



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2787

Madrid, lunes 1 de febrero de 2010



2009/259271

TS Sala 4ª, Sentencia 17 septiembre 2009. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

## Beneficio de justicia gratuita reconocido a los servicios autonómicos de salud

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Madrileño de la Salud demandado frente a sentencia que le condenó al abono de las diferencias salariales reclamadas y le impuso el pago de los honorarios del letrado. La Sala señala que la única cuestión planteada es la condena al pago de las costas del recurso de suplicación y, sobre esta cuestión, hay que declarar que los servicios autonómicos, en cuanto han pasado en su conjunto a sustituir a una Entidad Gestora específicamente reconocida como tal por la LGSS, merecen el reconocimiento de su carácter de Entidades Gestoras y, por tanto, se les ha de reconocer el beneficio de justicia gratuita con la exención del pago de las costas en los recursos de suplicación conforme al art. 233 LPL, salvo apreciación de temeridad o mala fe, circunstancias que aquí no concurren.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 29 de los de Madrid, en autos número 583/2007, seguidos a instancia del demandante D. Maximiliano, se estimó su petición principal, condenándose al SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD al abono al actor de las diferencias salariales correspondientes al desempeño del puesto funcional del nivel retributivo 14 durante el período comprendido entre el mes de abril de 2006 y marzo de 2007, ambos inclusive, por importe de 11.529,37 euros, absolviéndola de la pretensión adicional de abono de intereses de mora.

Contra la referida sentencia interpuso el Servicio demandado recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Este recurso fue desesti-

mado por sentencia de la referida Sala de fecha 28 de noviembre de 2008 (Rec. 3374/2008). En el penúltimo párrafo del fundamento de derecho único de esta sentencia se razona que procede imponer a la Administración recurrente los honorarios del letrado que impugnó el recurso, los cuales se fijan en 350 euros.

**SEGUNDO.-** El Servicio Madrileño de Salud interpuso, contra la mencionada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora se analiza. En él se alega, como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala en 27 de diciembre de 2004 (Rec. 394/2004).

La única cuestión o tema de debate que se plantea en este recurso de casación unificadora se centra sobre

la condena al pago de las costas del recurso de suplicación que con respecto al SERMAS establece la sentencia impugnada.

Existe, por tanto, contradicción entre las dos sentencias que comparan, toda vez que en la aludida sentencia referencial se trató de un proceso en el que también fue parte el Servicio Madrileño de Salud, y de forma expresa y directa se le eximió del pago de las costas causadas, por entender que dicho Servicio de Salud debe ser equiparado a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y se le ha de reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Por consiguiente, planteándose en ambos casos la misma cuestión, referente a la imposición de las costas causadas al mencionado organismo autonómico, es evidente que los pronunciamientos de estas resoluciones son opuestos, ya que la sentencia recurrida le condena en costas y, en cambio, la referencial la libera explícitamente de tal condena, sin que se trate del quebrantamiento de una norma de procedimiento que pueda producir la nulidad de lo actuado sino de examinar la conformidad o no a ley de una condena que la sentencia recurrida impone. Se cumple, pues, el requisito de recurribilidad que establece el art. 217 de la LPL.

**TERCERO.-** La cuestión planteada ha sido abordada y resuelta por esta Sala con reiteración. Nuestra sentencias de fecha 28 de febrero y 16 de noviembre de 2007 (Rec. 2859/05 y 2028/06) contienen la siguiente doctrina: " Por virtud de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria llevada a cabo en nuestro país desde el antiguo Instituto Nacional de la Salud a las distintas Comunidades Autónomas, los diferentes Servicios de Salud constituidos en cada una de ellas han recibido por vía de traspaso los mismos bienes, personas y cometidos que antes desarrollaba el indicado Instituto, con lo que de hecho y de derecho han pasado éstos a ocupar a nivel de cada Comunidad Autónoma el mismo lugar que aquél tenía reconocido con anterioridad para todo el Estado, y por cuya razón tenía reconocido por el art. 2 b) de la Ley 1/1996, el beneficio de justicia gratuita. Siendo ello así, pues, tales servicios autonómicos en cuanto han pasado en su conjunto a sustituir a una Entidad

## SUMARIO

**TS**

**CIVIL**

Responsabilidad de ayudante técnico sanitario y centro médico en resultado lesivo **2**

**PENAL**

Delito contra la salud pública **3**

**SOCIAL**

Beneficio de justicia gratuita reconocido a los servicios autonómicos de salud **1**

**RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16**

**INTERNET**  
<http://www.elderecho.com>  
e-mail: [clientes@elderecho.com](mailto:clientes@elderecho.com)

Gestora específicamente reconocida como tal por la Ley General de la Seguridad Social y hoy desaparecida, merecen el reconocimiento de su carácter de Entidades Gestoras como lo era aquella porque en ambos casos concurre igualdad de razón en el tratamiento a los efectos que aquí nos ocupan, o sea, en cuanto al reconocimiento del beneficio de justicia gratuita y por lo tanto la exención del pago de las costas en los recursos de suplicación en aplicación de lo dispuesto en el art. 233 LPL, salvadas las excepciones en las que pudiera serles apreciada temeridad o mala fe en sus planteamientos, que aquí no concurren. Siendo ésta la doctrina que, por otra parte, ha seguido esta Sala cual puede apreciarse en las SSTS de 23-1-1995 (Rec.-1802/94), 10-11-1999 (Rec.-3093/98), 17-7-2000 (Rec.- 1969/99), 3-7-2001 (Rec.- 3509/00), 24-7-2001 (Rec.-4040/00), 30-4-2003 (Rec.-3931/02), 24-5-2003 (Rec.-2975/02) o 3-3-2004 (Rec.-3834/02), entre otras". Reiterando también este criterio las sentencias de 20 de mayo del 2004 (rec. núm. 2946/2003), 10 de noviembre del 2004 (rec. núm. 299/2004), 22 de diciembre del 2004 (rec. núm. 2946/2003) y 21 de febrero del 2005 (rec. núm. 1714/2004), entre otras muchas".

Queda claro, en fin, que la sentencia recurrida ha infringido los preceptos legales que se acaban de mencionar y, por ello, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, ha de ser casada y anulada en parte. Y resolviendo el debate planteado en suplicación, no se impone ningún tipo de condena en costas al Servicio Madrileño de la Salud, manteniéndose en cambio todos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida que no fueron objeto del presente recurso.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Madrid, D<sup>a</sup> María Dolores Sánchez Delgado, en nombre y representación del SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28 de noviembre de 2008, recaída en el recurso de suplicación número 3374/08 de dicha Sala y, en consecuencia, casamos y anulamos en parte dicha resolución.

Y resolviendo el debate planteado en suplicación, no imponemos al Servicio Madrileño de la Salud ningún tipo de condena al pago de las costas del recurso de suplicación; mantene-mos todos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, los cuales no fueron objeto de debate en este recurso. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

nal con reserva de las acciones civiles al perjudicado, y no el de la fecha de la notificación de dicha resolución a los actores, tal y como aprecia la sentencia de la Audiencia.

Se desestima. El plazo de prescripción de un derecho a exigir responsabilidad civil no comienza a correr, sino desde que se produzca la notificación de archivo de la causa penal (SSTS 30 de junio 1993; 25 de marzo de 1996; 3 de octubre 2006, 11 de octubre de 2007, entre otras muchas).

Como recuerda la sentencia de 16 de junio de 2003, con cita de la de 25 de marzo de 1996, si la decisión del Tribunal de segunda instancia, denegatoria de la prescripción contaba con un importante apoyo en las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 196/88 y 220/93, después de dictarse ésta no ha venido sino a avanzarse en la misma línea de que la omisión del ofrecimiento de acciones en el proceso penal, y en su caso además la de la notificación del auto de archivo, no pueden ir en detrimento de los perjudicados en el sentido de que la acción civil se considere prescrita por no haberse ejercitado dentro del año siguiente a la producción del daño o a la terminación de las actuaciones penales (SSTC 89/99 y 298/00), doctrina del Tribunal Constitucional que se funda principalmente en la relevancia del art. 270 LOPJ en relación con los arts. 108, 109 y 114 L E Crim, y que puede resumirse en dos argumentos esenciales: primero, que "el conocimiento de la fecha en que han terminado dichas actuaciones (las penales) constituye, pues, un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional" (STC 298/00); y segundo, que en tanto se sigan las actuaciones penales el Ministerio Fiscal está obligado al mantenimiento de las acciones penales y civiles (STC 298/00).

SEGUNDO.- El segundo motivo de casación se funda en la infracción de los artículos 1105, 1902 y 1903 del Código Civil, alegando inexistencia de culpa o negligencia en la asistencia del enfermo, negando la supuesta falta de vigilancia apreciada en la sentencia recurrida y la existencia del caso fortuito.

Se desestima como el anterior. El caso fortuito o la fuerza mayor, entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio,



2009/229015

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 1 octubre 2009. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

## Responsabilidad de ayudante técnico sanitario y centro médico en resultado lesivo

*El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que, desestimando la excepción de prescripción alegada por el centro médico, revoca parcialmente la sentencia de primera instancia absolviendo al médico que operó al menor y manteniendo la condena de la ayudante técnico sanitario y del centro médico, dado que la citada ayudante omitió la especial vigilancia que era necesaria en la atención del menor recién operado, a partir de una situación que conocía y asumía siendo incapaz de percibirse de la sintomatología clínica, omisión que se vincula fatalmente con el grave resultado lesivo.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos objeto de controversia se refieren a las graves secuelas padecidas por un menor tras ser intervenido quirúrgicamente en un Centro hospitalario de una operación de estenosis pilórica, a consecuencia de la extravasación del suero hipertónico aplicado para su recuperación postoperatoria.

La Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia en la que, desestimando la excepción de prescripción, revoca parcialmente la del Juzgado para absolver al médico y mantener la condena de la ATS y del Centro Sanitario, en el que aquella prestaba servicios, por la omisión de la obligación de continua y rigurosa vigilancia que requería el menor, siendo

perfectamente conocida por ella "cuales eran las características especiales del paciente, el tratamiento que se le dispensaba y los riesgos que pudieran resultar de unas y otro".

