

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 293/2007

*RECURSO CASACION N°:*1894/2006

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha Sentencia: 10/04/2007

Ponente Excmo. Sr. D.: Diego Ramos Gancedo

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: MBP

- **Recurso de apelación contra sentencia dictada por Tribunal de Jurado.**
- **Delito de cohecho.**
- **Cuestiones previas del art. 36 L.O.T.J.**
- **Presunción de inocencia: material fotográfico obtenido por la Guardia Civil en la investigación.**
- **Delito provocado.**
- **Prueba documental aportada al Tribunal de apelación. Doctrina general.**
- **Prescripción.**
- **Derecho a ser informado de la acusación.**
- **Cohecho.**

Nº: 1894/2006

Ponente Excmo. Sr. D.: Diego Ramos Gancedo

Vista: 29/03/2007

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 293/2007

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Abril de dos mil siete.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por

las representaciones de los acusados **ANTONIO BERRIO LAJAS** y **MARCIAL DORADO BAULDE**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de los citados acusados contra sentencia de fecha 28 de noviembre de 2.005 de la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 16, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente por los Procuradores Sr. Zabala Falcó y Sra. Guinea Ruenes.

I. ANTECEDENTES

1.- Seguido por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 16, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 15 de Madrid bajo el nº 1/2005 de Ley de Jurado, se dictó sentencia con fecha 28 de noviembre de 2.005, que contiene los siguientes Hechos Probados: *1º) Los acusados Antonio Berrio Lajas, mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Marcial Dorado Baulde mayor de edad, sin antecedentes penales de común acuerdo y en fechas comprendidas entre el 5 de mayo de 1.997 a 7 de julio de 1.998, en varias ocasiones y en distintos lugares del territorio nacional, entregaron a los agentes de la guardia civil nº 11.070.543 y nº 28.736.323 diferentes cantidades de dinero: y así: A) Antonio Berrio les entregó en la localidad de Navalcarnero el día 24-5-97 la cantidad de 300.000 pts. B) Antonio Berrio les entregó el día 7-7-97 en la localidad de Sevilla la cantidad de 1.000.000 pts. C) Marcial Dorado les entregó en la localidad de Bayona el día 26-7-97 100.000 pts. D) En Bayona, Marcial Dorado les entregó la cantidad de 100.000 pts. el día 3-8-97. E) Marcial Dorado y Antonio Berrio les entregaron el día 10 de septiembre de 1.997 en la localidad de Navalcarnero, 2.000.000 pts. F) Antonio Berrio les entregó el día 21 de diciembre de 1.997 en la localidad de Navalmoral de la Mata, 600.000 pts. G) Marcial Dorado les entregó el día 16 de enero de 1.998 en la localidad de Santiago de Compostela, 200.000 pts. H) Marcial Dorado les entregó en fecha 28 de febrero de*

1.998 en la localidad de Santiago de Compostela, la cantidad de 400.000 pts. I) Marcial Dorado les entregó con fecha 13 de marzo de 1.998 en la localidad de Santiago de Compostela la cantidad de 200.000 pts. J) Marcial Dorado les entregó en fecha 29 de abril de 1.998 en la localidad de Madrid la cantidad de 120.000 pts. 2º) Dichas entregas tenían por finalidad que éstos les ayudasen y colaborasen en su actividad de introducir importantes cantidades de tabaco en territorio español eludiendo la vigilancia aduanera, por importe no determinado, pero en todo caso notoriamente superior al millón de pts.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: *FALLAMOS: Debo condenar y condeno a Marcial Dorado Baulde y a Antonio Berrio Lajas como autores penalmente responsables de un delito de cohecho sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya tipificado a la pena de 3 años de prisión y multa de 60.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 60 días a cada uno de ellos y abono de las costas causadas por mitad. Dése el destino legal al dinero intervenido. Acredítese la solvencia o insolvencia de los acusados. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, en el plazo de diez días, a contar desde la última notificación.*

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por las representaciones de los acusados Antonio Berrio Lajas y Marcial Dorado Baulde, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 12 de julio de 2.006, cuya Parte Dispositiva es la siguiente: *Que debemos desestimar como desestimamos los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores D^a Eva María Guinea Ruenes y D. Javier Zabala Falcó, respectivamente en nombre y representación de los acusados Marcial Dorado Baulde y Antonio Berrio Lajas, contra la sentencia dictada por la Il^{ma}. Sra. Magistrada-Presidenta del Tribunal del jurado D^a Rosa E. Rebollo Hidalgo, de la Sección 16^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento del Tribunal del Jurado n^o 1/2005, procedente del Juzgado de Instrucción n^o 15 de Madrid, sin especiales declaraciones sobre las costas de este recurso. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 2^a del Tribunal Supremo, que puede ser interpuesto, dentro del plazo de cinco días contados desde la última*

notificación de la sentencia, por medio de escrito autorizado por Abogado y Procurador. Dedúzcase testimonio de esta resolución y, una vez firme, remítase, en unión de los autos originales, al Tribunal de procedencia.

3.- 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 representaciones de los acusados **Antonio Berrio Lajas** y **Marcial Dorado Baulde**, 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.

4.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **ANTONIO BERRIO LAJAS**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., en relación a los arts. 14, 18 y 24.1.2 de la C.E. por infracción de precepto constitucional al amparo del apartado 4 del artículo 5 de la L.O.P.J. en relación con el artículo 24 de la C.E., por entender vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva con indefensión, audiencia, contradicción y bilateralidad, intimidad; Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del número primero del art. 849 L.E.Cr., al haberse infringido el art. 18 y 28-a) en relación con el 423, 424 y siguientes del C. Penal; Tercero.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del número dos del artículo 849 L.E.Cr., basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, en relación con los arts. 724 y 725 de la L.E.Cr. y el art. 46 de la Ley del Jurado; Cuarto y Octavo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del número uno del artículo 850 L.E.Cr., por haberse denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma, se considera pertinente. Y por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. tres del art. 851 L.E.Cr., por no haber resuelto la sentencia sobre la incorporación a los autos de unos escritos y documentos dirigidos por esta representación a la Sala en fechas, 22 de mayo del 2.006 y 29 de junio del 2.006; Quinto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 1º del art. 850 L.E.Cr., por haberse denegado alguna diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma no se consideró pertinente; Sexto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 3 del art. 850 L.E.Cr., en relación con el nº 5, párrafo último del art. 46 de la Ley del Jurado por haberse negado la Presidencia del Tribunal a que un testigo contestara a la pregunta o preguntas que

