
**RECURSO DE APELACIÓN A LA SENTENCIA 34/2014 DEL JUZGADO DE LO
PENAL DE BADAJOZ**

**Delitos contra la hacienda pública: envío de alcohol en régimen suspensivo a empresas
portuguesas.**

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 89/2014

Ponente: Illmo. Sr. D José Antonio Patrocinio Polo

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz **estima y estima en parte**, respectivamente, los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Badajoz, de fecha 18-06-2013, absolviendo al primero del delito contra la Hacienda Pública y apreciando la atenuante de dilaciones indebidas en el segundo.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

BADAJOZ

SENTENCIA: 00034/2014

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de BADAJOZ

Domicilio: AVENIDA DE COLON, 8, PRIMERA PLANTA

Telf: 924284202-924284203

Fax: 924284204

Modelo: 001200

N.I.G.: 06015 37 2 2014 0103488

ROLLO: APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000089 /2014

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 1 de BADAJOZ

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000395 /2009

RECURRENTE: Francisco, Hermenegildo

Procurador/a: MARIA FERNANDA GOMEZ SALAZAR, FRANCISCO DE JUAN MURILLO

Letrado/a: MIGUEL PARRA RODRIGUEZ, JESUS MANUEL GONZALEZ VAQUERO

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN
TRIBUTARIA

Procurador/a:

Letrado/a:

SENTENCIA 34/2014

Presidente

D. José Antonio Patrocinio Polo

(Ponente)

Magistrados

D. Enrique Martínez Montero de Espinosa

D. Emilio Serrano Molera

Ilmos. Sres. Magistrados

En la población de **BADAJOS** , a tres de abril de dos mil Catorce.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial formada por los Ilmos. Sres. Magistrados, al margen reseñados ha visto en grado de apelación , la precedente causa, [**«* Procedimiento Abreviado 395/2009 -; Rollo de Sala núm. 89/2014; Juzgado de lo Penal 1 de Badajoz*»**] , seguida contra los acusados **Hermenegildo Y Francisco** ; quienes comparecen representados y defendidos por sus respectivos abogados y procuradores ; como acusación **pública el Ministerio Fiscal, y como acusación particular el Abogado del Estado**, por los delitos **«Contra la Hacienda Pública.»**

«-ANTECEDENTES DE HECHO-»

PRIMERO.- En mencionados autos por la Ilma. Sra. Magistrada - Juez de lo Penal-1 de BADAJOZ , se dicta sentencia de fecha 18/06/2013 , la que contiene el siguiente:

«FALLO : Que debo condenar y condeno a Hermenegildo , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, como autor penalmente responsable de CUATRO DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA ya definidos, a las penas, por cada uno, de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN y multa de 19.820.418,36 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de UN AÑO DE PRISIÓN, y accesorias legales y la mitad de las costas procesales .

Se condena asimismo a Francisco como responsable en concepto de cooperador necesario, de CUATRO DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA ya definidos, a las penas, por cada uno, de UN AÑO Y CUATRO MESES DE PRISIÓN y multa de 19.820.418,36 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de UN AÑO DE PRISIÓN, y accesorias legales y la mitad de las costas procesales

Por vía de RESPONSABILIDAD CIVIL, ambos acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a la Hacienda Pública en 4.955.104,59 €, y los intereses legales del artículo 576.1 LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) . ».

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, RECURSO DE **APELACIÓN** por **D. Francisco** ; representado por la Procuradora de los Tribunales **Dña. MARÍA FERNANDA GÓMEZ SALAZAR**; y defendido por el letrado **D. MIGUEL PARRA RODRÍGUEZ**; también se interpuso RECURSO DE **APELACIÓN** por **D. Hermenegildo** , representado por el procurador **D. FRANCISCO DE JUAN MURILLO**, y defendido por el letrado **D. JESÚS MANUEL GONZÁLEZ VAQUERO** , dándose traslado del recurso interpuesto a las demás partes por un plazo de diez días; para que pudiesen presentar a

su vez recurso impugnando los contrarios o adherirse a los mismos; compareciendo en la alzada a efectos de impugnación el **MINISTERIO FISCAL y EL ABOGADO DEL ESTADO**; todo lo que fue verificado y, llegados los autos a expresado Tribunal, se forma el rollo de Sala, al que le ha sido asignado el núm. **89/2014** de Registro, dándole a la apelación el trámite oportuno; no habiéndose celebrado vista pública; y conforme al art 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) se pasaron los autos al Ilmo. Sr Magistrado Ponente para su resolución.