La cuestión jurídica controvertida se centra, con carácter previo, en la alegación de prescripción, en aplicación del artículo 1968 del Código Civil, contenida en el motivo primero del recurso interpuesto por la mercantil José Manuel Pascual Pascual, SA., propietaria del Hospital, por considerar que el día a quo a afectos de determinar el cómputo del plazo prescriptorio, debe ser, por razones de seguridad jurídica, el de la fecha del auto dictado en el procedimiento penal previo, en el que se declara la prescripción de la acción pe-

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94  
ISSN 1888-5020  
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

para excluir la responsabilidad; pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los proponentes, lo que no se da en la presente situación en la que la sentencia no acude al caso fortuito para razonar sobre la condena ni puede admitirse con los hechos que la sentencia toma como referencia, ajenos por completo al que se invoca sobre el escaso grosor de las venas del menor, que, en cualquier caso sería, por fortuna para la salud de los niños, un hecho previsible y evitable por quien está en disposición de llevarlo a cabo. Las demás alegaciones sobre la aplicación del artículo 1902, y por derivación del artículo 1903 del Código Civil, carecen de consistencia para alterar la solución jurídica dada en la instancia. En ningún caso se aplica contra la ATS la responsabilidad objetiva, ni se la condena por el simple resultado. Se la responsabiliza porque omitió la vigilancia que era necesaria en la atención del menor, a partir de una situación que conocía y asumía puesto que en un proceso de extravasación del suero que se produce en un lapso de tiempo entre una media y tres horas, fue incapaz de percibirse de la sintomatología clínica, conforme resulta de la prueba; omisión que se vincula fatalmente con el grave resultado lesivo.

**TERCERO.-** El recurso de los actores se funda en la infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, alegando la responsabilidad de la médico de guardia que, encargada especialmente de la dependencia de cuidados críticos y siendo concedora del riesgo que comportaba la administración del suero hipertónico, no consta que apareciera por el nido hasta después de varias horas. El recurso, más orientado a procurar un pronunciamiento distinto en costas, que a sostener con criterio fundado y riguroso la condena de la pediatra absuelta, se desestima.

En el ámbito de la prestación sanitaria, de cuidado al enfermo en centros hospitalarios, los Ayudantes Técnicos Sanitarios son responsables de sus propias acciones, en función de su actividad profesional y de su experiencia entre las cuales está la de dirigir y evaluar los cuidados propios de su competencia controlando y observando a cada paciente bajo su cuidado, identificando, en suma, las necesidades de cada uno de ellos, y adoptando las medidas pertinentes hasta poner en conocimiento del médico las anomalías o deficiencias que observe en el desarrollo de la asistencia. La desatención de dichas obligaciones es lo que sirve a la sentencia para establecer la responsabilidad de la ATS y negar la que se exige a la médico, desde el momento en que pone a su cargo el riesgo que para el menor supuso la desatención de la vigilancia directa y continuada y la consecuente omisión de las incidencias que se produjeron en el postoperatorio por no advertir a tiempo el inadecuado proceso de extravasación del suero, que duró varias ho-

ras, las suficientes para advertir el problema obligaciones que no son del médico cuya responsabilidad empieza y acaba en funciones distintas de la cuestionada.

**CUARTO.-** Conforme al artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas de este recurso de casación a los recurrentes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por las representaciones procesales de José Manuel Pascual Pascual SA y de D. Florencio y D<sup>a</sup> Reyes frente a la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha

diez de diciembre de 2004, con expresa imposición de las costas a los recurrentes.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios.-Francisco Marin Castan.-José Antonio Seijas Quintana Encarnación Roca Trias.Firmado y Rubricado.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

poro ningún dato objetivo que puede considerarse indicio de la existencia del delito y de la conexión de la persona cuyas comunicaciones se intervienen con el mismo, y por lo tanto tal intervención telefónica adoptada por auto de 30.4.2004 es nula.

-Además señala que dicha intervención dura desde el 30.4.2004 hasta el 15.6.2004, sin que la intervención diera resultado alguno, circunstancia por la que se dictó con fecha 22.6.2004, auto de sobreseimiento provisional, lo que evidencia que la solicitud y ausencia de motivación de la diligencia, tenía exclusivamente un afán de prospección prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.

-Añade que con fecha 1.9.2004, nuevamente el Jefe de la BPPJ., sobre la base de las circunstancias que ya fueron tenidas en cuenta para dictar el auto de sobreseimiento provisional, y sin ningún dato nuevo, se vuelve a solicitar la intervención telefónica esta vez del núm. 001, sin que las diligencias ampliatorias sean tales pues se refieren a aspectos de las grabaciones del mes de mayo, anteriores al auto de sobreseimiento de 22.6.2004, lo que dio lugar a la reapertura de las diligencias por auto de 2.9.2004 y por auto de la misma fecha a la intervención de dicho teléfono, también atribuido a Juan Ramón, auto que igualmente ha de considerarse nulo.

Nuevamente y a la vista del nulo resultado obtenido, se dicta el 3.11.2004 auto de sobreseimiento y archivo provisional, con cese de la intervención.

A pesar de ello, con fecha 3.11.2004 se vuelve a solicitar la intervención de un número telefónico el núm. 002, supuestamente utilizado por Juan Ramón, y al mismo tiempo la intervención telefónica del núm. 003 que actualmente utilizaban las proveedoras de Juan Ramón, los hermanos Paloma y Alicia.

Como se había reflejado en oficios anteriores, pero sin que conste el medio por el cual llega a dicha conclusión, un oficio anterior en que se habla de las hermanas Alicia Paloma, ni documento, indicio, prueba o dato que ponga de manifiesto que fueran proveedoras del investigado, ni tampoco que utilizaran dicho número de teléfono.

Con fecha 4.11.2004 se dicta providencia por la que el Instructor insta a la Policía Nacional, Brigada de Estupefacientes, a que justifique la solicitud de intervención, y con fecha 5.11.2004, se presenta nuevo escrito por la Policía en el que se resalta determinadas conversaciones grabadas del núm. 001, y algunas actuaciones de los hermanos Paloma Alicia relacionadas con el tráfico de drogas y transacciones efectuadas, sin que pudiera detenerse a las mismas.



2009/234657

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 7 octubre 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

## Responsabilidad personal subsidiaria para impago de multa Delito contra la salud pública

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia dictada en causa seguida a la misma y otro por delito contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria, acordada en el caso del impago de la pena de multa, pues al haber sido condenados a una pena de prisión de once años, la sentencia ha olvidado el veto legal del art. 53,3 CP 95, reformado por LO 15/2003 que dice que "esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años".*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Paloma.

**PRIMERO.-** El motivo primero por infracción de precepto constitucional, en concreto el art. 18.3, derecho a las comunicaciones y a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías al no apreciar la nulidad de todas las intervenciones telefónicas acordadas en la causa, alegada con carácter previo, reiterando como cuestión previa por la defensa y desestimada por auto de la Audiencia Provincial de fecha 10.5.2007.

Se insiste en la nulidad de auto de intervención telefónica de 30.4.2004, que acordó la intervención y escucha del teléfono núm. 000, del que se decía usuario Juan Ramón, persona que no se imputa fi-

nalmente en el procedimiento penal en el que resultó condenada la recurrente, y del que posteriormente se deriva la intervención telefónica de un número atribuido a ésta.

El motivo tras hacer una amplia y detallada exposición de la doctrina constitucional y de esta Sala en orden a los requisitos previos a la resolución y de la propia resolución a los presupuestos posteriores a la adopción de la medida: control judicial en el desarrollo y cese de la medida de intervención, y a las consecuencias procesales de la prueba defectuosa, entiende en cuanto al caso que nos ocupa que el primer auto de 30.4.2004, que acordó la intervención del teléfono núm. 000 del que se dice usuario Juan Ramón no contiene una motivación suficiente para poder afirmar la legitimidad constitucional de la medida pues no incor-

En base a ello con fecha 5.11.2004, se procede por tercera vez a la reapertura de las diligencias y a la intervención de los teléfonos supuestamente atribuidos a Juan Ramón y a las hermanas Paloma y Julia, a pesar de no constatarse ningún indicio válido ni ser ciertos los hechos que se relata en orden a la no justificación de las grandes cantidades de dinero intervenidas. De ahí que este auto también sea nulo por vulneración el art. 18.3 CE.

-Asimismo, la ausencia de pruebas e indicios y la nulidad de las resoluciones antedichas incide en el derecho a la presunción de inocencia de la recurrente y de los demás acusados, con conculcación del art. 24.2 CE.

-Además se denuncia el nulo control judicial de las transcripciones del material obtenido por la policía consecuencia de las grabaciones, puesta hasta 7 meses de la detención de los procesados el Instructor no tuvo el control de las transcripciones, ya que las mismas fueron realizadas por la Policía judicial, sin la fe del Secretario Judicial, y no es hasta auto de 10.6.2003 cuando se procede a ordenar la transcripción de una serie de pasos relacionados con el teléfono núm. 003, supuestamente utilizado por Paloma, pero sin que haya transcripción cotejada por el Sr. Secretario de los números supuestamente utilizados por Juan Ramón, base de las posteriores intervenciones.

-Por último, abundando en la nulidad de los autos de reapertura de las diligencias, se viola también el derecho a un proceso con todas las garantías, al procederse a tal apertura sobre la base de autos de sobreseimiento provisionales, firmes y no recurridos, amparándose en argumentos anteriores y no nuevos, que ya fueron tenidos en cuenta.

SEGUNDO.- Con carácter previo a la decisión del presente recurso debemos recordar que, como decíamos en las recientes sentencias 56/2009 de 3.2, 834/2009 de 16.7, la diligencia de intervención telefónica debe respetar unas claras exigencias de legitimidad constitucional, cuya concurrencia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas.

La decisión sobre la restricción de este derecho se deja en manos exclusivamente del poder judicial de conformidad con el art. 18.3 CE., concretamente, en el Juez de Instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la legitimidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá desprenderse de una resolución judicial motivada, adoptada en el ámbito de un proceso penal.

Así pues, todo lo anterior debe resultar de la decisión judicial que, al

menos, debe contener, en la forma que luego se dirá, los datos fácticos necesarios para poner de manifiesto que el Juez ha realizado la valoración exigida, la cual debe desprenderse del contenido de su resolución, de modo que, de un lado, su decisión pueda ser comprendida y, de otro, que sea posible efectuar un control adecuado y suficiente sobre la misma por la vía del recurso.

Esta exigencia de motivación conecta la cuestión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una resolución suficientemente fundada, de tal modo que, teniendo en cuenta las características del caso concreto, puedan conocerse las razones del acuerdo adoptado por el órgano jurisdiccional. El artículo 120.3 de la Constitución impone contundentemente la motivación de las resoluciones judiciales, lo cual ha sido especialmente recordado por el Tribunal Constitucional y por esta misma Sala cuando se trata de decisiones que suponen una restricción de derechos fundamentales, ya que en estos casos, es exigible una resolución judicial que no solo colme el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que además se extienda a la justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión (STC 29/2001, de 29 de enero y STC 138/2002, de 3 de junio). "La restricción del ejercicio de un derecho fundamental", se ha dicho, "necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (STC 52/1995)". (STC de 17 de febrero de 2000). De ahí que pueda afirmarse que si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados (SSTC 26/1891, 27/1989, 37/1989, 8/1990, 160/1991, 3/19192, 28/1993, 12/19194, 13/19194, 160/1994, 50/1995, 86/1995, 128/1995, 181/1995, 34/1996, 62/1996, 158/1996 o 170/1996).