se le dirigieron siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa; Séptimo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del n° 1, inciso segundo, del art. 851 L.E.Cr., en relación con el párrafo último del art. 46 de la Ley del Jurado, por resultar manifiesta la contradicción habida entre los hechos declarados probados en la sentencia y las contradicciones existentes entre las declaraciones de los dos testigos de cargo; Octavo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del n° 3 del art. 851 L.E.Cr., por no haber resuelto la sentencia sobre la incorporación a los autos de unos escritos y documentos dirigidos por esta representación a la Sala en fechas 22 de mayo del 2.006 y 29 de junio del 2.006.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **MARCIAL DORADO BAULDE**, lo basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L.O.P.J., por considerar que se vulnera el art. 24.2 de la C.E. Delito provocado; Segundo.- Por infracción de precepto constitucional (art. 24.2 de la C.E.: derecho a la presunción de inocencia) al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L.O.P.; Tercero.- Por infracción de precepto constitucional (art. 24.2 C.E.: derecho a ser informado de la acusación formulada contra una persona en los términos y plazos que señala el art. 309 bis de la L.E.Cr.) al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L.O.P.J.; Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2° L.E.Cr. por errores fácticos en la valoración de la prueba al haber incluido en la declaración de hechos probados elementos fácticos no acaecidos o sustentados en documentos que carecen de tal valor; Quinto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 L.E.Cr., por aplicación indebida del art. 419 en relación con el art. 423.1° ambos del C. Penal; Sexto.- Por infracción de precepto constitucional (art. 24.2 de la C.E.: derecho a un proceso sin dilaciones) al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L.O.P.J.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, se opuso a los motivos, impugnándolos subsidiariamente, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma el día 29 de marzo de 2.007, con la asistencia del Letrado recurrente D. Félix Pancorbo Megueruela en defensa del acusado Antonio Berrio Lajas y del Letrado D. Ricardo Martínez Barros en defensa del también acusado Marcial Dorado Baulde, que

mantuvieron sus recursos, y con la también presencia del Ministerio Fiscal que se ratificó en su informe.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Madrid condenó a los acusados como responsables en concepto de autores de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 en relación con el 423.1º C.P. Esta sentencia condenatoria fue confirmada por el TSJ de Madrid al desestimar los recursos de apelación interpuestos por los acusados contra la misma. Los presentes recursos de casación se interponen, por consiguiente, contra la sentencia del TSJ de Madrid.

RECURSO DE ANTONIO BERRIO LAJAS

SEGUNDO.- El primer motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., en relación a los arts. 14, 18 y 24.1 y 2 de la C.E., por entender vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva con indefensión, audiencia, contradicción y bilateralidad, intimidad

Se queja el recurrente de que la sentencia "obvia cualquier consideración a la ilegalidad y nulidad denunciada sobre determinados medios probatorios, justificando la improcedencia de tal impugnación al inicio del juicio a través de cuestiones previas, reproduciendo una jurisprudencia que en modo alguno justifica tal decisión y limitándose ignorar y a pasar por alto que la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado no plasmó en Auto motivado la inadmisión in voce de las cuestiones previas, que, en tiempo y forma, esta representación presentó recurso de apelación contra la resolución in voce de inadmisión y, además, que reprodujo el motivo de queja e impugnación en el recurso de apelación desestimado y ahora recurrido".

La censura carece de todo fundamento y debe ser desestimada por las mismas razones que expone la sentencia impugnada, dado que, en efecto, la existencia de infracciones procesales o de pruebas consideradas nulas o ilícitamente obtenidas -cuando de juicio ante el Jurado se trate y se hayan cometido las infracciones denunciadas con anterioridad o en fase de instrucción, particularmente en lo relativo al material probatorio propuesto por las partes acusadoras o la

defensa, incluso respecto de las decisiones adoptadas por el Magistrado-Presidente en lo relativo a la exclusión de diligencias probatorias a practicar ante el Tribunal del Jurado-, deben hacerse valer en la vía impugnatoria expresamente prevenida al respecto en cuanto al planteamiento de las cuestiones previas establecidas en el art. 36 de la Ley del Jurado o mediante la impugnación prevenida en el art. 37 de la misma, todo ello en relación con lo dispuesto en los arts. 666, 668 a 677 y 846-bis-a) de la L.E.Cr. Nada se hizo así, ni en ese momento ni con anterioridad al inicio de las sesiones del juicio oral, pretendiéndose trasladar dicho planteamiento al inicio de sus sesiones, por lo que, como señala el citado art. 36, no se cuestionó hasta entonces y en la vía legal y procesal establecida la posible vulneración de derecho fundamental alguno o la exclusión de medios de prueba de la acusación, por lo que se estimaron debidamente aceptados dichos medios probatorios o diligencias, por supuesto, sin perjuicio de la valoración que de los mismos hiciera el Jurado en su veredicto.

