especiales de fabricación, a menos que los productos, en el momento de su entrada en dicho territorio, sean incluidos en un procedimiento o régimen aduanero suspensivo, así como su despacho a consumo partiendo de un procedimiento o régimen aduanero suspensivo* " (art. 4.19) y

b. Que las Islas Canarias no tienen la consideración de Territorio de la Comunidad a los efectos de esta Ley (art. 4.7).

Dicho de otro modo, las labores de tabaco (sujetas en el archipiélago al IGIC y a la Ley autonómica 1/2011, de 21 de enero, del impuesto sobre las labores del tabaco y otras medidas tributarias) cuando salen del territorio de Canarias y se introducen en el territorio español peninsular, están gravadas por el Impuesto del Valor Añadido y por el Impuesto Especial de Fabricación del artículo 5.1 de la Ley 38/1992 (con la solas excepciones recogidas en los artículos 9 y 61 de la Ley, en absoluto apreciables en este supuesto), por lo que su importación está sujeta además a la declaración aduanera en los términos expresamente previstos en el artículo 18.5 de la misma norma .

QUINTO

Desde esta consideración es desde la que el Ministerio Público formula su denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación de la sentencia. El que la sentencia pivote sobre la consideración legal de que las labores de tabaco no son por definición géneros estancados, lleva al Ministerio Público a pensar que puede haber impulsado al Tribunal a absolver a todos los acusados del delito de contrabando, sin realizar el más mínimo análisis sobre su participación en los hechos, lo que entiende que entraña un quebranto de su derecho a la tutela judicial efectiva.

1. Es doctrina pacífica que el Ministerio Fiscal está legitimado para articular motivos casacionales con base en los artículos 5.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) y 852 de la LECRIM , es decir, por vulneración de derechos fundamentales. La posibilidad no sólo encuentra justificación en la defensa de los derechos constitucionales correspondientes a alguna de las partes intervinientes en el procedimiento, en cumplimiento de la obligación del Ministerio Fiscal de velar por la legalidad, sino también en que el Ministerio Público resulta ser específico titular de esos mismos derechos. El derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836) , como derecho a la prestación de la actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, es un derecho que se ha declarado corresponder a personas físicas y jurídicas, de carácter público o privado, siempre que la ley les reconozca capacidad en el proceso (SSTS [sic] 64/1998, de 12.4 y 99/1989, de 5.6 (RTC 1989, 99)). El derecho va así anudado a la posición de parte procesal y, entre ellas, a la sustentada por el Ministerio Fiscal, quien cuenta además con la justificación de ser su actuación en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley que le atribuyen el artículo 124.1 CE y los artículos 1 y 3.1 de su

Estatuto Orgánico (STS 731/2003 (RJ 2003, 7650)); criterio de legitimación expresamente acogido en los Plenos no jurisdiccionales de esta Sala Segunda de 9 de marzo de 1993 y 27 de febrero de 1998, con desarrollo en pacífica jurisprudencia posterior.

2. De otro lado, debe tenerse presente doctrina imperante respecto a la limitación de que un pronunciamiento absolutorio pueda transformarse en resolución de condena con ocasión del ejercicio de un recurso devolutivo.

Como resumía nuestra reciente sentencia 484/2015, de 7 de septiembre (RJ 2015, 4178) , " *El hito inicial en nuestro ordenamiento de ese estándar hay que situarlo en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002, 167) . Se ha reiterado luego en más de un centenar de pronunciamientos del TC (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero (RTC 2009, 21) , o 24/2009, de 26 de enero (RTC 2009, 24) , 80/2013 (RTC 2013, 80) o 120/2013 (RTC 2013, 120)) y la STS 370/2014, de 9 de mayo (RJ 2014, 2803) .*

Tal doctrina, bien asentada en la actualidad, hunde sus raíces en una más lejana en el tiempo emanada del TEDH. La STEDH Ekbatani contra Suecia es un primer punto de referencia (26 de mayo de 1988 (TEDH 1988, 10)). Luego vendrían otras tres que comparten fecha: 29 de octubre de 1991 (TEDH 1991, 44) (casos Helmer, Jan-Ake Anderson y Fejde respectivamente contra Suecia). La doctrina ha sido refrendada en múltiples pronunciamientos más próximos en el tiempo: SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (TEDH 2000, 68) (TEDH 2000, 68) (casos Cooke contra Austria y Stefanelli contra San Marino); 27 de junio de 2000 (TEDH 2000, 145) (TEDH 2000, 145) (caso Constantinescu contra Rumania) y 25 de julio de 2000 (TEDH 2000, 404) (TEDH 2000, 404) (caso Tierce y otros contra San Marino) , y con matices y variaciones y modulaciones, muchas posteriores.

El respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, integrantes los tres del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2CE (RCL 1978, 2836)), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que proclama ex novo la culpabilidad en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción sobre la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en apelación -o casación- se plantean cuestiones de hecho referidas a la valoración o ponderación de pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, deviene imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. El Tribunal de apelación ha de oír personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado declaración en el acto del juicio, dada la naturaleza personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Sin esa percepción directa no podrá modificar los hechos probados para conducir a la condena del acusado.