Esta exigencia debe ponerse en relación con la naturaleza y características del derecho fundamental afectado y con las circunstancias en las que se produce su restricción, por lo cual no supone la necesidad de una determinada extensión, estilo o profundidad en la fundamentación o la precisión de razonar de una concreta manera, siendo suficiente, en general, con que puedan conocerse los motivos de la decisión, lo que permi-

te comprender las razones del sacrificio del derecho fundamental tanto al directamente afectado como a los demás ciudadanos, y, en su caso, controlar la corrección de la decisión judicial por vía de recurso. Es cierto que el interesado no puede controlar la legalidad de la medida durante su ejecución pues lógicamente desconocerá su existencia, pero el contenido de la motivación le permitirá impugnarla con posterioridad y cuestionar así la legitimidad de la actividad probatoria desarrollada, lo cual podrá ser trascendente no solo en orden a salvaguardar la integridad de su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, sino también a la vigencia de su derecho a la presunción de inocencia. Por ello, se ha dicho una motivación puede ser suficiente si permite el cumplimiento de estos fines.

Concretamente en orden a la debida motivación de las resoluciones que acuerden las intervenciones telefónicas, como decíamos en las SSTS. 201/2006 y 415/2006, el auto que acuerda la intervención telefónica se trata de una resolución judicial, como tal afectada por el art. 120 CE., tratándose de una diligencia que requiere la existencia de indicios que se investigan, su exigencia no puede equipararse a la de otras resoluciones que requiera la fundamentación de una imputación objetiva y subjetiva (art. 779.4 y 384 de la Ley Procesal). La resolución judicial que autorice la inferencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisiten caracteres de hecho delictivo y que la solicitud y la adopción guardan la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado. Una exigencia mayor sobre el contenido de la motivación podría hacer innecesaria la medida, pues cuando se solicita y expide el mandamiento se trata de acreditar un hecho delictivo, y su autoría, sobre la base de unos indicios de su existencia. En parecidos términos la STS. 4.2.98 señala, como la exigencia de motivación de la medida que autoriza una intervención telefónica, sin renunciar a ella, debe ser matizada pues la medida no es posterior al descubrimiento del delito sino dirigida a su averiguación y descubrimiento, en los términos del art. 126 CE.

Por otra parte, mediante la expresión del hecho que se investiga y la normativa que lo autoriza, lo que supone un examen de la proporcionalidad, se puede conocer la razón y porqué de la medida y proporciona elementos de control jurisdiccional que satisfarán la tutela judicial efectiva.

No se trata, en definitiva, de una resolución jurisdiccional que resuelve un conflicto planteado entre partes con interés contrapuesto, sino de una resolución judicial que tutela un derecho fundamental en el que el

Juez actúa como garante del mismo y en el que es preciso comprobar la proporcionalidad de la injerencia, tanto desde la gravedad del hecho investigado como de la necesidad de su adopción.

Las SSTS. 55/2006 de 3.2, con cita de la 530/2004 de 29.4 y 988/2003 de 4.7, y STC. 167/2002 de 18.9, nos dicen que "por lo que hace a la motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el secreto de las comunicaciones tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida.

Es preciso, en esta medida, que el Tribunal exprese las razones que hagan legítima la injerencia, si existe conexión razonable entre el delito investigado, en este caso un delito grave como lo son los delitos contra la salud pública y la persona o personas contra las que se dirige la investigación. En términos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las sospechas que han de emplearse en este juicio de proporcionalidad "no son solo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido. En primer lugar, el de ser accesibles a terceros sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, han de proporcionar una base real de lo que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (SSTC 49/99 y 171/99). Y su contenido ha de ser de naturaleza que "permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (SSTEDH de 6.9.78 caso Klass y de 15.6.92 caso Ludi), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim. en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa" (art. 579.1 LECrim.) o "indicios de responsabilidad criminal (art. 579.3 LECrim.) SSTC. 166/99 de 27.9, 299/2000 de 11.12, 14.2001 de 24.1, 138/2001 de 18.6, 202/2001 de 15.10, 167/2002 de 18.9, que señalan en definitiva "que los indicios son algo más que simples sospechas pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento "o sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo".

La sentencia de esta Sala 1090/2005 de 15.9 recuerda en lo que se refiere a la valoración de estos datos como indicios suficientes que hemos exigido en resoluciones

anteriores (STS. 75/2003 de 23.1 entre otras) que “consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso. En este sentido, no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002, que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 noviembre, y STS 1018/1999, de 30 septiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues en ese caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos”.

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión” (S.S.T.C. 171/ 99 y 8/00).

Debe por tanto motivarse la necesidad de la autorización (STS. 299/2004 de 19.9), sostenida en razonamientos suficientes a partir de indicios o, cuando menos, sospechas sólidas y seriamente fundadas acerca de la concurrencia de los requisitos de hechos, comisión de delito y responsabilidad en el mismo del sujeto pasivo de la restricción del derecho, que no sólo cumpla con las exigencias constitucionales de fundamentación de las Resoluciones judiciales (art. 120.3 CE) sino que, además, permita la ulterior valoración de la corrección de la decisión por parte de los Tribunales encargados de su revisión, a los efectos de otorgar la debida eficacia a los resultados que pudieran obtenerse con base en ella o por vía de Recurso contra la misma (STS. 999/2004 de 19.9).

Por último tanto el Tribunal Constitucional (S. 123/97 de 1.7), como esta misma Sala (SS. 14.4.98, 19.5.2000, 11.5.2001 y 15.9.2005), han estimado suficiente que la moti-

vación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamenta en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica como señalan las SS. 26.6.2000, 3.4 y 11.5.2001, 17.6 y 27.10.2002, entre otras muchas, los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, ya que el órgano jurisdiccional por sí mismo carece de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial.

En este sentido la STS. 1263/2004 de 2.11, señala que, como se recuerda en la STC. 167/2002 de 18.9, de que aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada, si integrada incluso en la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias constitucionales y legales, de tal suerte que se pueda llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SS.T.S. 4 y 8.7.2000).

Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción. No se trata desde luego de una práctica recomendable, a pesar de la frecuencia con que se recurre a ella, pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

En consecuencia, lo que la Constitución exige al atribuir y confiar al Juez de Instrucción la competencia exclusiva para adoptar estas resoluciones a que la depuración y análisis crítico de los indicios aportados por la policía judicial bajo su dependencia se realice por el Instructor exclusivamente desde la perspectiva de su razonabilidad y subsiguiente proporcionalidad adecuada al caso.

TERCERO.- En el presente caso todos estos requisitos se cumplen suficientemente, por cuanto el auto inicial de 30.4.2004 se integra con los datos que se aportan en la solicitud policial de 26.4.2004, con indicación de los lugares donde se distribuye y se ubican los iniciales destinatarios de las sustancias estupefacientes, a saber las barriadas de Badajoz, Los

Colorines y Fuente de Saavedra, la forma en que la sustancia se distribuye, 10 y 15 gramos, así como la naturaleza de la sustancia (heroína y cocaína, y determinados momentos y operaciones observados por los agentes el 7.11.2003 y otra en la que se especificaban datos y concretos elementos tales como vehículos utilizados, lugares y otras diligencias policiales relacionadas en las diligencias núm. 8604, furgoneta de alquiler, que conducía Juan Ramón -persona investigada- en la que se comprobó la existencia de 800 prendas textiles falsificadas y además se constató que en dicho vehículo había sido transportada droga, pues los guías caninos de la Guardia Civil la detectaron en un control. Asimismo se especificaba en la solicitud la información recibida sobre el tráfico de drogas en aquella capital y que en su distribución estaba implicado el matrimonio constituido por Juan Ramón -usuario del teléfono cuya intervención se solicitaba- y María del Pilar, justificándose la necesidad de la medida ante la imposibilidad de continuar las investigaciones por otros medios dado el lugar donde estaba ubicado el domicilio de aquéllos en un patio interior de un barrio marginal donde era fácilmente detectable la presencia policial.

Por tanto no se trata de una petición estereotipada o genérica de mero conocimiento de hechos que pudieran constituir delito, sino el resultado de una verdadera investigación con resultados concretos detallados en el oficio policial.

En estas circunstancias no puede entenderse que la resolución judicial cuestionada fuese una decisión infundada y arbitraria, por carecer del soporte fáctico suficiente que la legitimara. Por cuanto entendemos que la “notitia criminis” de esos hechos delictivos que se estiman verosímiles y la información de la Policía transmitida a la autoridad judicial que, inicial y provisionalmente, parece refrendada, confirma, cuando menos, una sospecha fundada sobre la que realizar el juicio de proporcionalidad y razonabilidad de la medida de investigación adoptada para la constatación de unas actividades delictivas, cuya naturaleza necesita la intervención telefónica como el medio idóneo para su descubrimiento y esclarecimiento, sin que, obviamente, pueda alegarse que no fue respetado el principio de proporcionalidad, pues aún siendo cierto que una medida judicial limitadora de un derecho fundamental de la persona, como es la intimidad personal y secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, exige que el delito a perseguir sea lo suficientemente grave como para que pueda afirmarse que está justificada tal limitación ante el deber de perseguir la correspondiente conducta criminal, la colisión entre tal derecho fundamental y el deber de investigar la comisión de los hechos delictivos ha de resolverse a favor de este deber cuando el delito es impor-

tante, y el actual tratamiento legislativo del tráfico de drogas como delitos de acusada gravedad impide que pueda calificarse de desproporcionado el recurso a dicha intervención (STS. 19.11.2003, 6.6.2005).

a) Respecto a que la intervención telefónica duró hasta el 15.6.2004, cuando debió cesar el 30.5.2004, siendo cancelada por el auto de 22.6.2004, la sentencia explica como los dispositivos de grabación fueron desconectados el 30.5.2004 (folio 11) expresándose en el folio 32, que desde el 28.5 hasta el 15.6 aunque se efectúan o reciben llamadas en el teléfono intervenido, no se produjo grabación ni escucha alguna en aquel periodo de tiempo.

Por tanto, aunque materialmente subsistiera la conexión técnica desde la compañía telefónica no hubo exceso en la intervención que realmente comprendió el plazo del mes para el que había sido concedida, estando motivada la petición de cese por el cambio de teléfono móvil por parte de Juan Ramón como consecuencia de una actuación policial (oficio 21.6.2004).

b) En relación a la nueva solicitud de intervención efectuada por la Policía el 1.9.2004, además de acompañar un resumen de las conversaciones mantenidas por el investigado Juan Ramón hasta el 27 de mayo de ese año, de las que se desprenden datos que inducen a pensar que se realizaban operaciones de compra venta de droga, se señala un hecho nuevo fundamental cual es que el citado Juan Ramón usaba un nuevo teléfono el núm. 001, que se había preciso intervenir para continuar las investigaciones que se estaban llevando a cabo.