En relación con el recurso de apelación formulado por el acusado contra la denegación "in voce" de las cuestiones previas extemporáneamente suscitadas, y la no tramitación de aquél, el TSJ analiza la censura y la rechaza de manera jurídicamente irreprochable poniendo de relieve que los recursos de apelación contra las decisiones del Magistrado-Presidente en el juicio del Jurado vienen tasados en el párrafo segundo del art. 846-bis-a) de la L.E.Cr. al disponer que "serán también apelables los autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que se dicten resolviendo cuestiones a que se refiere el artículo 36 de la L.O.T.J. así como en los casos señalados en el art. 676 de la presente Ley", y, como de una parte y de forma voluntaria, ninguno de los recurrentes utilizó la vía prevista en el citado artículo 36 precluyendo dicha posibilidad, como ya se ha repetido, y, de otra, como la referencia al segundo precepto general de la L.E.Cr. supone la utilización previa del cauce previsto en el art. 36, según se infiere indudablemente del apartado segundo del mismo, para poder apelar la decisión de las cuestiones previas o de las otras cuestiones añadidas en el catálogo del 36.1 citado, resulta obvia la preclusión definitiva de la impugnación sustentada en dicha vía por imperativa aplicación de lo establecido en los arts. 202 y 215 de la L.E.Cr. en relación con los 4 y 136 de la L.E.C. 1/2000, aplicable esta última con carácter supletorio al proceso civil. Además, para terminar, ha de recordarse que la doctrina jurisprudencial ha establecido al respecto que "de cualquier modo ésta resuelve que las cuestiones previas planteadas al amparo del art. 36 de la Ley del Jurado fueron rechazadas por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado mediante Auto de

30-11-2002, contra el que dicha parte no interpuso el correspondiente recurso de apelación por lo que la resolución devino firme" (Sentencia de la Sala 2ª del 2-11-2004), firmeza que hay que trasladar al momento anterior si, pudiendo hacerlo sin impedimento alguno, deja voluntariamente precluir la posibilidad procesal de plantearlas en el momento oportuno que, como indica el propio art. 36.1 en relación con el 35 anterior, ha de ser en el mismo momento de la personación de las partes ante la Sala que, constituida por el Magistrado-Presidente inicialmente y luego para el juicio oral con los Jurados, es el de los 15 días del emplazamiento que al efecto les formule el Juez de Instrucción que incoó el juicio ante el Jurado, sustanciándose previamente al Auto de hechos justiciables que ha de pronunciar a continuación aquél.

TERCERO.- En el mismo y extenso motivo alega el recurrente que la sentencia del TSJ no da respuesta alguna sobre el fondo de las cuestiones planteadas en relación con la nulidad e ilegalidad de las pruebas de cargo que fundamentan la condena, y en este ámbito del reproche refiere la ausencia de resolución judicial que autorizara los seguimientos fotográficos y de vídeo; la existencia de múltiples informes llevados a cabo por funcionarios sin identificar de la Guardia Civil en papel no timbrado, sin firmar y sin sello oficial; que el material fotográfico y de vídeo se presentó en soporte documental papel "cuya inmensa mayoría eran fotocopias y que los originales negativos habían sido destruidos por orden del Mando de la Guardia Civil, la existencia de un informe pericial no ratificado en el juicio oral y firmado por un solo perito".

Desde un análisis formal de la reclamación, las anteriores consideraciones avalan su desestimación, porque todas las irregularidades en los elementos probatorios que se aducen se habrían producido durante la instrucción del procedimiento y habrían sido conocidas por la defensa del acusado, el cual tendría que haberlas denunciado en el trámite establecido a tal fin por el art. 36 L.O.T.J., de manera que al no hacerlo así por propia voluntad, la omisión de esa denuncia viene a significar una tácita aceptación de la legalidad y validez de las diligencias sumariales reproducidas en el juicio oral y que adquieren así la condición de pruebas válidas y valorables por el jurado.

De hecho, lo que el motivo plantea es la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al estar sustentada la declaración de culpabilidad en elementos probatorios nulos al haber sido obtenidos contraviniendo la legalidad

constitucional y la ordinaria. Pero tampoco desde esta perspectiva el motivo casacional puede prosperar.

Al margen de que, contra lo que afirma el motivo, la sentencia del TSJ examina y se pronuncia sobre la denunciada vulneración de la presunción de inocencia de los acusados y la validez de las pruebas de cargo, lo cierto es que de todo el material gráfico obtenido durante la instrucción e incorporado a las actuaciones bajo control judicial, el Jurado valoró como pruebas de cargo para formar su convicción las fotografías que se especifican en la motivación del veredicto.

Pues bien, se trata de fotografías tomadas en espacios y lugares públicos, por completo ajenos a todo ámbito de privacidad que pudiera lesionar el derecho constitucional a la intimidad y, por tanto, la obtención de ese material, o, como dice el recurrente, el "seguimiento fotográfico" a los acusados en sus encuentros con funcionarios de la Guardia Civil, no está sometido a la previa autorización judicial. En este sentido se ha pronunciado esta Sala al tratar de la legalidad y validez de las filmaciones videográficas o fotográficas, declarando que son legítimos esos elementos probatorios si con los mismos no se vulnera el derecho a la intimidad y dignidad de la persona, limitándose la exigencia de autorización judicial cuando se trata de domicilios o lugares considerados como tales, pues a estos espacios constitucionalmente protegidos, no debe llegar la investigación policial (véanse SS.T.S. de 5 de noviembre de 1.996 y las que en ella se citan).

De manera más precisa, la STS de 14 de octubre de 2.002 establece que la captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno placet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaliéndose de los adelantos y posibilidades técnicos de estos aparatos grabadores, aún cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario. El material fotográfico y videográfico obtenido en las condiciones anteriormente mencionadas y sin intromisión indebida en la

intimidad familiar tienen un innegable valor probatorio, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral.

En segundo lugar, las fotografías en cuestión examinadas por el Jurado, no son fotocopias de sus originales, sino los originales mismos, tal y como se acredita en diligencia de 29 de enero de 2.005 (Folio 75 del Tomo I de las actuaciones) por la que se remite a la Audiencia los "reportajes fotográficos por originales", bajo fé del Secretario judicial del Juzgado instructor, todo ello con independencia de que otros ejemplares de las mismas fotos también figuran remitidos por fotocopia pero con testimonio y fé de que corresponden a su original.