Queda a salvo lo que es valoración estricta de cuestiones jurídicas. La revisión puramente jurídica de una sentencia absolutoria para sustituirla por un pronunciamiento condenatorio sin afectar en nada de signo agravatorio al relato fáctico de la sentencia de instancia es legítima y conforme con esa reiterada doctrina. Ni la revisión en beneficio del reo ni la fiscalización, aunque sea contra reo, de la subsunción jurídica penal están vedadas " (SSTC 170/2002 (RTC 2002, 170) , STC 45/2011 (RTC 2011, 45) y SSTEDH de 16 noviembre 2010 (TEDH 2010, 111) , caso Garcí a Hernández c. España § 24; 16 diciembre 2008 (TEDH 2008, 101) , caso Bazo González c. España § 30).

La STEDH de 22 de octubre de 2013 (TEDH 2013, 81) -caso Naranjo Acevedo c. España- recogía expresamente que cuando el Tribunal Supremo en vía de recurso se pronuncia sobre la definición

jurídica del delito con carácter general, analizando el alcance de aspectos puramente jurídicos y sin que los hechos probados en primera instancia hayan sido modificados, no se requiere audiencia específica. Otra exégesis cancelaría la posibilidad de recurso de casación contra toda sentencia absolutoria pues, como se afirmaba en el acuerdo del Pleno de esta Sala de 19 de diciembre de 2012, no existe un trámite idóneo para esa audiencia personal.

3. En todo caso, las limitaciones expuestas se materializan particularmente en todos aquellos supuestos en los que por la estricta sujeción a unos hechos probados insuficientemente formulados, pero entendiéndose oportuna la revisión del alcance de los aspectos puramente jurídicos de la sentencia, no pueda alcanzarse ningún pronunciamiento revisor eficaz.

Esta Sala tiene declarado que la necesidad de motivar las sentencias viene referida también a los pronunciamientos absolutorios, por una triple razón: De un lado, porque la obligación constitucional de motivar las sentencias contenida en los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución, no excluyen las sentencias absolutorias. De otro porque, como se ha dicho, la tutela judicial efectiva también corresponde a las acusaciones en cuanto al derecho a una resolución fundada. Y de otro, porque la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogida en el artículo 9.3 de la CE, afecta a todas las decisiones del Poder Judicial, tanto a las condenatorias, como a las absolutorias. Y aún cuando la jurisprudencia también destaca que las sentencias absolutorias no necesitan motivar la valoración de pruebas que enervan una presunción de inculpabilidad que ya existente a favor del acusado y reconozca que para considerar suficientemente justificada una absolución debería basta con expresar la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación, es cierto que la interdicción de la arbitrariedad obliga a que el órgano jurisdiccional muestre que no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda; de manera que si los hechos objeto de enjuiciamiento pueden ser constitutivos de infracción penal y se ha presentado prueba concreta de cargo, el tribunal viene obligado a expresar las razones por las que el órgano de enjuiciamiento no ha alcanzado la convicción del acaecimiento de la realidad sustentada por la acusación o no entiende plenamente confirmado que los acusados hayan tenido una voluntaria participación en ellos. Decíamos en nuestra STS 1005/2006, de 11 de octubre (RJ 2006, 7663), "*En este sentido, cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia añadida de algún dato o elemento, explícito o implícito, pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación*".

En el caso de autos, pese a la abundante prueba extraída de la intervención de las comunicaciones telefónicas, y a pesar de las numerosas pruebas testificales, periciales y documentales que se han presentado después de una ardua investigación policial y sumarial, el Tribunal de instancia omite cualquier análisis sobre la participación que en los hechos pudieron tener los acusados Calixto, Germán, Onesimo, Florencio y Melchor. Una insuficiente motivación que es igualmente constatable respecto de Bartolomé, de quien sólo se afirma que es transportista habitual de la entidad Calzadilla, así como que llevó el contenedor a la nave donde se cargó con las labores de tabaco y lo condujo después hasta el puerto (con una carta de transporte diferente al trayecto realmente realizado), pero sin indicar si tuvo conocimiento de la carga concreta que portaba. Y la misma objeción se aprecia respecto de la participación de Carlos Alberto, únicamente aludido como destinatario de la mercancía, pero sin resolver la intencionalidad y la participación sustentada por las acusaciones.

La resolución impide no solo conocer las razones de exclusión de responsabilidad a cada uno de los acusados, sino subsumir los hechos al tipo penal aplicable, generando así el quebranto de tutela judicial que se denuncia. El motivo debe ser estimado, decretándose la nulidad de la sentencia de instancia, a fin

de que el Tribunal que procedió al enjuiciamiento, dicte nueva sentencia en la que valore la prueba practicada en los términos en los que se ha expuesto.

III. FALLO

Que debemos estimar parcialmente el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra la Sentencia dictada el 27 de mayo de 2015 (PROV 2015, 250142) por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Tenerife, en su Rollo de Sala 56/2014, dimanante del Procedimiento Abreviado 121/11 de los del Juzgado de Instrucción nº 4 de Santa Cruz de Tenerife; declarándose la nulidad de la sentencia en lo relativo al delito de contrabando del que venían acusados Carlos María, Germán, Calixto, Onesimo, Carlos Alberto, Bartolomé, Florencio y Melchor, habiéndose de dictar nueva resolución por el órgano de enjuiciamiento, en los términos expuestos. Se declaran de oficio las costas procesales causadas con ocasión de la tramitación de este recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tourn Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro **Pablo Llarena Conde Juan Saavedra Ruiz**

PUBLICACION

.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Pablo Llarena Conde, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.