Observadas las prescripciones legales de trámite.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr Magistrado **D. José Antonio Patrocinio Polo**; que expresa el parecer unánime de la Sala.

«HECHOS PROBADOS»

ÚNICO. - Se acepta la relación de hechos probados de la sentencia de instancia, con las siguientes precisiones:

- 1.- Folio 1245 de la causa, que corresponde con el folio 3 de la sentencia, penúltimo párrafo, ab initio: **se suprime** la referencia a " Francisco ", cuando dice "Así, Hermenegildo y Francisco , durante el periodo...".
- 2.- Folio 1248 de la causa, que corresponde con el folio 6 de la sentencia, se suprime el siguiente párrafo: "Los acusados, con perfecto conocimiento de la obligación tributaria, declaran haber realizado estos envíos de alcohol,...". **Dicho párrafo se sustituye por:** "El acusado Hermenegildo , con perfecto conocimiento de la obligación tributaria, declara haber realizado estos envíos de alcohol,...".
- 3.- **Se añade** al final el siguiente párrafo: "El acusado Hermenegildo , que ejecutó exclusivamente los hechos descritos, rellenó, cumplimentó y firmó los documentos de acompañamiento que justificaban el envío de alcohol en régimen suspensivo a empresas portuguesas. No está acreditado que el acusado Francisco conociera y tuviera participación en dichos hechos".

«FUNDAMENTOS DE DERECHO»

PRIMERO

Se interpone recurso de apelación, en primer lugar, por la defensa de Francisco interesando la revocación de la sentencia de instancia y la absolución de su defendido. Se alega como motivo del recurso que ha de ser analizado con carácter previo, el tema de la prescripción de los delitos, cuestión que se introduce por primera vez en esta alzada.

En este sentido se afirma que transcurrieron más de cinco años desde que se consumó el delito hasta que se dictó auto de PA, el día 7 de febrero de 2003, cuando lo cierto es que el plazo de la prescripción se ha interrumpido mucho antes, a los pocos meses de consumarse los delitos, dictándose con fecha 21 de octubre de 1998 el auto de incoación de diligencias previas acordando citar como imputado a Francisco , declaración que fue prestada en fecha 5 de noviembre del mismo año, luego ya desde entonces el procedimiento penal se estaba dirigiendo contra aquél, habiéndose practicado continua, aunque lentamente, sucesivos actos judiciales que han interrumpido sucesivamente el plazo de prescripción de cinco años que nunca se ha completado. En suma, la interrupción de la prescripción se produce desde que el procedimiento se dirige contra el culpable, no siendo necesario para ello esperar al auto de PA, pues ya antes se producen actos formales de imputación, artículo 132.1 y 2 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) . Se desestima el motivo sin necesidad de realizar más razonamientos ante la poca consistencia jurídica del mismo.

SEGUNDO

El motivo central de este recurso está dirigido a convencer al tribunal que su defendido no es autor de los hechos imputados, ni podría imputársele participación alguna ni siquiera a título de cómplice. El apelante, en un recurso jurídicamente bien estructurado, denuncia la indebida aplicación del artículo 305 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , y la falta de prueba de cargo suficiente para enervar el derecho de presunción de inocencia. Considera, asimismo, que la sentencia impugnada parte de presunciones y de hipótesis especulativas acusatorias contra reo que no están debidamente probadas. Las cuestiones alegadas, en suma, afectan frontalmente a derechos de contenido constitucional, según analizaremos a continuación.

Como enseña la reciente sentencia del TS de 4 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7913) Sala Segunda, " el principio constitucional de inocencia , proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna (RCL 1978, 2836) , gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales

por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española ; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituídas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, **limitándose este Tribunal a verificar la siguiente comprobación:**

1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (prueba suficiente).