Así las cosas, carece de sentido el reproche de que este material gráfico carece de fiabilidad y de garantía probatoria al no haber sido posible contrastarlo con sus orígenes por haber sido destruidos los negativos de las fotografías, máxime teniendo en cuenta -como señalan tanto la sentencia del Tribunal del Jurado, como la del TSJ de Madrid- que existe un informe pericial practicado a instancia de la defensa y acordado llevar a cabo por la Sección VI de la Audiencia Provincial de Madrid respecto de los negativos que obraban unidos a las actuaciones y que por tanto no habían sido destruidos, correspondientes a los folios 119, 223, 303 a 307, 405 a 408, 603 a 609, 690 a 694, 815 a 818, 831 y 832 a fin de determinar la existencia o no de la manipulación citada, peritaje que se llevó a cabo por Policía Científica y no por gabinete de Guardia Civil y remitido al Juzgado con fecha 23 de marzo de 2.004 (folios 1142 y siguientes, al final del Tomo II de la causa) donde se devuelve el material fotográfico aportado (negativos que repetimos, no habían sido destruidos) y respecto de los cuales el informe concluye "no encontramos manipulaciones", no sólo en los negativos sino en las otras imágenes fotográficas aportadas para el estudio y obtenidas de grabaciones con cámaras de vídeo (videoprinters).

Este peritaje no fue efectuado por un solo perito, como afirma el recurrente, sino por dos, tal y como se comprueba al folio 900 y ss. del Tomo II, en los que figura el dictamen pericial practicado por los dos Inspectores cuyos carnets profesionales se citan.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El segundo motivo de casación se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por haberse infringido los artículos 18 y 28 a) en relación con los artículos 423 y 424 C.P.

Sostiene el recurrente que estamos ante un delito de cohecho provocado por los funcionarios de la Guardia Civil que, según la doctrina de esta Sala, supone la impunidad de la conducta delictiva.

La cuestión fue objeto de consideración en las dos sentencias precedentes y, en concreto, en la del TSJ, que es la que se impugna ahora en casación, rechazándose en ambas resoluciones la tesis del delito provocado, al igual que debe hacerse ahora. La cuestión planteada en el motivo debe resolverse con estricto acatamiento al Hecho Probado, por lo que resultan estériles e inocuas las alegaciones del recurrente referentes a las pruebas y a la valoración de éstas que hace el motivo, y en el "factum" se especifica con meridiana claridad que entre el 5 de mayo de 1.997 y el 7 de julio de 1.999, en varias ocasiones y en distintos lugares, los acusados entregaron a los agentes de la Guardia Civil las cantidades de dinero que se especifican seguidamente, y que esas entregas tenían por finalidad que éstos les ayudasen y colaborasen en su actividad de introducir importantes cantidades de tabaco en territorio español eludiendo la vigilancia aduanera, por importe no determinado, pero en todo caso notoriamente superior al millón de pts.

Ningún dato aparece en el "factum" que permita sostener que la conducta de los acusados fue fruto de una incitación al delito por los funcionarios policiales, siendo de destacar, por contra, cómo en la motivación del veredicto que se recoge en la sentencia del TSJ el Jurado declara probado que "..... a las entrevistas se presentaron los acusados de forma voluntaria, puesto que eran ellos quienes realizaban las llamadas y concertaban las reuniones".

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- El siguiente motivo denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2º L.E.Cr.

La extensísima lista de documentos que designa el motivo con la mera indicación del número de folio al que obran acreditaría la equivocación del Tribunal del Jurado al describir los hechos probados, pero la censura adolece de graves deficiencias que hacen improsperable el motivo. Así, es de ver que no se designan los particulares de los mismos ni se argumenta mínimamente cómo aquéllos acreditan de manera indubitada e irrefutable el "error facti" que se alega y, desde luego, ninguno de los documentos señalados tienen literosuficiencia demostrativa de que los hechos no acaecieron como constan en el "factum". Si a todo ello se añade que los documentos mencionados incumplen también el requisito de que sean generados fuera del procedimiento y posteriormente incorporados al

mismo y que, en todo caso, existen pruebas testificales y documentales que acreditan la realidad de los hechos, convendremos en que tales documentos invocados por el recurrente carecen de toda aptitud y eficacia para modificar el relato histórico de la sentencia.

Por otra parte, el motivo apoya su pretensión en determinadas declaraciones de testigos y acusados, así como en algunas resoluciones judiciales e informes del Fiscal, pero de las primeras cabe decir que es doctrina inveterada y pacífica de esta Sala que las pruebas de carácter personal no pueden servir de sustento a un motivo por error de hecho al no tratarse de pruebas documentales por más que obren documentadas en autos, y de las segundas que tampoco ostentan esa exigida condición.

El motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- Los motivos cuarto y octavo se articulan al amparo del art. 850.1º L.E.Cr. por haberse denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma, se considera pertinente. Y por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 3 del art. 851 L.E.Cr., por no haber resuelto la sentencia sobre la incorporación a los autos de unos escritos y documentos dirigidos por esta representación a la Sala en fechas, 22 de mayo del 2.006 y 29 de junio del 2.006.

Dice el recurrente que la diligencia de prueba objeto de este motivo, propuesta y denegada, consiste en aquélla que se vino a aportar por la representación de D. Antonio Berrio Lajas en escrito de fecha 22 de mayo de 2.006 ante el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal en recurso de apelación al Jurado 2/06. Añade que de la documentación así aportada se tuvo conocimiento por esa representación el día 5 de mayo del 2.006, esto es, después del juicio ante el Tribunal del Jurado y después de la formalización del recurso de apelación, pero antes de la vista del recurso, y estos documentos resultaban de una indudable trascendencia para la sustentación del recurso de apelación e incluso la hubieran tenido para el juicio si se hubiera tenido conocimiento de los mismos puesto que hubieran podido cambiar irremediamente el sentido de la sentencia a favor del recurrente, ya que el contenido de estos documentos y la obtención de los mismos podrían haber provocado indudablemente la nulidad de las actuaciones, puesto que consisten en transcripciones de grabaciones telefónicas ilegales mantenidas entre los Letrados intervinientes en este juicio con sus clientes y en especial el Letrado Félix Pancorbo Negueruela, y con testigos del juicio, realizadas dichas escuchas y transcripciones por el Servicio de Vigilancia Aduanera de

Villargarcía de Arosa bajo el control de Juzgado de Instrucción nº 1 de VillaGarcía de Arosa en las Diligencias Previas 911/2004 y que hasta el mes de mayo del 2.006 parece que se encontraban bajo secreto sumarial y todos estos documentos obran a los tomos 27, 28 y 29 de dichas diligencias.