Por tanto la reapertura de las diligencias y la intervención de este nuevo teléfono aparece igualmente justificada.

Es cierto que con fecha 2.11.2004 por la Policía se pide el cese de este teléfono, pero ello es por tener conocimiento de que Juan Ramón había decidido adquirir uno nuevo por sospechar que podía estar siendo investigado por la Policía, ello fue el motivo del dictado del auto de 3.11.2004, acordando el sobreseimiento y archivo de la causa.

No obstante, al día siguiente por la Policía se remite nuevo oficio señalando que ya se conoce el teléfono que ahora utiliza Juan Ramón -núm. 002- así como el que usaban las hermanas Paloma Alicia -núm. 003- señalando algunas circunstancias, como ser las proveedores de la droga de aquel: El Instructor ante esta solicitud, requirió a la Policía para que aportara nuevos datos justificativos a la misma, quien con fecha 5.11.2004 remitió oficio al Juzgado en el que se expresaban los resúmenes de las conversaciones grabadas del teléfono núm. 001 y se detallaban episodios

en los que a las hermanas Alicia Paloma conocidas como las "payas", se las había ocupado una importante cantidad de dinero y una operación de más de un millón de pesetas de heroína, a la que no se las pudo detener. Ello dio lugar a la reapertura de las diligencias y la intervención de los teléfonos solicitada, por auto de 5.11.2004, debe por tanto, entenderse debidamente justificado, careciendo de sentido que unas diligencias tengan que sobreseerse definitivamente por el solo hecho de que el investigado se desprenda del teléfono intervenido y adquiera otros nuevos.

c) En relación a la falta de control judicial de las intervenciones y del material obtenido a causa de las grabaciones, es cierto que este control se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, lo que implica que el Juez debe conocer y controlar el desarrollo de la ejecución lo que supone que al acordar su práctica debe establecer las condiciones precisas para que tal afirmación sea real (STS. 1056/2007 de 10.12). En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que la falta de control se produce y puede dar lugar a la lesión del derecho "si no se fijan períodos para dar cuenta al Juez de los resultados de la intervención (STC 82/2002, de 22 de abril) o si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conoce los resultados de la investigación (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre; 202/2001, de 15 de octubre, 205/2002, de 11 noviembre; 184/2003 de 23 octubre), diciendo ésta última que "...si bien el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo; 121/1998, de 15 de junio), para considerar cumplido el requisito de que las intervenciones se ejecuten bajo control y supervisión judicial es suficiente con señalar que los Autos de autorización y prórroga fijaban términos y requirieran de la fuerza policial ejecutante dar cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, así como que el órgano judicial efectuó un seguimiento de las mismas".

En el presente caso la sentencia recurrida detalla todos los pasos y actuaciones procesales realizadas con motivo de las intervenciones.

F1/2 solicitud policial de intervención telefónica (26.4.04). núm. 000 (Juan Ramón, María del Pilar).

F 3/6 auto de intervención (30.4.04) y oficio al Delegado de telefónica.

F8/11 (21.6.04) resultado de cintas relativas a intervención telefónica y solicitud del cese de la misma.

F. 35/39 solicitud de intervención telefónica (1.9.04) núm. 001 (Juan Ramón, María del Pilar).

F. 42/44 auto de intervención (2.9.04).

F. 46/40 (30.9.04) resultado de las cintas relativas a la intervención telefónica y solicitud de prórroga de la misma.

F. 66/69 830.09.04) auto de prórroga y oficio a telefónica.

F. 70 (2.11.04) solicitud de cese.

F. 74 (3.11.04) solicitud de intervención telefónica núm. 002 Juan Ramón y núm. 003 Paloma y Alicia.

F. 75 providencia de 4.11.04 que ordena justificar la solicitud de intervención.

F. 76/86 (5.11.04) resultado de las cintas relativas a la intervención telefónica (núm. 001) a través de la cual se justifica la intervención de los otros dos números de teléfono.

F. 157/60 (5.11.04) resultado cinta (otra mas) relativa a intervención telefónica.

F. 163 (15.11.04) resultado cinta (otra más) relativa a intervención telefónica núm. 001.

F.165 (30.11.04) solicitud de cese de intervención telefónica núm. 004 a consecuencia de la detención de Paloma y Alicia.

F. 166 (30.11.04) auto dejando sin efecto la detención.

F. 193/196 (2.11.04) resultado de las cintas relativas al núm. 002.

F. 197/203 (2.12.04) resultado de cintas relativas al núm. 003.

Debiéndose añadir que por auto de 10.6.2005 (folios 608 y 609) se ordena la transcripción de una serie de pasos relacionados con el teléfono de la recurrente y el 27.6.2005 (folios 689 y ss.), se procede a la diligencia de cotejo de las transcripciones y en el acta levantada se procedió a seleccionar, con la presenta de letrado, las de interés concreto para la causa, sin que se formulase objeción alguna.

Consecuentemente de lo anterior se desprende que el Juzgado tuvo siempre conocimiento del desarrollo de las intervenciones telefónicas ya autorizadas, que la remisión de las transcripciones no fuese en su inicio íntegra y que la relación se llevase a cabo por la propia policía judicial, no empece a que el control judicial anterior de los autos acordando las nuevas intervenciones o las prórrogas no fuese efectivo.

En efecto como hemos recordado en la reciente STS. 745/2008 de 25.11 ningún precepto legal impone al Juez de Instrucción la obligación de oír las grabaciones de las conversaciones intervenidas para acordar la prórroga de las intervenciones ya autorizadas, siendo patente que el Juez puede formar criterio de tales efectos

por medio de la información escrita o verbal de los funcionarios policiales que hayan interesado y practiquen la intervención (STS. 1368/2004 de 15.12).

Así se ha pronunciado esta Sala en SS. 28.1.2004, 2.2.2004, 18.4.2006 y 7.2.2007, precisando que: "Desde luego es cierta la necesidad de conocer el resultado de las conversaciones, pero ni la sentencia del Tribunal Constitucional dice, ni esta Sala ha exigido, que deba oír las conversaciones directamente el juez o leer su transcripción. Lo esencial es que aquel efectúe el juicio de ponderación y de proporcionalidad en base a los datos que la policía le facilite, si los estima suficientes. En nuestro caso, dadas las necesidades de la investigación, el juzgador estimó convincente y adecuado el informe policial petitorio, en el que se le instruyó verazmente del resultado de la medida injerencial y de la necesidad de ampliarla, así como de la marcha de las investigaciones. La credibilidad que al Instructor le merecía la labor policial, en este cometido, no carece de apoyo racional si pensamos en la especial responsabilidad que recae sobre los miembros de la policía que actúan a las órdenes y bajo la dirección del juez en la investigación de las causas penales, amén de que cualquier discordancia entre el contenido de las conversaciones, en breve tendría que aflorar cuando aquéllas se transcribieran. Siendo así, el único obstáculo que teñiría de ilicitud constitucional la ampliación de las intervenciones telefónicas sería la nulidad de las primeras, si las segundas se basaban en aquéllas. La intervención ulterior estaría viciada de ilegitimidad si estos nuevos datos o circunstancias objetivas aportadas, que pretenden fundamentar la nueva solicitud de ampliación, hubieran sido conocidas a través de una intervención telefónica ilícita."

Como tiene dicho ya con reiteración esta Sala, al margen de que los aspectos relativos a la incorporación del resultado de las diligencias a las actuaciones se refieren tan sólo a las exigencias de la eficacia probatoria de sus propios contenidos pero, sin que en ningún caso, ello pueda suponer la nulidad del material derivado de las mismas, el aludido "control" de la práctica de las intervenciones por la autoridad judicial no exige la necesaria audición personal de las cintas que, no lo olvidemos, se encuentran a su disposición, sino que, basta con que, antes de las decisiones posteriores a propósito de la evolución de la injerencia, el Juez cuente con la imprescindible información acerca de los resultados previamente obtenidos, lo que, en este caso, sin duda, se produjo mediante la aportación de transcripciones e informes en apoyo de las nuevas solicitudes de autorización.

d) Por ello la alegación de que el Juez no ha efectuado las oportunas comprobaciones para acordar las

prórrogas constituye una mera afirmación de la parte. Lo relevante es que conste en las actuaciones que el servicio policial especializado que por delegación del Instructor realiza materialmente las escuchas, ya que es obvio que éstas no se pueden materializar por el propio Juez, entregó al Instructor los elementos probatorios necesarios para poder valorar la conveniencia de la prórroga.

En este momento procesal, no se trata todavía de utilizar el resultado de las intervenciones como medio de prueba en el juicio, sino que el Juez controle el proceso de intervención y decida, conforme a su propio criterio profesional y en atención a los datos que se le proporcionan, la procedencia de la continuidad de la investigación.

Consecuentemente no deben confundirse los requisitos necesarios para que el Instructor prorrogue o amplíe una intervención telefónica con los exigibles para su utilización posterior como prueba en el juicio.

Estos últimos son requisitos que se refieren al protocolo de la incorporación del resultado probatorio al proceso, que es lo que convertirá el resultado de la intervención en prueba de cargo susceptible de ser valorada. Tales requisitos son:

1) La aportación de las cintas.

2) La transcripción mecanográfica de las mismas, bien íntegra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas.

3) El cotejo bajo la fe del Secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue -como es usual- a los funcionarios policiales.

4) La disponibilidad de este material para las partes.

5) Y finalmente la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura en esta sede casacional.

Pero los requisitos necesarios para la utilización de las intervenciones como prueba en el juicio, no coinciden con los necesarios para prorrogar la medida, en cuyo caso basta que conste que el Juez dispuso de los elementos mínimamente suficientes para valorar o constatar personalmente la efectividad de la intervención hasta la fecha (STS. 1060/2003 de 21.7).

En el caso presente, el grupo policial encargado de la investigación



proporcionó al Juez la información que consta en los oficios antes señalados, con un resumen completo del resultado de las investigaciones, acompañando también las cintas originales, y las transcripciones relevantes por lo que el Instructor dispuso de la información suficiente para valorar la concurrencia de los requisitos para adoptar cada prórroga o nueva intervención.

e) Por último en lo referente a las transcripciones de las cintas, solo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible- que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo están las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni los pasajes más relevantes, ahora bien si se utilizan las transcripciones su autenticidad solo valdrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario judicial (SSTS. 538/2001 de 21.3, 650/2000 de 14.9). De lo expuesto se deriva que el quebrantamiento de estos requisitos de legalidad ordinaria, solo tiene como alcance el efecto impeditivo de alcanzar las cintas la condición de prueba de cargo pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor del medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole.

En efecto es necesario dejar claro que el material probatorio son en realidad las cintas grabadas y no su transcripción, que solo tiene como misión permitir su más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo por lo tanto, es que las cintas originales están a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe pública del Secretario Judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, puedan ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo.