4ª. Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (prueba razonada)."

TERCERO

Aplicando la precedente doctrina legal al supuesto enjuiciado, cumple manifestar que la prueba de cargo practicada en el acto del juicio es notoriamente insuficiente para enervar dicho derecho a la presunción de inocencia en relación a este concreto acusado, Francisco . Aquí no estamos en presencia de un problema de impresionismo judicial, sino de la existencia y suficiencia de

prueba de cargo. Puede estar el tribunal convencido de la culpabilidad del acusado, pero esa convicción debe estar amparada en un cuadro probatorio de signo acusatorio y suficiente; no bastan las meras sospechas, o la impresión de que el acusado es culpable. La duda es incompatible con la sentencia de condena, y en el caso presente, como enseguida se verá, existen dudas más que razonables.

Al respecto, el apelante se queja en el escrito de recurso que el tribunal de primer grado no tiene en cuenta ni valora la prueba de descargo presentada y practicada en el acto del juicio. Y no le falta razón. Por eso, en primer lugar, es preciso analizar esta actividad probatoria exculpatoria a que se refiere la defensa del Sr. Francisco.

En este sentido hay que poner de manifiesto que en la sociedad "Fabricante de Concentrados Extremeños SL" (en adelante, FCEX), Hermenegildo era el administrador único y el accionista mayoritario, 95 %, frente al 5 % de las acciones que pertenecían a Francisco. Éste no tenía facultades de gestión, (ni de hecho ni de derecho) ni de dirección, ni tenía poderes en dicha mercantil. Esto aparece perfectamente acreditado a través de la documental incorporada al procedimiento y a través de la declaración del propio coimputado Hermenegildo. Tales datos son relevantes y constituyen un indicio serio de que el poder de dirección y el dominio del hecho de toda la actividad criminal la tenía Hermenegildo y no Francisco. Al menos no se ha probado otra cosa de forma fehaciente.

En segundo lugar, las operaciones de movimiento de alcohol, si bien se expedían a nombre de Francisco, todos los documentos de acompañamiento en los transportes de alcoholes eran rellenos y firmados por Hermenegildo, sin conocimiento ni consentimiento de Francisco y estos documentos eran necesarios para obtener el beneficio fiscal indebido. No se ha probado que los documentos fueran firmados y/o rellenos por Francisco. En cambio Hermenegildo, en el acto del juicio, asumió la autoría de estos hechos: reconoce que él firmaba y cumplimentaba tales documentos, no el otro coimputado. Este dato objetivo es muy importante.

El 26 de diciembre de 1996 ambos acusados firmaron un contrato de subarriendo y cesión del negocio. Este hecho es considerado como un elemento probatorio de cargo. Pero puede analizarse desde otra perspectiva igualmente válida. Efectivamente, dicho contrato, folios 67 y

siguientes, contiene unas cláusulas que han de ser analizadas en sus justos términos. En la cláusula primera Francisco subarrienda el local y cede el negocio industrial que se realiza en dicho local a Hermenegildo. En la octava, el subarrendatario contratará como empleado del negocio a Francisco. Se trata, como se ve, de un arrendamiento de industria, de suerte que en el mismo se incluye la cesión de todo lo necesario para la explotación industrial, local, maquinaria, elementos productivos, enseres, etc., y también, (es lógico pensar, como documento necesario para desarrollar su actividad) el CAE, el denominado Código de Actividad de Establecimiento a nombre de Francisco y que va a ser utilizado (indebidamente) por Hermenegildo para los envíos de alcoholes, los primeros seis envíos realizados en el primer semestre de 1997, hasta que una vez constituida e inscrita en el Registro Mercantil la sociedad FCEX (febrero-marzo de 1997) se utiliza ya el CAE propio de esa sociedad en la segunda remesa de envíos de noviembre de 1997 a enero de 1998. Es decir, en virtud de dicho contrato, Hermenegildo se quedó con el negocio, con todo lo del negocio, y también con el CAE, utilizando este documento para poder circular alcohol hasta que se constituyó la sociedad a la que se le dio ya su propio CAE.