Añade que esa documentación debió haber sido valorada por la sentencia del TSJ, siendo así que ésta no da respuesta alguna a la pretensión de la parte.

Hemos examinado el tomo de las actuaciones que recogen el recurso de apelación interpuesto por los acusados ante el TSJ contra la sentencia del Tribunal del Jurado. Consta, en efecto, la remisión del escrito que menciona, acompañado de fotocopias -no autenticadas ni testimoniadas por la autoridad judicial- de conversaciones telefónicas, y la postulación de que el TSJ acuerde su unión a la causa (folios 66 a 124). También consta Auto del TSJ (folios 151 a 154) desestimatorio de las pretensiones, por lo que el recurrente en apelación no puede quejarse de no haber obtenido cumplida respuesta fundada en derecho a su demanda, con absoluto respeto a su derecho a la tutela judicial efectiva.

Entrando en el fondo del asunto, la censura tampoco puede prosperar porque la regulación legal del recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal del Jurado no lo permite. Cabe señalar que siendo el Tribunal del Jurado al que corresponde valorar las pruebas para resolver sobre los hechos imputados, únicamente él hubiera tenido competencia para evaluar las documentales a que se refiere la pretensión del recurrente, pero, como este mismo reconoce, ello no fue posible al tratarse de pruebas que no se aportaron al juicio del Tribunal del Jurado, que, una vez disuelto después de dictada la sentencia, no puede volver a constituirse. Tampoco el TSJ puede valorar esas supuestas pruebas documentales aparecidas después de la sentencia y de la interposición del recurso de apelación ante el TSJ, porque a éste no le está permitido otra función que la de revisar la prueba practicada en la instancia para verificar que la misma, en cuanto prueba de cargo que fundamenta fácticamente la declaración de culpabilidad, ha sido lícitamente obtenida, legalmente practicada con observancia de las garantías constitucionales y procesales, y racionalmente valoradas en cuanto a su contenido incriminatorio, todo ello en el marco de lo establecido en el art. 846 bis c) L.E.Cr., que encomienda al Tribunal de apelación resolver a instancia del apelante, si "... atendida la prueba **practicada en el juicio**, carece de toda base razonable la condena impuesta".

Los motivos que fundamentan la apelación ante el TSJ contra la sentencia del Tribunal del Jurado son los que figuran legalmente tasados en el

citado artículo 846 bis c), ninguno de los cuales contempla el supuesto que se alega, que, en su caso, y dicho sea con las naturales reservas, podría ser encauzado por la vía del recurso de revisión regulado en el art. 954 L.E.Cr.

SÉPTIMO.- El motivo quinto alega quebrantamiento de forma del art. 850.1º L.E.Cr. por haberse denegado por el TSJ la prueba que se interesaba en el escrito de 5 de mayo de 2.006 a que se refiere el epígrafe anterior.

El recurrente plantea la misma cuestión, ahora como vicio de forma, pero para rechazar la censura basta con reiterar lo ya expuesto y añadir que uno de los requisitos inexcusables cuando se denuncia la denegación de una prueba, es que ésta, además de pertinente, haya sido solicitada en tiempo y forma procesalmente oportunos, lo que, palmariamente, no sucedió.

Procede la desestimación del motivo.

OCTAVO.- También en el ámbito de irregularidades formales, se denuncia ahora, al amparo del art. 850.3º L.E.Cr., por haber denegado la Presidencia del Tribunal del Jurado que un testigo contestara a preguntas pertinentes y de manifiesta influencia en la causa.

Dice el recurrente que eran preguntas formuladas a un testigo de cargo sobre los informes aportados que carecen de firma y que fueron la prueba en que se basó el jurado para condenar al acusado, siendo cortado el interrogatorio por la Presidenta precisamente porque estaban sin firmar.

El motivo debe ser desestimado, dado que la resolución de la Presidenta del Tribunal se considera razonable, toda vez que no consta que el autor de tales informes lo fuera el testigo al que se le preguntaba sobre los mismos, sino que, por el contrario, aquéllos figuran como anexos a escritos oficiales de mandos de la Guardia Civil, debidamente firmados, sellados y estampillados en los que éstos remiten al Juez de Instrucción el resultado de las investigaciones que se iban practicando, razón por la cual deberían ser los Oficiales que enviaban al Juez la información adjunta quienes respondieran a las preguntas de la defensa sobre dichas informaciones.

Por lo demás, el recurrente no concreta las preguntas formuladas y denegadas, ni expone la repercusión que las respuestas del testigo hubiera podido producir en la resolución del proceso, ni de qué manera hubieran podido modificar el sentido de la sentencia.

NOVENO.- Al amparo del art. 851.1° L.E.Cr., se alega "manifiesta contradicción habida entre los Hechos declarados probados en la sentencia y las contradicciones existentes entre las declaraciones de los testigos de cargo".

Como es bien sabido, el quebrantamiento de forma que se denuncia tiene lugar cuando en el relato histórico de la sentencia se incluyen datos fácticos o elementos de hecho absolutamente contradictorios e incompatibles entre sí, que se excluyen recíprocamente, por lo que se genera un vacío en la narración que imposibilita la subsunción jurídica en el tipo penal aplicado. De aquí ya se extrae una primera consecuencia: la expulsión del motivo de la queja por las contradicciones que el recurrente advierte entre las declaraciones de los testigos de cargo.

Una segunda consecuencia es que ni el recurrente cita las expresiones o pasajes del "factum" que pudieran ser contradictorias, ni esta Sala ha encontrado asomo de ello en la redacción del apartado de Hechos probados de la sentencia.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE MARCIAL DORADO BAULDE

DÉCIMO.- Literalmente, el primer motivo que articula este coacusado se formula: "por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L.O.P.J., por considerar que se vulnera el art. 24.2 de la C.E. -delito provocado-".