Así lo ha entendido esta Sala en SSTS. 960/99 de 15.6, 893/2001 de 14.5, 1352/2002 de 18.7, 515/2006 de 4.4 que expresamente dice: "La transcripción de las conversaciones y la verificación de su contenido con el original o cotejo no dejan de ser funciones instrumentales, ordenadas a un mejor "confort" y economía procesal. Sólo si se prescinde de la audición de las cintas originales en la vista oral y se sustituye por el contenido escrito de las transcripciones, debe preconstituirse la prueba con absoluta regularidad procesal, con intervención del Secretario y de las partes, aunque la contradicción siem-

pre puede salvarse en el plenario, siendo una cuestión atinente a las normas que rigen la práctica de la prueba. Otra vía de introducción de la prueba en el plenario es la testifical prestada en el mismo por los funcionarios que hayan percibido directamente el objeto de la prueba (las conversaciones). Como dice la STS 1.112/2002, "su introducción regular en el plenario lo será primordialmente mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba. Ahora bien, también es admisible mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documentada, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas".

En base a lo razonado, esta impugnación debe también ser rechazada y siendo validas las intervenciones telefónicas, lo es también la prueba derivada de ellas, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Por último el motivo incide en la nulidad de las cintas de reapertura de diligencias previas al producirse sobre la base de autos de sobreseimiento provisionales firmes y no recurridos, amparándose en argumentos anteriores y no nuevos lo que viola también el derecho a un proceso con todas las garantías, que es lo que aconteció con la primera intervención del teléfono de Juan Ramón.

Esta queja deviene inatendible.

Ahora bien, tras la reforma de la Ley 38/2002 de 24.10, que entró en vigor el 28.4.2003, la redacción del art. 779.1.1ª es más precisa que la contenida en el precedente art. 789 derogado, que había planteado problemas interpretativos en relación a los autos de archivo dictados al amparo del inciso primero de la regla 1ª del apartado 5 de dicho precepto, y que la doctrina mayoritaria no equiparable a los autos de sobreseimiento libre del art. 657.2 LECrim. Pues bien, entre otros extremos, el apartado primero del núm. 1 del art. 779 ("si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda... Si aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiera autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo"), establece claramente la aplicación del sobreseimiento libre cuando el hecho no es constitutivo de infracción penal y del sobreseimiento provisional en los casos en que no aparezca suficientemente justificado su perpetración. Cuando no es conocido el autor de un hecho constitutivo de delito debe acordarse el archivo provisional.

Con ello, se resuelve la anterior confusión sobre la posible equivalencia entre el sobreseimiento libre y

el archivo, ya que ahora éste es una consecuencia del precedente sobreseimiento y no tiene autonomía propia.

En el caso presente nos encontramos ante auto de sobreseimiento provisional a los que la Ley no quiere conceder la eficacia preclusiva propia de los sobreseimientos libres, permitiendo la reapertura del proceso si en un momento posterior apareciera causa para ello. Es cierto que por la doctrina se postula que esta posibilidad solo debe operar ante la existencia de "nuevos datos o elementos de comprobación distintos de los resultados del mismo", es decir, el sobreseimiento provisional permite la reapertura del procedimiento cuando nuevos datos con posteriori-

■

*"...el art. 66, regla primera, del Código Penal, disponía que: "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia."*

■

dad adquiridos lo aconsejen o hagan precisos".

Esto quiere decir que la reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa, como sucedió en el supuesto enjuiciado en el que no solo se aportaron conversaciones telefónicas que aun siendo anteriores, mes de mayo, al auto de sobreseimiento, 22 junio, no estaban incorporadas a la causa, sino que concurrió un hecho nuevo relevante como fue que el investigado había dejado de utilizar el teléfono intervenido, sirviéndose de otro para sus comunicaciones, datos por tanto, necesarios para justificar la reapertura de las diligencias con la

intervención de este nuevo teléfono.

CUARTO.- El motivo segundo por vulneración de los arts. 24.1 y 2 CE, conforme autoría el art. 5.4 LOPJ. en lo concerniente al derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías en las que deben incluirse los principios de inmediación y contradicción, por cuanto la actuación policial concretada en el seguimiento de la recurrente, trae causa en la diligencia de intervención telefónica acordada judicialmente, culminando en la incautación de la droga a Ramón, tras la constatación de un contacto previo de este con Paloma habiendo adquirido la instancia a persona no identificada, para a la postre y a través de Ramón, proporcionársela a Paloma, por lo que si no tuviéramos en cuenta las intervenciones telefónicas ningún argumento podría articularse para fundamentar una sentencia condenatoria contra Paloma. Consecuentemente se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por cuanto una de sus consecuencias procesales es la exigencia de que sólo puede entenderse como prueba, también la de indicios, la que es producida con las debidas garantías, practicada en el juicio oral con la inmediación del órgano judicial y con observancia de los principios de publicidad y contradicción.

El examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aún sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción.

Como venimos afirmando -por todas STS. 825/2009 de 16.7 - el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 "solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los

Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003 de 6.6, 300/2005 de 2.1, 70/2007 de 16.4).

En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes, la STC. 204/2007 de 24.9, ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyente, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

En definitiva como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10, 672/2007 de 19.7, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se práctica en

el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

En definitiva el control que compete al Tribunal Supremo respecto de la verificación de la prueba de cargo suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar "la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, sino en verificar que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para la adecuada valoración", en comprobar "que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada"; y en "supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante".

QUINTO.- En el caso presente la Sala valora la diligencia judicial de

adveración y transcripción de las cintas, cuyo contenido implica a la recurrente, destacando aquellos extremos que acreditaban su implicación y relación con el coprocesado Ramón "así al folio 628 se constata su mención, en el 617, siquiera con su apodo, para aludir a una "operación frustrada" (19 septiembre); al folio 670, conversaciones de 16.11, 21 y 22.11, se refieren a Paloma; al folio 686, conversaciones 10, 11, 12, 13 y 22 noviembre, continúan las referencias a las operaciones sobre la droga, si bien en un lenguaje "clave", con vocablos y palabras que la policía traduce -y se colige por la Sala- como relativos a dinero, droga. Adí, por Ej. "pedir cita" como ir a recoger la droga, "tomar café", contactos con el suministrador. Las conversaciones de los días 21, 22 y 23 se aluden a que se está a la espera de una remesa. En la de 24.11 se alude al seguimiento de la mercancía que llega a D. Benito. En la del día 25.11 Paloma se interesa por el procesado Ramón, conversaciones éstas últimas de significado valor acreditativos con la detención de éste último con la droga en la mañana del 25.11.2004, se inició precisamente en la tarde noche del día anterior, 24.11.2004.

Se cuestiona en el motivo, partiendo de que el teléfono móvil núm. 003 con tarjeta prepago no pudo ser ocupado en poder de Paloma, que al no haberse practicado ninguna prueba de reconocimiento de voz no se puede asegurar que la persona que figura en las llamadas era la recurrente.

Es doctrina de esta Sala (STS. 705/2005 de 6.6), en cuanto a la alegación de la falta de prueba fonométrica de reconocimiento de voces, que cuando el material de las grabaciones está a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar dicha prueba y no lo hicieron, reconocieron implícitamente su autenticidad (SSTS. 3.11.97, 19.2.2000, 26.2.2000). Sin olvidar que la identificación de la voz de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes. En efecto la identificación subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial, caso de falta de reconocimiento identificativo realizado por los acusados, pero la STS 17.4.89, ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con la adveración por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en S. 190/93 de 26.1.

En definitiva, en relación al reconocimiento de voces, el Tribunal puede resolver la cuestión mediante el propio reconocimiento que se deriva de la percepción inmediata de dichas voces y su comparación con

las emitidas por los acusados en su presencia, o mediante prueba corroboradora o periférica mediante la comprobación por otros medios probatorios de la realidad del contenido de las conversaciones.

En síntesis, a falta de reconocimiento, la prueba pericial no se revela necesaria o imprescindible, otra cosa es que sea conveniente, si el Tribunal ha dispuesto de los términos de comparación necesarios o de otras pruebas legítimas que corroboren el contenido de lo grabado, como acontece en el caso presente, en el que la sentencia destaca el testimonio de los agentes PN. núm. 005 y núm. 006 que intervino en la diligencia de intervención y manifestó conocer y distinguir perfectamente la voz de Paloma, identificando inequívocamente en la vista de dicha procesada.

Asimismo valora las vigilancias y seguimientos policiales con la testifical de los agentes que los realizaron, en particular el PN. núm. 007 que efectuó la vigilancia estática en el domicilio de la recurrente en la noche del 24.11.2004, y que relató como observó acercarse un turismo Renault Clío y un Ford Focus y como tras entrar en el domicilio, salen después del mismo Paloma y Ramón, extrayendo del Clío una bolsa roja y cargándola en el Ford Focus, que emprendió la marcha en su itinerario de constante seguimiento hasta llegar al garaje del edificio donde a la mañana siguiente, se produjo la incautación de la droga en poder y disposición y estando presente el procesado Ramón. También en este extremo, se cuestiona en el motivo la eficacia probatoria de esta prueba, olvidando que la credibilidad de la prueba personal sólo puede ser valorada por el órgano jurisdiccional que con percepción inmediata ha presenciado su desarrollo, pues solo este Tribunal ha cumplido con las exigencias del art. 741 LECrim. "las pruebas practicadas en el juicio oral", que, como hemos recordado en SSTS. 1227/2006 de 15.12, 56/2009 de 3.2, el art. 717 LECrim. dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas, según las reglas del criterio racional.

Así tiene declarado esta Sala S. 2.4.96, que las declaraciones testificales en el plenario de los Agentes de la Policía sobre hechos de conocimiento propio, al estar prestadas con las garantías procesales del acto, constituyen prueba de cargo, apta y suficiente, para enervar la presunción de inocencia, en STS. 2.12.98, que la declaración de los agentes de Policía prestadas con las garantías propias de la contradicción, inmediación y publicidad, es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiendo su valoración, en contraste con las demás pruebas, al Tribunal de ins-



tancia, por cuanto la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de la prueba testifical adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo, el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que, en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonios; y en STS. 10.10.2005, que recuerda que las declaraciones de autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional. Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la Policía judicial en un Estado Social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 CE.

Por último, la sentencia impugnada destaca la contradicción existente en la versión exculpativa de Paloma que dice no conocer de nada a Ramón, con el propio reconocimiento por parte de éste de conocerla, y con el testimonio de los agentes policiales que realizaron los seguimientos y que los vieron juntos.

En este extremo, esta Sala tiene declarado, STS. 1281/2006 de 27.12, que si el acusado que carece de la carga probatoria, introduce defensivamente un dato en el proceso y tal dato se revela falso, su simple resultado negativo no puede ser considerado irrelevante o intrascendente, ya que, indudablemente la convicción judicial sobre la culpabilidad del reo se verá corroborada con tal importante dato, la STS. 5.6.92 es particularmente explícita al señalar que "los contraindicios pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes, insistiendo en que la versión que de los hechos proporciona el acusado cuando se enfrenta con determinados indicios suficientemente acreditativos y significativos habría de ser examinada cuidadosamente, toda vez que explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque, por sí solas no son suficientes para declarar culpable a quien las profiere, si pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido.