En este juego de contrapesos, existen más elementos probatorios que apuntan a la inocencia que a la culpabilidad de Francisco. Recuérdese que para condenar hay que estar muy seguro, y, sobre todo, fundar la condena en un cuadro probatorio de cargo, sólido, suficiente.

El hecho de que inicialmente la AEAT iniciara las actuaciones (administrativas) contra Francisco responde a algo muy sencillo: los documentos de acompañamiento para la circulación de alcoholes estaban a nombre de Francisco, quien, en principio, era el sujeto pasivo del impuesto. Pero el devenir de las cosas ha demostrado otra conclusión bien diferente, hasta el punto de que el Abogado del Estado que representa los intereses de la Hacienda Pública, ya en el seno del proceso penal, retiró la acusación contra este coimputado y manteniéndola solo contra Hermenegildo, verdadero y único artífice de la trama criminal. Y así, el hecho de que Francisco apareciera inicialmente como sujeto pasivo del impuesto no significa que ya por solo ese hecho, haya de ser considerado como sujeto activo del delito. Son cuestiones y planos diferentes.

Respecto de los envíos realizados el primer semestre de 1997, la salida de seis cisternas de alcohol con destino supuestamente a Portugal, los documentos de acompañamiento de la circulación de ese alcohol estaban a nombre de Francisco, pero, y esto resulta fundamental,

aparece debidamente probado a través de la declaración de Hermenegildo , que los mismos fueron cumplimentados y firmados por éste, no por Francisco, y en ningún caso consta que hubiera consentimiento ni autorización de éste, de suerte que no se pueden establecer presunciones contra reo cuando no existen elementos probatorios plurales y sólidos en que fundar tales hipótesis especulativas en contra de dicho acusado. La Sala no ha encontrado elementos probatorios suficientes, (como no sean meras sospechas) en el sentido de que Francisco consintió la utilización de su CAE para fines delictivos. Insiste este tribunal, dichos documentos complementarios, que son fundamentales para la comisión del delito pues acompañan la circulación del alcohol, la cual constituye el hecho imponible del impuesto, fueron rellenados y firmados por Hermenegildo, tanto los relativos a los seis primeros envíos (primer semestre de 1997), cuando aún no estaba constituida la sociedad, cuanto los siguientes, una vez constituida FCEX SL. Estos son datos objetivos, lo demás puras especulaciones.

Por otro lado, en cuanto a los libros oficiales exigidos (y visados) por la autoridad administrativa para la llevanza del negocio, Libro de Precintas, Libro de Alcoholes y Libro de Productos Elaborados, las anotaciones que constan en todos ellos desde enero de 1997, es decir, cuando ya estaba firmado y operativo el contrato de subarriendo y cesión del negocio de alcoholes, según resulta indubitadamente probado, todas las anotaciones fueron realizadas por Hermenegildo , lo que evidencia una vez más (constituye un indicio más de) que todo el control del negocio y de la actividad y de la gestión del mismo, aun antes de constituirse formalmente FCEX, lo tenía aquél, no Francisco .

Todos estos datos han de tenerse en cuenta a la hora de dictarse una sentencia condenatoria o absolutoria.

Resulta asimismo esclarecedora toda la declaración de Hermenegildo prestada en el acto del juicio (este tribunal ha visionado una parte importante de la vista oral) y antes en fase de instrucción: él era el que gestionaba exclusivamente el negocio sin que Francisco interviniera ni en la gestión ni en la administración de la empresa, el que llevaba y practicaba anotaciones en los libros, el que realizaba las declaraciones tributarias pues, entre otras cosas, tenía conocimientos en esta materia fruto de la experiencia al haber trabajado antes en otras empresas del mismo ramo, el que asumía todos los beneficios de la sociedad, nunca repartió

beneficios a Francisco , (le pagaba un sueldo como asalariado de FCEX), el que tomaba todas las decisiones y manejaba la empresa sin que Francisco interviniera en ninguna de las operaciones, el que utilizó el CAE de Francisco porque este documento formaba parte de la cesión del negocio, etc., el que manifiesta, en suma, que la actividad de Francisco) era fabricar y vender alcoholes de boca a pequeña escala y que el movimiento que tenía Francisco era pequeño y distinto de la empresa de Hermenegildo.