Sin embargo el motivo no nos dice qué derecho fundamental de los establecidos en el art. 24 C.E. invocado, ha sido quebrantado por el hecho de no haber sido declarado por la sentencia recurrida que estemos ante el supuesto de delito provocado por los funcionarios policiales, que deviene atípico según la doctrina de esta Sala. Es patente que si se trata de un problema de tipicidad, o de subsunción de los hechos, ninguna conexión se produce con los derechos constitucionales contemplados en el art. 24 C.E., pues la cuestión se reduce a una materia de legalidad ordinaria cual es la calificación jurídica de los hechos, cuyo cauce impugnativo es el art. 849.1° L.E.Cr. Claro es que para ello el recurrente tiene la severa e inexcusable obligación de respetar la declaración de Hechos Probados, y sólo a partir de la intangibilidad del relato fáctico podría argumentar sobre la incorrecta aplicación del tipo penal aplicado por tratarse de un delito provocado, atípico e impune.

Acaso por ello, el motivo, avisada y hábilmente, se aparta de la vía impugnativa correcta, utilizando la más amplia de la vulneración constitucional

para sortear el exigible respeto al contenido del relato histórico, fundamentando la censura casacional en una realidad fáctica muy diferente de la que la parte recurrente de las declaraciones testificales de uno de los testigos (el Guardia Civil 28.736.323) que favorecen la tesis del delito provocado, pero haciendo caso omiso del contenido incriminatorio de otras pruebas que excluyen tal hipótesis.

En esta línea resulta muy oportuno traer a colación la reflexión que hace la sentencia del TSJ cuando señala que las alegaciones que sustentan la existencia del delito provocado parten de dar mayor credibilidad a un testigo, el Guardia Civil Zabala, que a otros y al resto de diligencias consideradas por el Jurado en su veredicto, por lo que se está cuestionando, en realidad, la valoración de la prueba realizada por el mismo, facultad ésta que, salvo decisión arbitraria, inexistencia de prueba de cargo o conculcatoria de derechos fundamentales no le cabe efectuar al apelante una vez celebrado ya el juicio oral, por no poderse efectuar nueva valoración de dicha prueba en la segunda instancia y en la vía del recurso formulado. Pero es que, además de ello, basta con la lectura del relato de hechos probados para colegir, con facilidad, que las cantidades entregadas a dos agentes de la Guardia Civil tenían por finalidad ser el medio para conseguir el contrabando de tabaco ideado y planeado por los acusados, utilizándose dichos sobornos para eludir la vigilancia aduanera y facilitar el negocio ilícito pretendido por aquéllos, sin que la iniciativa partiera de los agentes sino de los acusados, no iniciándose la actividad ilícita sino a requerimiento de los posibles beneficiarios de la actividad de contrabando referida, que se intentaba allanar con la obtención de la libertad de paso sin trabas en los controles establecidos en frontera.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMOPRIMERO.- Se alega ahora la vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 C.E. alegando que no ha existido actividad probatoria suficiente para desvirtuar aquel principio constitucional.

En realidad, como el recurrente no puede negar la existencia de prueba de cargo testifical y documental que fundamenta la realidad de los hechos y la participación en ellos de los acusados, utiliza otra táctica, de manera que al socaire de una pretendida revisión de la racionalidad de la valoración de los elementos probatorios, pretende que prevalezca en esa valoración el testimonio exculpatario del testigo Zabala sobre la del testigo de cargo Peláez y la de otros testigos de cargo que corroboran a éste, olvidando que la valoración sobre la credibilidad de quienes

de manera directa e inmediata deponen ante el Tribunal es función privativa y excluyente de éste y cuestión ajena al recurso de casación.

La motivación fáctica de la sentencia del Tribunal del Jurado es elocuente de la actividad probatoria practicada en esa instancia, señalando que el Jurado ha visto y oído las declaraciones prestadas por los dos acusados y por los dos Guardias Civiles que participaron en la denominada operación "Coto". Y de su resultado considera probados los contactos que se producen entre unos y otros, en el transcurso de los cuales reciben diversas cantidades de dinero que tenían por finalidad que les ayudasen a Marcial Dorado y Antonio Berrio en una operación de contrabando, dando credibilidad absoluta a lo manifestado por el Teniente Peláez corroborado en cuanto a las entregas de dinero que recibían los Guardias Civiles por el testimonio que presta el entonces Comandante de la UCIFA José María Vázquez de Prada que también comparece en calidad de testigo en el acto del juicio y ello a pesar de la retractación que de lo manifestado en su día, hace el Guardia Civil Zabala, quien relata una versión de los hechos sesgada y distinta a la que en su día prestó y que se compadece mal con lo sucedido tal como queda probado por la abundante prueba ya referida, imputando veladamente, en sus manifestaciones al igual que las defensas en sus preguntas al Teniente Peláez una relación de matrimonio con la Juez de Bilbao que instruyó una causa contra los ahora acusados y por lo tanto que su finalidad no fuese la de perseguir al delito sino otra distinta. Y en este sentido encuentra respaldo y corroboración en la sentencia del TSJ cuando reitera las pruebas incriminatorias que conforman la convicción del jurado, destacando además la valoración efectuada de las contradicciones entre las declaraciones prestadas por el Guardia Civil Zabala en la instrucción y las prestadas en el juicio oral.

El resto del motivo no pasa de ser una revisión subjetiva y parcial de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal que pretende sustituir por la propia, lo que, como es hartamente sabido, no es de admitir, nada de lo cual empece la realidad de una actividad probatoria testifical y documental de contenido incriminatorio, libre y racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador y cuyo resultado valorativo en modo alguno puede tildarse de arbitrario o irracional, y, por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

DÉCIMOSEGUNDO.- El tercer motivo se formula por infracción de precepto constitucional (art. 24.2 C.E.: derecho a ser informado de la acusación

formulada contra una persona en los términos y plazos que señala el art. 309 bis L.E.Cr.) al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 L.O.P.J.