En similar sentido el Tribunal Constitucional recuerda que la "futilidad del relato alternativo del acusado, si bien es cierto que no

puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad" (Sentencias del Tribunal Constitucional 220/1998, de 16 de noviembre; 155/2002, de 22 de julio; 135/2003, de 30 de junio).

El motivo por lo expuesto, se desestima al constatarse prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

SEXTO.- El motivo tercero por error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 LECrim, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El motivo deviene improsperable.

En efecto debemos recordar que la vía del art. 849.2 LECrim. solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acacidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora

como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había reductado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo

■

*"Evidentemente, la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando..."*

■

mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este núm. 2 del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración

de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2 LECrim., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" deri-

vada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

En el caso presente, la parte atribuye tal carácter a una serie de documentos que corresponden todos ellos a la tramitación de la causa, (atestado, autos de entrada y registro domiciliario, piezas separadas de situación de Paloma y Alicia; autos de prórroga de intervenciones telefónicas; autos por los que se autoriza el uso provisional de efectos intervenidos; auto de conclusión del sumario. Declaraciones de los procesados e indagatorias documentadas en autos; declaración de Pascual, Actas de comparecencia y autos de prisión preventiva, escritos del Ministerio Fiscal, Auto de sobreseimiento provisional; auto de transformación de sumario, auto de procesamiento, auto de selección de transcripciones, providencia de transcripciones y acta de transcripciones, declaración de Policías Nacionales, acta del juicio oral celebrado los días 23, 24 y 25.9.2008, escrito de acusación Ministerio Fiscal, escrito de defensa de Paloma y Alicia; y escrito de recusación presentado por la defensa de Paloma. Resolución de la recusación. Escritos de alegaciones de los recusados), olvidando que solo se otorga el carácter de documento al creado fuera del proceso o extrínsecos aunque incorporados a la causa (STS. 190/96 de 4.3), sin que tengan tal naturaleza casacional los que son mera documentación de actividades personales producidas en el proceso (declaraciones procesados y testigos, el atestado, el acta del juicio oral, escritos de las partes, etc....) sujetos a la valoración del Tribunal.

**SÉPTIMO.-** El motivo cuarto por infracción de Ley con base al art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 368 CP. al no concurrir los requisitos subjetivos y objetivos, para considerar consumado el tipo delictivo de tenencia y tráfico de drogas por Paloma, por cuanto su condena se dice es por la posesión que tiene otro procesado, Ramón de la droga, a instancia y bajo la supervisión de Paloma, pero se habla de un dispositivo policial, derivado de intervenciones policiales, que intervino en una cochera, la cocaína y de un registro domiciliario en el que no se intervino nada que pusiera en relación a Paloma con dicha sustancia y de la aprehensión de varios vehículos. Por tanto, no es posible con base en dichos hallazgos considerar acreditado un delito de tráfico de drogas por su parte.

El motivo deviene inadmisibles.

La posesión se ha dicho por esta Sala Segunda, es un concepto esencialmente jurídico; no obstante ser un elemento normativo en el tipo del

art. 368 CP. cabría preguntarse si el legislador lo utiliza en sentido vulgar o es necesaria su integración acudiendo al Código Civil (arts. 430 y ss.). La cuestión no es en último extremo tan trascendente, desde el momento en que el Código civil opera con varios conceptos de posesión o, si se prefiere, con un concepto amplio y elástico.

La jurisprudencia se ha apoyado básicamente en los arts. 430, 431 y 438 del Código civil para, en esta serie de delitos contra la salud pública, sentar que la tenencia material no agota los supuestos de posesión punible; de esta manera se ha significado que puede ejercerse por la misma persona que tiene la cosa o disfruta el derecho o por otra en su nombre, y que se adquiere por la ocupación de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a nuestra voluntad; de donde se sigue que no es necesaria la tenencia material de ladrona, porque la entrega de la cosa ofrece en nuestro derecho expresiones plurales, muchas de ellas simbólicas, y todas ellas con cabida en el delito; por ello, la posesión puede ser directa e inmediata, puede ser actual, material, física, de presente, pero también puede ser mediata, indirecta, incluso a distancia sin necesidad de contacto físico, porque lo decisivo, en cualquier forma de tenencia, es que el objeto poseído, -la droga-, esté sujeto de alguna forma a la voluntad del agente -dominio funcional sobre la cosa, como opción y posibilidad de disponer sobre la droga-; quien tiene el dominio sobre la droga es el poseedor a todos los efectos, siendo suficiente la voluntad de poseer aunque la propia persona no la posea materialmente y sí la tenga, para ella, otra, que sería la figura del llamado "servidor de la posesión" (así entre otras muchas SSTS. 12.1.96, 30.7.97 y 13.12.98).

En esa posesión mediata, indirecta o a distancia, sin contacto físico, por quien tiene el dominio del hecho, se ha insistido por la jurisprudencia, con base en el art. 438 del Código Civil, pero con el propósito confesado de que otra solución, no solo iría en contra de la literalidad y del espíritu de la norma, sino que dejaría fuera del ámbito penal a los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, telex, correos electrónicos u otros medios clandestinos y sofisticados, y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan y trafican en los mercados, cuando son precisamente los gestores de la operación, esto es, quienes concertan la compraventa y obtienen los mayores beneficios, cuidando de no tener ningún contacto material con la mercancía, pero siendo sin embargo quienes deciden sobre ella, ordenando unos los envíos y organizando otros la recogida y posterior transporte y distribución.

En este sentido la STS. 1415/2005 de 28.10 precisa que "es difícil que

en cualquier acción dirigida a acercar las sustancias estupefacientes al consumidor, no pueda subsumirse en alguno de los verbos nucleares de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, siempre que se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda consumado".

Por ello, están incluidos con detentadores materiales de la droga, ya que tienen disponibilidad sobre la misma, bien que muy limitada en ocasiones los transportistas y correos y los que hacen labores de guarda y custodia, realizando todos ellos comportamientos que conjugan los verbos favorecer y facilitar.

En el caso examinado hemos de recordar que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las previsiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, al no constituir este motivo, ni una apelación, ni una revisión de la prueba. Se trata en este supuesto, de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juricidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiera hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con hasta reiteración en la practica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, mas que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido, con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolando frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene, o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias de consumo trata de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

Consecuentemente, cuando se utiliza la vía del art. 849.1 LECrim. el

relato fáctico tiene que ser aceptado por entero y no sólo en la parte que directa o indirectamente pudiera favorecer su tesis, ignorando los que abiertamente le perjudican, pues las verdades a medias se alejan de la realidad, y lo mismo se contrarían los hechos probados formulando alegaciones contrarias a las bases fácticas del fallo recurrido como basando el recurso en una parte de los hechos probados con olvido de los restantes.

Siendo así ene. relato fáctico, tras describir en el apartado primero como fueron ocupadas en la plaza de garaje núm.. sita en el edificio núm.. de a calle G. de D. Benito, 2,988,03 gramos de cocina con pureza 84,71 % y 5.972,25 gramos de la misma sustancia con pureza 80%, en el apartado segundo expresamente señala: "Dichas sustancias eran detentadas poseídas por el procesado Ramón, a instancia y bajo la supervisión de Paloma, la había organizado y gestionado su adquisición de terceras personas, no identificadas, valiéndose de dicho acusado, como la persona encargada de su recepción material y depósito, para mantenerlas en todo momento a disposición de Paloma que era quien dirigía toda la operación, desarrollada con el último propósito de difundir y distribuir las sustancias a otros terceros".

De la lectura de los anteriores hechos probados hemos de convenir, sin esfuerzo dialéctico alguno, que la conducta de Paloma se incardina en el art. 368 CP. insistiéndose en que lo relevante a estos efectos es la disponibilidad de la droga, comporte o no tenencia física o material directa, pues de ella radica el peligro que para la salud de los posibles terceros destinatarios, la posesión representa.

**OCTAVO.-** El motivo quinto - subsidiario de los anteriores- por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por violación del art. 66.1.CP. al no considerarse ajustada a derecho la pena impuesta a Paloma de 11 años de prisión y la responsabilidad subsidiaria de 1 año prisión.

Como hemos dicho en SSTS. 620/2008 de 9.10, 534/2009 de 1.6, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de enero.

"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. -conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se ba-

san y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional- resulta reforzada en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de marzo; 108/2001, de 23 de abril; 20/2003 de 10 de febrero; 170/2004, de 18 de octubre; 76/2007, de 16 de abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de abril; 20/2003, de 10 de febrero; 148/2005, de 6 de junio; 76/2007, de 16 de abril)."

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede proceder a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión...."

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico- constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por

ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTC. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, núm. 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

En este sentido, el art. 66, regla primera, del Código Penal, disponía que: "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia". Esta es la redacción hasta la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que retocó dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta, y si bien es cierto que desaparece el aserto: "razonándolo en la sentencia", no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del art. 120.3 de la Constitución Española y el art. 72 del Código penal, modificado por LO 15/2003, de 2.11, aclara ahora que para verificar tal individualización penológica, se razonará en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.

Evidentemente, la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de

esta regla 6ª (antigua regla 1ª) del art. 66, sino de las restantes reglas. Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado.

Se trata, en definitiva, de un ejercicio de discrecional reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para infracción de Ley. Su inexistencia no determina la nulidad de la Sentencia con devolución para su

■

*"Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. (...) Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado."*

■

explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la Sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, si quiera sea implícitamente. Ello no significa, naturalmente, que se releve a los redactores de la Sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función, que tiene una suma importancia práctica, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código penal prevé en la medida que considere justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuicia-

do, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad.

Pues bien en el caso que se analiza, en contra de lo sustentado en el motivo, verifica tal mecanismo de individualización penológica en el Fundamento Jurídico sexto -con la aclaración efectuada por auto de 10.10.2008-, considerando adecuada la pena de 11 años de prisión y multa de 1.074.873 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 1 año, "teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el valor de la droga y su gran efecto multiplicador para terceros, la extensión de la pena de 3 a 9 años en el tipo del art. 368 CP, el concepto de notoria importancia, art. 369.1.6 CP, que obliga a la aplicación de la pena superior en grado".

Esta motivación no es que sea un modelo de individualización de la pena, pero contiene los elementos mínimos suficientes para verificar en este trance casacional, que los jueces de instancia no han obrado caprichosamente al establecer la respuesta punitiva a la acción delictiva en una extensión, 11 años prisión, dentro del marco penal 9 años y 1 día a 13 años y 6 meses, que se encuentra en su mitad inferior.