La sentencia de instancia, que no hace apenas referencia a todas estas importantes cuestiones, condena a Francisco como autor de cuatro delitos fiscales cometidos por cooperación necesaria en base exclusivamente en los siguientes elementos probatorios (véase especialmente el folio 1261 de las actuaciones, folio 19 de la sentencia):

A) Los envíos de alcohol se realizaron bajo su CAE y a su nombre, el cual figuraba en los documentos complementarios. Pero no se dice que los documentos fueron rellenos y firmados por Hermenegildo.

B) Observó en el negocio la salida de camiones con grandes cantidades de alcohol. Pero de este hecho no se puede extraer sin más y con ausencia de toda duda razonable, que Francisco conocía que lo que salía era concentrado de alcohol, y no derivados, y que el destino era Portugal o una ciudad española.

C) De todo ello concluye que "es incuestionable que en los documentos está identificado Francisco, y no en un envío sino en seis, lo que permite concluir en un total conocimiento de los envíos, de sus circunstancias y de su finalidad defraudatoria", sic.

No puede compartir la Sala los razonamientos expuestos por la Juzgadora a quo. Son insuficientes y, además, se refieren a deducciones que no traen causa en un proceso lógico y racional de inferencia. No se describe en la sentencia por qué Francisco tenía conocimiento de las circunstancias (qué circunstancias) y de la finalidad defraudatoria de los envíos. No se especifica en la sentencia de dónde se deduce tal. Porque puede pensarse la hipótesis contraria, la cual, cuando menos, es tan creíble como la otra: " Francisco sabía que circulaba alcohol que era transportado en camiones (porque los veía en su fábrica), negocio que regentaba y gestiona

exclusivamente Hermenegildo y que éste pagaba sus impuestos". El documento que obra al folio 43, tampoco es demostrativo de la culpabilidad del acusado, o, al menos, constituye un único indicio, (posiblemente éste sea el único indicio) de su culpabilidad, pero que es claramente insuficiente. Como es bien sabido, el desafío jurídico que supone condenar a base de prueba indiciaria, indirecta, circunstancial, presuntiva o de inferencias, exige una serie de requisitos establecidos jurisprudencialmente, (y cuya cita resulta obvia por conocida), uno de los cuales es que los indicios sean plurales, lo que no se produce en el caso de autos. En este documento, Francisco firma lo que escribe Hermenegildo, (hecho debidamente probado), y se limita a remitir a la AEAT los documentos complementarios solicitados por la Agencia. Nada más.

No procede finalmente analizar el grado de participación de Francisco en los hechos: si lo fue a título de cooperador necesario o de mero cómplice, ni inclinarse por una u otra teoría doctrinal sobre la participación, pues el problema se sitúa en un plano anterior: la cuestión de la existencia o no de prueba de cargo que acredite el conocimiento y participación en los hechos del acusado, y ésta cuestión aparece ya resuelta en los párrafos precedentes. Procede la aplicación del principio "in dubiis reus est absolvendus". El recurso se estima.

CUARTO

En cuanto al recurso interpuesto por la defensa de Hermenegildo, la cuestión aparece ya resuelta en gran parte en el fundamento jurídico precedente. Por eso nos limitaremos en este apartado, afín de no ser reiterativos, a realizar alguna precisión. Se alegan como motivos del recurso el error en la valoración de la prueba, la indebida aplicación del artículo 305 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , y la necesaria apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas con el carácter de muy cualificada.

En cuanto a los dos primeros motivos, cuyo análisis conjunto se hace necesario a la vista de la estructura del recurso, la conclusión ha de ser desestimatoria. Existe al respecto abundante prueba directa y circunstancial de su autoría de los hechos, así como del conocimiento y del dolo, del elemento subjetivo del tipo. Efectivamente, él fue claramente y sin género de duda alguna el autor de los cuatro delitos contra la Hacienda Pública. En este caso las pruebas de cargo son abrumadoras, consistentes, plurales, ya con prueba directa, ya con prueba presuntiva.