Alega el motivo que el plazo transcurrido entre el inicio de las actuaciones policiales (diciembre de 1.996) y la fecha en que los imputados Marcial Dorado y Antonio Berrio conocen de que contra ellos se está dirigiendo un proceso judicial (abril de 2.000) es superior a tres años. De donde deduce dos consecuencias: primera: que se habría infringido lo dispuesto en el art. 309 bis de la L.E.Cr. que es trasposición de lo dispuesto en el art. 25.1 L.O.T.J., al no haber puesto inmediatamente en conocimiento de los imputados la incoación del procedimiento por delito. Y ello conllevaría la conculcación del derecho fundamental residenciado en el art. 24.2 C.E. que establece el derecho-obligación a ser informado de la acusación y no sufrir indefensión. Y, segunda, que se habría producido la prescripción del delito. Esta segunda cuestión debe ser rechazada de inmediato no sólo porque las actuaciones ponen de manifiesto que se incoaron Diligencias Previas 827/97 M por resolución judicial en averiguación de los hechos de que se daba cuenta por el GIFA, en el mismo mes de marzo de 1.997, interrumpiéndose en ese momento la prescripción; también, porque aunque sea como "dies ad quem" el del momento de notificación a los imputados, tampoco habría transcurrido el plazo prescriptivo de tres años, al tratarse de una actividad delictiva reiterada en el tiempo, por cuya razón el plazo de prescripción debe contarse a partir de la última de las acciones que conforman ese "continuum" criminal, lo que, según el "factum" al que hay que atenerse, fue el 7 de julio de 1.998, por lo que en abril de 2.000 no se había cumplido el plazo de tres años legalmente establecido para la prescripción del delito sancionado.

En relación con la primera cuestión, la reclamación casacional tropieza con diversos obstáculos que hace inviable su estimación. En primer lugar, la ya comentada omisión de la defensa del ahora recurrente de denunciar tal irregularidad en el momento y forma establecido para ello por el art. 36 L.O.T.J., cuyo epígrafe b) se refiere expresamente a la alegación de la vulneración de algún derecho fundamental.

En segundo lugar, debe señalarse que, de hecho, no se ha conculcado el art. 309 bis L.E.Cr., que, como bien señala el motivo, es trasunto del art. 25.1 L.O.T.J., puesto que, ciertamente, este precepto establece que "incoado el procedimiento por delito cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, el Juez de Instrucción lo pondrá inmediatamente en conocimiento de los imputados. Con objeto de concretar la imputación, les convocará en el plazo de

cinco días a una comparecencia así como al Ministerio Fiscal y demás partes personadas". Y, en el caso, tan pronto el Juez dictó resolución en tal sentido, fue notificada a los imputados.

No se puede ocultar que esta resolución tuvo lugar tres años después de que comenzara la investigación policial, que continuó desarrollándose bajo la cobertura de la autoridad judicial en el seno de un procedimiento penal, en el cual se adoptaron diversas medidas de investigación, de una investigación particularmente compleja y dificultosa, con seguimientos y observaciones personales, intervención de teléfonos de los investigados bajo autorización judicial pertinente y otra serie de actividades necesarias para concretar en datos objetivos las iniciales sospechas, así como con la finalidad de verificar la participación en las actividades delictivas investigadas no sólo de las que finalmente fueron condenados, sino de cuantas otras personas pudieran formar parte del grupo dedicado al contrabando de tabaco en gran escala y a la comisión de acciones delictivas anejas y necesarias para la feliz ejecución de lo proyectado.

Resulta evidente que -como acertadamente razona el Fiscal al impugnar el motivo- el derecho a ser informado de la acusación no implica la notificación, a la persona de la que se sospecha que va a cometer un delito, que está siendo investigada, que es objeto de seguimiento, que se va a acordar la intervención de su teléfono o se va a controlar las citas que tiene. Como ya se ha señalado en la sentencia ahora recurrida, ello supondría dejar in virtualidad alguna la investigación. Cosa distinta es que desde el momento que la investigación está concluida, respecto de las diligencias de la misma que por su naturaleza no puedan ser notificadas, se le cite informándolo de sus derechos, entre otros a conocer el delito que se le imputa y las pruebas de cargo existentes. El derecho a conocer la acusación tiene su fundamento en permitir que el imputado pueda defenderse ejerciendo en toda su amplitud el derecho que le reconoce nuestro ordenamiento; pero no conlleva el derecho a una notificación previa de la investigación, con el fin de ocultar un hecho delictivo.

Y, al respecto de esta última consideración, en ningún caso se ha producido indefensión de los acusados, puesto que desde el momento de la imputación, ninguna traba o dificultad obstaculizaba el ejercicio del derecho de defensa, alegando lo que les conviniera, proponiendo las pruebas que consideraron convenientes y utilizando todos los medios propios para dicho ejercicio, sin que la demora en la información de la acusación haya generado por sí misma ninguna clase de indefensión, y menos con el carácter de vulneración constitucional que se

denuncia, bastando con recordar aquí que, con arreglo a la doctrina del T.C. la indefensión se produce si se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos (SS.T.C. 145/90, 160/93 y 366/93, entre varias), pues "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, es necesario que con la infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa" (SS.T.C., también entre otras, 149/87, 155/88 y 290/93); y la misma doctrina ha sido reiteradamente recordada por la jurisprudencia de esta Sala en doctrina de la que pueden ser exponentes, entre otras muchas, las SS.T.S. 1913/94, de 3 de noviembre y 276/96, de 2 de abril (S. 12-12-96).

Nada de ello ha mermado el ejercicio de defensa, siendo así que ni siquiera el mismo recurrente menciona quebranto deficitario alguno, objetivo, real y verificable del derecho constitucional invocado, limitándose a una ambigua alegación de que la indefensión que se denuncia "no hace falta probarla más allá de lo que trasluce de los propios términos de la denuncia", alegación de todo punto inocua a los efectos casacionales pretendidos.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMOTERCERO.- Seguidamente se alega la indebida aplicación del art. 423.1º C.P. (sin duda se quiere decir al amparo del art. 849.1º, dada la naturaleza del reproche, no el 849.2º que se cita).