No obstante lo anterior el motivo debe prosperar en el extremo de la responsabilidad personal subsidiaria, 1 año, acordada en el caso del impago de la pena de multa, pues al haber sido condenado a una pena de prisión de 11 años, la sentencia ha olvidado el veto legal del art. 53.3 CP. reformado por LO. 15/2003 de 25.11, "esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años". Consecuentemente debe suprimirse por no ser procedente, aquella imposición de responsabilidad subsidiaria a 1 año.

Estimación del motivo extensiva al otro recurrente en virtud de lo previsto en el art. 903 LECrim.

NOVENO.- El motivo sexto subsidiario de los anteriores, por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de los arts. 127.1 y 2 y 374 CP. en cuanto al decomiso de los bienes incautados a Paloma.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

En efecto como hemos dicho en STS. 16/2009 de 27.1, 450/2007 de 30.5, tanto el art. 127 con el art. 374 incluyen dentro del comiso las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. Se trata aquí de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito.

Sin embargo con frecuencia los casos de tráfico de drogas que llegan

a los Tribunales, suponen la incautación de la sustancia que se pretendía comercializar sin que, por tanto, se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si se parte de una interpretación restringida, el término ganancia habría de identificarse con los beneficios obtenidos por el hecho concreto objeto de condena, lo que implicaría la inaplicación de aquellos preceptos en la generalidad de los casos.

Consciente del problema esta Sala Segunda del Tribunal Supremo reunida en Pleno de fecha 5.10.98, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generado con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado adoptando el siguiente acuerdo: "El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 CP. debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete el principio acusatorio".

Con arreglo a esta interpretación, el patrimonio del delincuente ya no será inmune al comiso, una vez haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado, siempre que concurran las dos condiciones antedichas: que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de droga (o de cualquier otro delito), y que se respete el principio acusatorio.

En relación a la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, hay que tener en cuenta que esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal -presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS. 10.11.2000, 28.7.2001, 5.2.2003, 10.2.2003, 14.4.2003, 29.11.2003, 19.1.2005 y 20.9.2005).

Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacia tiempo a la actividad por la

que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc...

Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito.

Posibilidad ésta recogida en la STS. 1030/2003 de 15.7, y en la anterior 495/99 de 5.4 un delito de tráfico de drogas, sobre vehículos y dinero de cuentas bancarias a nombre de la mujer e hijo del acusado, al proceder de operaciones anteriores a la enjuiciada, y STS. 499/99 de 1.4, deducción de indicios, en los que se mantuvo que era posible el decomiso cuando los bienes objeto del mismo han sido adquiridos en un tiempo anterior al acto de tráfico de drogas que se enjuicia siempre que los medios utilizados para su adquisición tengan su origen en actividades de narcotráfico anteriores, como también sucede en el presente caso según el "factum", del que debemos necesariamente partir...".

En el caso presente en el relato fáctico se recoge como "seguidamente se practicaron dos registros domiciliarios bajo la autorización y el debido control judicial, en las viviendas habitadas por las procesadas Paloma y Alicia, interviniéndose diversas joyas y una cantidad de dinero ascendente en su totalidad a 11.887,70 euros, proveniente, en lo que a lo ocupado en el domicilio de Paloma se refiere, del tráfico con sustancias psicoactivas.

Del mismo se aprehendieron los vehículos que a continuación se concretan que, al margen de ser utilizados en actividades diversas como la venta ambulante en "mercadillos", venían siendo utilizados en las actividades de tráfico de estupefacientes:

- Furgón Iveco, PE-....-F titularidad de Paloma

- Furgón Mercedes Benz.... JMF, a nombre de Tomás, utilizado por Paloma.

- Mitsubishi Montero.... GQS, a nombre de Belarmino, utilizado por Alicia.

- Citroen C3.... MZD propiedad de, y utilizado por, Paloma,

- Ford Focus.... NGH a nombre de Vicenta, pero utilizado por Ramón.

- Ford Focus.... NVS, propiedad de Alicia.

En el Fundamento jurídico sexto se acuerda "decretar el comiso de las sustancias y efectos intervenidos a excepción de los que fueron intervenidos a la acusada Alicia. Se infiere que los objetos tenían una función instrumental o eran consecuencia del tráfico de drogas, no justificándose la posesión de dinero de ningún modo al afirmarse la inexistencia alguna de contabilidad en la actividad de venta deambuladora. Son de aplicación los arts. 127.1 y 2 y el art. 374, todos ellos del CP, debiendo en cualquier caso, quedar los bienes sujetos al pago de la pena de multa que se impone.

Tan estricta fundamentación podrá justificar el comiso del dinero intervenido a Paloma al ser una conclusión razonable y en absoluta arbitrariedad o caprichosa, que ese dinero procede directa o indirectamente del delito y por lo tanto, debería ser decomisado, a no ser que la recurrente enervara esa prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su adquisición o posesión.

Posibilidad ésta admitida por el TEDH, sentencia 7.10.88 (caso Sala-biaki) y 25.9.92 (caso Pham Hoang), y por la doctrina mayoritaria con argumentos como:

a) La presunción de inocencia despliega sus efectos y extiende su ámbito de aplicación en el proceso penal de manera intangible sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo, mientras que el comiso o confiscación de bienes es una consecuencia accesoria que se adopta una vez destruida aquélla mediante un pronunciamiento penal.

b) El comiso en el ordenamiento jurídico español no es solo una consecuencia accesoria de la pena de los procesos criminales, sino que también es una sanción administrativa susceptible de ser impuesta en los casos de infracciones a la legislación de contrabando, por lo que nada se opondría a su consideración como una medida sui generis postdelictual que alcanzase a todo el patrimonio directa o indirectamente perteneciente al condenado, otorgando la oportunidad de demostrar el origen legal de los bienes especialmente cuando sus titulares fueran terceras personas.

c) A diferencia de las penas que tienen un carácter personalísimo y sólo pueden imponerse al culpable de un hecho delictivo, la aplicación del comiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal (arts. 127 y 374 CP.), sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias, o de su utilización para fines criminales.

No obstante en relación a las joyas, -cuyo valor no constan los ordenadores y vehículos Furgón Iveco, PE-....-F, Furgón Mercedes Benz.... JMF, y Citroen C3.... MZD, en los hechos probados no constan las fechas de su adquisición a los efectos de poder indiciariamente considerar ser consecuencia o producto del tráfico de estupefacientes, y respecto a los vehículos si bien se dice que venían siendo utilizados en la actividad de tráfico de drogas, no se razona cómo llega a esta conclusión, desde el momento en que en el relato fáctico no se detalla operación alguna en que intervengan aquellos vehículos, en concreto en la descrita en los hechos probados que culminó con la ocupación de la cocaína, el vehículo utilizado por el coprocesado Ramón fue el Ford Focus.... NGH, único vehículo, por tanto, sobre el que debe, mantenerse el comiso decretado.

El motivo, por lo expuesto, debe ser estimado en este extremo.

DÉCIMO.- El motivo séptimo al amparo del art. 851 LECrim. cuando haya concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, fundado en causa legal, se hubiera rechazado.

Se argumenta que la parte procedió en tiempo y forma a recusar a dos magistrados que han formado parte de la Sala, mediante escrito de recusación de fecha 25.7.2006, que reproduce en el motivo, y haber dictado diversos autos desestimando las solicitudes de libertad instadas (autos 19.10.2005, 29.12.2005, 9.2.2006, 10.4.2006, 29.6.2006) y auto de 4.5.2006 accediendo a la petición efectuada por el Inspector Jefe de la BPPJ en la adscripción provisional del vehículo intervenido, Furgón Mercedes Benz.... JMF, intervenido en las diligencias y en las dependencias policiales a disposición de la Audiencia al objeto de ser utilizado por la fuerza descrita en la utilización de la lucha contra los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.

Dicha recusación fue desestimada por auto de la Sala Especial del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 7.11.2006 pero en relación a las resoluciones que hacían referencia a la situación de privación de libertad, pero no se pronunció ni tuvo en cuenta la alegación relativa a la adopción de la medida cautelar en relación a la utilización provisional por la policía del vehículo intervenido.

Es doctrina consolidada la de que la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE) constituyendo incluso la primera de ellas: ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses del litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio son notas esenciales que caracterizan la

función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados, de modo que un Juez imparcial no hay, propiamente, proceso judicial.

Junto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial, que es la que se refiere a la ausencia de una relación del Juez con las partes que pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva, que es ahora la discutida, que se dirige a asegurar que los Jueces y magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones, ni prejuicios que en su ánimo pudieran existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso.

Causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva son la realización de actos de instrucción, que pueden suponer un contacto con el litigio sin las necesarias garantías para su correcto enjuiciamiento; la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad; o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso o, más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior. No obstante, habrá de analizarse cada caso a la luz de unas concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que puedan objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados por una parte, y de que por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la Ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (STC. 45/2006 de 13.2, 306/2005 de 12.12, 240/2005, 202/2005 de 18.7, 41/2005 de 18.2, 39/2004 de 22.3; SSTS. 1493/99 de 21.2, 2181/2001 de 22.11, 1431/2003 de 1.11; 70/2004 de 20.1; 1167/2004 de 22.10).

También el Tribunal Constitucional en sentencia 41/2005 de 28.2, con cita de la STC 39/2004, 29 de marzo ha dicho que: la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el thema decidendi. Se ha puntualizado, no obstante, que lo deter-

minante y decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el Juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto.

La concreción de esta doctrina constitucional se ha producido principalmente al estudiar la incompatibilidad de las facultades de instrucción y de enjuiciamiento, pero sin perder de vista que lo decisivo es el criterio material que anima la apreciación a la pérdida de imparcialidad más que el concreto tipo de actuación judicial del que pretendidamente se derivaría la pérdida de imparcialidad. La determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado centra sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones substancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo. Y ello porque la imparcialidad trata de garantizar también que el juzgador se mantenga ajeno, específicamente, a la labor de inculpación o inculpação del acusado, ya sea ésta indiciaria y provisional. Puede concluirse este desarrollo argumental puntualizando que deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión a la que se pretende vincular la pérdida de imparcialidad se fundamenta en valoraciones que resulten substancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto.