Los delitos cometidos tienen un perjudicado directo, y una pluralidad de perjudicados indirectos: los ciudadanos cumplidores que con sus impuestos sufragan los costosos servicios públicos que van a utilizar todos, los que pagan impuestos y los que no. Por eso se trata de un delito con una evidente transcendencia social que afecta al Estado del bienestar, y que solo puede ser cometido por quien actúa dolosamente, cual ocurre en el caso enjuiciado respecto del acusado Hermenegildo.

El obligado tributario es quien realiza el hecho imponible que consiste, en el caso de autos, en poner el **alcohol** en circulación. Desde este momento se devenga el impuesto y si éste no se paga, y la cuota defraudada supera los límites establecidos en el artículo 305 del CP, se comete el delito. Es decir, desde el momento en que los camiones salen de la fábrica con el **alcohol** concentrado se devenga el impuesto, y hay que pagarlo, y si no se satisface pasado el periodo voluntario de pago se consuma el hecho criminal, si la cuantía defraudada supera un determinado límite. Por tanto, devengado el impuesto, para que el acusado, que puso en circulación el **alcohol**, (hecho incontrovertido que nadie discute), para que el acusado quede exonerado del pago del mismo debe acreditar (él, no la acusación) que el destino era Portugal u otro país comunitario y que allí llegó, pues según la legislación aplicable existen exenciones **fiscales** (del IVA y de otros impuestos especiales) tratándose de circulación intracomunitaria de productos objeto de impuestos especiales, que circulan en régimen suspensivo, y el acusado no ha acreditado que los **alcoholes** llegaran a un **depósito fiscal** en Portugal, antes al contrario, todas las pruebas practicadas apuntan en sentido contrario, todo fue una simulación con ánimo defraudatorio (dolo), pues los productos nunca llegaron a Portugal. Es decir, los envíos se realizaban en régimen suspensivo de impuestos especiales, sin el devengo del impuesto, pero todo era una falacia para no pagar tributos y defraudar a la Hacienda Pública y a todos los ciudadanos.

Pero no solamente el acusado no acredita esto, sino que en autos está probado lo contrario. Veamos. Afirmar el apelante que no existe prueba directa de que el **alcohol** no fuera a los **depósitos fiscales** a que se refieren los documentos de acompañamiento. En este sentido en el escrito del recurso impugna tanto el informe de las Autoridades portuguesas, folio 35, como las declaraciones prestadas por los bodegueros portugueses en fase de instrucción a través de las correspondientes comisiones rogatorias y, además, afirma, que todos debieron comparecer a

juicio a ratificar sus declaraciones, y como no lo hicieron, tales pruebas no pueden tenerse en cuenta para condenar. Sobre esto procede manifestar lo siguiente:

A) Que, como obra a los folios 884 y 885 de la causa, escrito de defensa de Hermenegildo, "se proponen los mismos medios de prueba que las acusaciones" y no se impugna nada. Es decir, la propia defensa del acusado asumió los medios de prueba de la acusación, y por tanto los informes de las Autoridades Portuguesas y las declaraciones de los bodegueros lusos. Esta impugnación tampoco se realiza en el acto del juicio, en la fase preliminar de cuestiones previas. Por ello, en vía de recurso no puede impugnar los documentos que antes aceptó y que asumió como prueba propia. Se trataría de una impugnación extemporánea e inocua jurídicamente. En suma, esa falta de impugnación hace innecesaria la ratificación en juicio de tales testimonios.

B) Que se trata de una impugnación meramente formal y sin valor jurídico alguno. No se dice, por ejemplo, por qué el informe de la Autoridad Lusa, folio 35, puede no ajustarse a la realidad, no se dan motivos de desconfianza de tales pruebas. En definitiva no se motiva ni se explicita la razón (material, no formal) de tal impugnación.

C) Que, en todo caso, sí hubo un bodeguero portugués que negó haber recibido alcohol, declaración que se produjo en el acto del juicio.