Sostiene el motivo que no cabe hablar de cohecho si la entrega del dinero a los funcionarios de la Guardia Civil no estaba relacionada con una operación delictiva de contrabando de tabaco, que era inexistente. La censura carece de todo fundamento, siendo suficiente para rechazarla con exponer la palmaria y frontal contradicción con la declaración de Hechos Probados, y con la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal del Jurado cuando razona la subsunción explicando que los acusados de común acuerdo idearon captar a funcionarios de la Guardia Civil, ofreciéndoles dinero a cambio para que les facilitaran la arribada a algún puerto español de grandes cantidades de tabaco que pretendían introducir en territorio nacional (100.000 cajas conteniendo cada una 50 cartones de tabaco) en valor que supera en mucho la cantidad de 2.000.000 pts., pues hablamos de aproximadamente de 50 millones de cajetillas, buscando contactos dentro del propio cuerpo para hacer la vista gorda o contrarrestar la vigilancia aduanera del

lugar elegido, así como alguna operación policial que se iniciase contra los acusados.

También aduce el motivo que no cabe la comisión del tipo penal aplicado cuando el funcionario a quien se corrompe no ejerce su actividad pública en un ámbito en el que pueda realizar la conducta ilícita que se le solicita a cambio de la dádiva, como sería el caso, en el que -se dice- los agentes (dos Guardias Civiles, adscritos a la UCIFA) no tenían dentro de las funciones de su cargo, el controlar y supervisar la entrada de barcos en los puertos españoles (se dice que la entrega de dinero era para arreglar la entrada de un barco cargado con tabaco en un puerto español), ni tenían capacidad ni ejercían funciones, ni tenían contactos, ni estaban dentro de la actividad que desempeñaban (ni ellos ni sus superiores) el "arreglar" o "facilitar la entrada de barcos de puertos españoles".

Sin embargo, la actividad que se les requería a los Guardias Civiles se enmarca en unos límites tan amplios y abstractos (ayudar y colaborar en su actividad de introducir importantes cantidades de tabaco eludiendo la vigilancia aduanera buscando contactos para hacer la vista gorda ... informar de alguna operación policial contra los acusados), caían todas ellas dentro de sus posibilidades de realizarlas con efectividad y eficacia a los fines criminales previstos y definidos.

Si lo hasta aquí expuesto justifica sobradamente la desestimación de la censura casacional, todavía cabe señalar una razón de índole formal, no sustantiva, cual es la que con todo acierto invoca el Ministerio Fiscal para impugnar el motivo y que, ciertamente, resulta determinante, porque 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 fé 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.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMOCUARTO.- El último motivo alega la infracción del art. 24.2 C.E. por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que no apreciaron ni la sentencia del Tribunal del Jurado ni la dictada en apelación por el TSJ de Madrid, oponiéndose también el Fiscal a la apreciación de la concurrencia de la atenuante analógica muy cualificada que por tales dilaciones postula el recurrente.

Desde luego, no podemos compartir la tesis del Ministerio Público de que el éxito de esta clase de censuras esté condicionado a la previa denuncia del acusado ante el órgano judicial de la inactividad que esté sufriendo el procedimiento, pues la posibilidad de alcanzar la prescripción del delito hace inexigible a la parte interesada esa denuncia.

Pero, al margen de ello, tiene razón la parte recurrida cuando recuerda que la doctrina jurisprudencial de esta Sala tiene establecido que "lo que sí debe exigirse es que la parte recurrente señale los puntos de dilación en la tramitación y la justificación de su carácter indebida" (STS de 28-6-06, entre otras). En el caso examinado no se señala paralización de la causa, sino que el recurrente se limita a invocar la atenuante remitiéndose al tiempo transcurrido desde que los hechos tienen lugar, finalizan en abril de 1.998 y se dicta sentencia del Tribunal de Jurado en noviembre de 2.005. En contra de lo manifestado por la parte no cabe estimar que se trate de un procedimiento sencillo. La existencia de intervenciones telefónicas, remisiones de testimonios, pruebas gráficas, sometidas a pruebas periciales, cuestión de competencia ante esta misma Sala, recursos planteados por las partes no permiten entender que nos encontramos ante un procedimiento de sencilla tramitación.

Pero si el recurrente no concreta los períodos de paralización de la tramitación, sí lo hace la misma sentencia del Tribunal del Jurado, al menos en lo que concierne a la práctica de la prueba pericial, la cual se demoró catorce meses en ser practicada por los organismos oficiales. Este sólo dato supone la existencia de una grave e injustificada dilación del proceso que requiere la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 C.P., con los efectos penológicos correspondientes, y que debe beneficiar tanto al recurrente como al anterior en base a lo dispuesto en el art. 901 L.E.Cr.

El motivo, por tanto, debe ser estimado parcialmente, casándose la sentencia recurrida y dictándose otra por esta Sala en la que aprecie la concurrencia de la mencionada atenuante simple y fijándose la pena en prisión de dos años y

cinco meses y multa de 50.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 50 días en caso de impago.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representación del acusado **Marcial Dorado Baulde**, con estimación parcial de su motivo sexto y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 12 de julio de 2.006, en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por el citado acusado y otro contra sentencia de fecha 28 de noviembre de 2.005 de la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, en el procedimiento del Tribunal del Jurado nº 1/2.005. Se declaran de oficio las costas procesales.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION** interpuesto por la representación del acusado **Antonio Berrio Lajas** contra indicada sentencia. Se declaran de oficio las costas procesales. Y, comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

1894/2006

Ponente Excmo. Sr. D.: Diego Ramos Gancedo

Vista: 29/03/2007

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 293/2007

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Abril de dos mil siete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 15 de Madrid y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 16 el procedimiento del Tribunal del Jurado, recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, bajo el nº 1 de 2.005 de Ley de Jurado contra los acusados **MARCIAL DORADO BAULDE**, mayor de edad, sin antecedentes penales y **ANTONIO BERRIO LAJAS**, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 12 de julio de 2.006, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Procede dar por reproducidos e incorporados al presente los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Los que se contienen en la primera sentencia de esta Sala y los de la sentencia impugnada que no se opongan a éstos.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a los acusados **Antonio Berrio Lajas** y **Marcial Dorado Baulde** como autores responsables de un delito de cohecho ya calificado, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica del art. 21.6 C.P., a las penas de dos años y cinco meses de prisión y multa de 50.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de cincuenta días en caso de impago.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.