D) Que el citado informe de la Autoridad fiscal portuguesa afirma que son falsos los sellos y las firmas, luego los productos no pasaron por las aduanas portuguesas.

E) En el mismo sentido los dueños de las bodegas en Portugal, negaron haber recibido el alcohol.

F) Curiosamente el acusado no puede (y le sería muy fácil hacerlo), acreditar ingresos de empresas portuguesas, a la vista de la importante cantidad de dinero puesto en circulación. Este es otro indicio claro de que el alcohol concentrado nunca se envió ni llegó a los depósitos fiscales de Portugal. Tampoco acredita, y le era muy fácil hacerlo, recibos o facturas expedidos por las empresas portuguesas que supuestamente constituyeron el destino final del **alcohol**.

G) Lo mismo puede decirse con las empresas transportistas. Al respecto nos remitimos a los argumentos de la sentencia de primer grado.

QUINTO

.- Se alegó la atenuante del artículo 21.6 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , con el carácter de muy cualificada.

Sí existen dilaciones indebidas en este procedimiento desde el momento en que se celebró el juicio a los doce años de acaecidos los hechos y se puso la sentencia de instancia dos años y medio después del celebrado el juicio, lo cual no está justificado. El tiempo transcurrido supera con creces los estándares establecidos por la jurisprudencia y que, en supuestos normales y similares al presente, se sitúa alrededor de cuatro años. No hay justificación alguna para demora tal intolerable.

Efectivamente, como señala la reciente STS de 14 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6188) , el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto en un tiempo razonable. La noción de tiempo razonable constituye un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no a quien reclama.

En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003 (TEDH 2003, 59) , Caso González Doria Durán de Quiroga y STEDH de 28 de octubre de 2003 (TEDH 2003, 60) , Caso López Solé y Martín de Vargas , y las que en ellas se citan).

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse

en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por el autor (SSTS 27 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 699) , 12 de mayo de 2005 , 10 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 7753) 25 de enero (RJ 2010, 1459) , 30 de marzo (RJ 2010, 5540) y 25 de mayo de 2010 (RJ 2010, 6143)).

La compensación se realiza mediante la aplicación de la circunstancia atenuante, que exige cuatro requisitos: 1) que la dilación sea indebida, es decir procesalmente injustificada; 2) que sea extraordinaria; 3) que no sea atribuible al propio inculpado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

También se ha exigido en la doctrina jurisprudencial que quien invoca las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, argumentando que la vulneración del derecho, como recordaba la STS núm. 1151/2002, de 19 de junio (RJ 2002, 8798) , no debería ser apreciada "si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992 (RTC 1992, 73) , 301/1995 (RTC 1995, 301) , 100/1996 y , entre otras y STS 175/2001, 12 de febrero (RJ 2001, 280))".

Sin embargo, esta exigencia ha sido matizada, por ejemplo en STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre (RJ 2002, 8169) , señalando que " en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado, sin más, a renunciar a la eventual prescripción del delito que podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones

indebidas está configurado en el artículo 24 CE (RCL 1978, 2836) sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".

Esta falta de unanimidad en la exigencia de la denuncia previa ha de resolverse hoy, a la vista del texto legal, en el sentido de que la denuncia previa no constituye un requisito ineludible para apreciar la atenuante, pues la nueva norma que incorpora al Código penal dicha atenuante como derecho positivo no lo exige, sin perjuicio de la valoración jurisdiccional de la existencia o no de denuncia previa en el ámbito del comportamiento del imputado, a los efectos de apreciar el carácter indebido (es decir procesalmente inexplicable) de la demora.

Existe acuerdo en que el concepto de dilación indebida es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución a la conducta del imputado, debe determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas ya que el retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y sin daño no cabe reparación (SSTs. 654/2007 de 3 de julio (RJ 2007, 4927) , 890/2007 de 31 de octubre (RJ 2007, 7304) , entre otras), debiendo apreciarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso. Como dice la STS de 1 de julio de 2009 (RJ 2009, 6697) debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, como consecuencia del daño que pueda ocasionarle la prolongación del proceso, bien por la reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS 3 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1667)).

Supuesto ello, en el caso presente la dilación es extraordinaria, indebida y no está justificada y es lógico pensar, pues así lo dice el sentido común, que la existencia de un proceso penal abierto contra una persona durante tanto tiempo (el asunto ni es excesivamente complejo, ni son muchos los imputados, ni se necesitan juzgados especializados para instruir los procesos por delitos fiscales, ni hay que practicar diligencias que requieran una dilación especial, etc.), ha de suponer un cierto daño, siquiera de contenido moral o de carácter espiritual e intangible que deberá ser compensado con la reducción de la pena apreciando tal atenuante. Ahora bien, la

circunstancia ha de apreciarse con el carácter de simple, pues en la propia definición del concepto ya se exige que la dilación sea "extraordinaria e indebida", que es precisamente lo que se exige para la apreciación de la misma.

SEXTO

.- Se declaran de oficio las costas procesales de la alzada. En cuanto a las de primera instancia, la absolución de Francisco obliga a declarar de oficio la mitad de las causadas. Artículos 239 y siguientes LECR . (LEG 1882, 16)

Vistos, además de los citados, los preceptos legales pertinentes del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) .

FALLAMOS:

ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación procesal de Francisco , **Y REVOCAMOS LA SENTENCIA DE INSTANCIA EN EL SENTIDO DE ABSOLVER AL ANTERIOR** DE LOS HECHOS objeto de acusación, con toda clase de pronunciamientos favorables, declarando de oficio la mitad de las costas causadas en la primera instancia.

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la defensa de Hermenegildo , **Y REVOCAMOS PARCIALMENTE LA SENTENCIA DE INSTANCIA** en los siguientes términos:

A) SE APRECIA LA CONCURRENCIA DE LA CIRCUNSTANCIA **ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS** YA DEFINIDA.

B) SE IMPONE AL ACUSADO LA PENA **DE 1 AÑO DE PRISIÓN POR CADA UNO DE LOS CUATRO DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA COMETIDOS**, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 4.995.104,58 €, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 6 meses, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres años por cada delito.

C) En concepto de **RESPONSABILIDAD CIVIL** indemnizará el acusado a la Hacienda Pública en el importe total de 4.955.104,59 €. Dicha suma devengará el interés legal de demora previsto en el artículo 576.1 LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) .

D) Se condena al anterior al pago de la mitad de las costas procesales de la primera instancia.

E) Se declaran de oficio las costas procesales de la alzada.

Contra la presente **Sentencia** no cabe ulterior recurso, salvo el de **Aclaración** para corregir algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga o corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, recurso a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución. [Art. 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio (RCL 1985, 1578 y 2635) , del Poder Judicial]; todo ello referido a la parte dispositiva o fallo de la resolución. Asimismo podrá instar la parte, si a su derecho conviniere y hubiere motivo para ello, se declare la nulidad de todas **las actuaciones o de alguna en particular**, conforme a lo dispuesto en el art. 240.2 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de Julio, DEL PODER JUDICIAL , según modificación operada por Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre (RCL 1997, 2878) , derecho a ejercitar en el plazo de **veinte días** contados desde la **notificación de la sentencia o resolución**.

Notifíquese la anterior **Sentencia** a las partes personadas y con **certificación literal** a expedir por el **Sr. Secretario de esta Audiencia Provincial** y del oportuno **despacho**, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el **Libro-Registro de Sentencias** de esta Sección.

Así, por esta nuestra Sentencia , definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo acordamos, mandamos y firmamos los lltmos. Sres. al margen relacionados. «***D. José Antonio Patrocinio Polo; D. Enrique Martínez Montero de Espinosa; y D. Emilio Serrano Molera.** Rubricados. *»

E/.

PUBLICACIÓN

Dada, leída y publicada fue la anterior **Sentencia**, en el día de la fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado **D. José Antonio Patrocinio Polo** , ponente en estos autos, celebrando audiencia pública la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, ante mí que como Secretario, certifico. Badajoz, **a tres de Abril de dos mil Catorce**.

FIDE