Tal modo de razonar destaca el ATC 68/2002 de 22.4, es empleado por el TEDH en la sentencia 2.3.2000 (caso Garrido Guerrero contra España): "en la cual el Tribunal de Estrasburgo ha precisado y completado la sentencia dictada en el caso Castillo Algar en el sentido de que la Sala, en el caso que fue objeto de aquella sentencia, había precisado los límites del procesamiento (su carácter formal y provisional) de manera tal que no prejuzgaba el resultado del litigio, la calificación de los hechos ni la culpabilidad del imputado, por lo que -concluía- no había tenido lugar allí la vulneración del convenio denunciada. Es decir, será el razonamiento contenido en los au-

tos resolutorios de las quejas contra las resoluciones del Juez instructor el que nos permita averiguar si el mismo anticipa algún juicio sobre la culpabilidad del recurrente que inhabilite a los Magistrados que lo dictaron para el enjuiciamiento, pues si bien es cierto que en el ámbito del proceso penal la previa realización de funciones de investigación o de supervisión o fiscalización de la investigación puede ser causa que justifique un temor fundado acerca de la imparcialidad de quien está llamado a resolver sobre el asunto investigado, dicha parcialidad solo podría ser apreciada, conforme a la doctrina antes expuesta, cuando la actividad cuestionada supusiera asumir posiciones de parte o auxiliar a las partes en el ejercicio de sus funciones (SSTC 162/99 de 27.9; 52/2001 de 26.2; 154/2001 de 2.7); SSTS. 1393/2000 de 19.9, 1158/2000 de 20.6).

Por ello cuando ninguno de los miembros del Tribunal sentenciador ha sido Instructor de la causa, y únicamente se denuncia que el Tribunal ha resuelto, en el ejercicio de las competencias revisoras que expresamente le atribuye la Ley como función propia, algún recurso interpuesto contra las resoluciones del Instructor o dictado alguna medida cautelar en prevención del juicio. En estos casos no concurre la causa legal de abstención pues dichas actuaciones no constituyen legal ni materialmente instrucción, ni los integrantes del Tribunal han actuado en momento alguno como instructores. Por ello como regla general no cabe apreciar en estos supuestos la vulneración del derecho fundamental a un Tribunal imparcial, y solo excepcionalmente se producirá dicha vulneración en casos especiales en que el propio Tribunal hubiese acordado el procesamiento en contra del parecer del Instructor (STC. 2138/91, SSTS. 24.9.91, 8.11.93, 28.11.93, 20.1.96), o bien cuando se aprecie en el caso concreto que el Tribunal al resolver un recurso o dictar alguna otra resolución de su competencia, previa al enjuiciamiento, haya expresado un perjuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado, SSTS. 569/99 de 7.4, 1393/2000 de 30.6, 1158/2000 de 21.1, 1494/99.

En este sentido la STC. 39/2004 de 29.3, reitera que no cabe apreciar vulneración en los supuestos de ratificación en segunda instancia de una decisión previa de inculpación, cuando la ratificación se basa en que la imputación se halla razonablemente fundada, en tanto que ello no implica anticipar juicio alguno sobre la responsabilidad penal del acusado ni cabe apreciar en el caso la existencia de un contacto directo con el acusado ni con las pruebas (AATC. 8/2002 de 28.1, 121/2002 de 15.7, 141/2002 de 23.7, 276/2002 de 19.12).

Consciente de ello el recurrente centra su impugnación en la adop-

ción de por parte de la Sala de aquella medida cautelar en relación al vehículo intervenido, pero debemos recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sentencia 145/98 de 12.7, conforme a la cual ha de entenderse por instrucción, a los efectos que nos ocupan, "las actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. Instructor de la causa, será por tanto, el Juez que lleve a cabo esas actuaciones y participe de forma activa en la investigación, pues es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le correspondan y el hecho de haber estado en contacto directo con las fuentes de donde procede ese material lo que puede nacer en el ánimo del Instructor prevenciones y prejuicio respecto a la culpabilidad del encartado, quebrándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la relación entre la función instructora y la juzgadora".

Difícilmente puede predicarse tal cualidad de los componentes de la Sala juzgadora, que en fecha 4.5.2006, cuando el sumario y la instrucción ya estaba concluida, se limitaron a acordar aquella medida porque "existen indicios -con independencia de la titularidad del mismo- de que se trata de un instrumento utilizado en el tráfico de estupefaciente, existiendo prima facies entre el coche y el vehículo investigado, y que próximamente va a ser objeto de enjuiciamiento, la correspondencia acreditada conexión. Por todo ello, resulta previsible que haya de ser objeto en el futuro del correspondiente comiso.

Por tanto si no se detallan aquellos indicios y ni siquiera hay referencia alguna a la hoy recurrente, Trinidad, no se contiene respecto a ésta valoración que implique o denote la existencia de una toma de postura previa de la Sala sobre esta recurrente, por lo que no existe base objetiva alguna que permita albergar duda acerca de su imparcialidad, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Recurso interpuesto por Ramón.

DÉCIMO PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 y art. 11 LOPJ. en relación con los arts. 24 y 25 CE, en relación con los arts. 17 y 18 del mismo Texto constitucional, por entender vulnerado el art. 18 al haberse producido un registro nulo o al menos, irregular al producirse la entrada en el trastero utilizado por el mismo, sin su consentimiento, sin la correspondiente autorización judicial, y sin que obre en el procedimiento una so-



licitud o requerimiento a él o esté alguien de su entorno familiar o letrado para certificar o verificar el correspondiente registro y entradas en sus dependencias, y tampoco existía una percepción sensorial de una situación de flagrancia al no darse las notas subjetivas (inmediatez y personal) y objetivas (percepción directa y efectiva de aquellas audiciones y necesidad urgente de la intervención) del delito flagrante.

Es cierto que la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario (art. 18.2 CE) constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (por todas, STC 136/2000, de 29 de mayo, F. 3).

De esta construcción interrelacionada resulta -como decíamos en la STS. 609/2008 de 10.10-, que la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto a la protección de la intimidad personal y familiar (STC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5), si bien dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la Constitución Española reconoce a ambos derechos, distanciándose así de la regulación unitaria de los mismos que contiene el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 119/2001, de 24 de mayo, F. 6). Si el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (SSTC. 144/99 de 22.7; 119/2001 de 24.5), el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado el "domicilio", por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado como lo que hay en él de emanación de la persona y de su esfera privada (SSTC. 22/84 de 17.2, 94/99 de 31.5, 119/2001 de 24.5).

La protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su "inviolabilidad" en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte "exento de" o "inmune a" cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de

los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ. 3 y 5); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (STC 136/2000, de 29 de mayo). De lo expuesto se infiere que la noción de domicilio delimita el ámbito de protección del derecho reconocido en el art. 18.2 CE., tanto a los efectos de fijar el objeto de su "inviolabilidad" como para determinar si resulta constitucionalmente exigible una resolución judicial que autorice la entrada y registro cuando se carece del consentimiento de su titular y no se trate de un caso de flagrante delito (STC. 10/2002 de 17.7).

Del mismo modo la Declaración Universal de los Derechos Humanos proscribe en el art. 12 las injerencias arbitrarias en el domicilio de las personas, reconociendo el derecho de éstas a la protección de la Ley contra las mismas.

En similar forma se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone en el art. 8.1, que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esté prevista ésta injerencia por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa y el orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Se trata, por lo tanto, en cuanto está recogido con ese carácter en la CE. de un derecho fundamental que protege una de las esferas más íntimas del individuo, el ámbito donde desarrolla su vida privada sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, a salvo de invasiones o agresiones procedentes de otras personas o de las autoridades públicas.

A pesar de esta consideración, este derecho fundamental individual puede ceder ante la presencia de intereses que se consideran prevalentes en una sociedad democrática.

Ahora bien, no todo espacio cerrado ni todo lugar que necesite el consentimiento del titular para que terceros puedan entrar en él lícitamente constituyen domicilio.

Según ha declarado el Tribunal Constitucional, resaltando el carácter de base material de la privacidad (STC. 22/84), el domicilio es un "es-

pacio apto para desarrollar vida privada" (STC. 94/99 de 21.5), un aspecto que "entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad", "el reducto último de su intimidad personal y familiar (SSTC. 22/84, 60/91, 50/95, 69/99, 283/2000).

Esta Sala, por su parte, entre otras STS. 1108/99 de 6.9, ha afirmado que "el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental", y en STS. 1448/2005 de 18.11, se entiende como "domicilio" "cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, o lo que es lo mismo, que "sirva de habitación o morada a quien en él vive", estimándose que constituye domicilio o morada, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive esa persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, rouletes, etc..., comprendidas las habitaciones de un hotel en las que se viva.

Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico débil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad.

Y al mismo tiempo restringe el concepto de domicilio excluyendo aquellos lugares donde no se desarrollan actos propios de dicha privacidad, aunque el titular pueda estar legitimado para no permitir la entrada o permanencia de terceros.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** En el caso actual se trata de una plaza de garaje en un edificio en el que ni siquiera está ubicado el domicilio del recurrente, y en la que se encontraba abierta la puerta de dicha plaza o lugar de aparcamiento, afirmación que se complementa en el Fundamento Jurídico cuarto con el relevante dato de tratarse de un garaje alquilado por el procesado, destinado a almacén de utensilio de trabajo, sin conexión alguna, directa o indirecta, con dependencias domiciliarias del mismo.

En el garaje, las dependencias propias del mismo se destinan a su uso característico y propio y no presentan comunicación directa con los domicilios de cada propietario o titular, por lo que no reúnen las condiciones precisas para que el local sea considerado ámbito de privacidad.

Se trata de un lugar cuyo uso se comparte con numerosas personas, todos los titulares de otras plazas y en el que solamente se dispone de un espacio para el aparcamiento de un vehículo, y aun en el caso de que se dispusiera de trastero, esta Sala tiene

declarado (SSTS. 616/2005 de 12.5, 282/2004 de 1.3) que un trastero o almacén destinado a guardar objetos, sin comunicación directa con la vivienda, no puede considerarse domicilio al no tener relación con el ámbito de privacidad constitucionalmente protegido, y por lo tanto no son aplicables a la entrada y registro en el mismo las reglas derivadas de la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Consecuentemente si no consta que en el recinto de la plaza de garaje se desarrollara atisbo alguno de vida privada, no puede considerarse como un domicilio ni por lo tanto se le puede atribuir la protección que a éste dispensa la Constitución en el art. 18.2.

Así lo ha entendido, la jurisprudencia de esta Sala, como se refleja en la STS. 282/2004 de 1.3, que recuerda que "abundantísima doctrina, siempre coincidente (DDTS. 143/99 de 13.10, 1234/97 de 10.10, 686/96 de 10.10, 824/95 de 30.6), define el concepto de domicilio a estos efectos y expresamente rechaza lo sean los trasteros y garajes por no albergar ámbitos en los que se desarrolle la vida privada de las personas".

Por lo tanto, con carácter general y dejando a salvo las posibles particularidades de otros casos concretos, el garaje no constituye domicilio. Tampoco en el caso actual se aprecian razones que permitan variar esta consideración.

No siendo posible incluir el garaje en el concepto de domicilio carecen de interés las cuestiones relativas a la falta de autorización judicial y a la situación o no de flagrancia.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO TERCERO.-** El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 y 11 LOPJ. en relación con los arts. 24 y 25 CE. en relación con el art. 17 del mismo Texto constitucional, por entender vulnerado el derecho del art. 17 y de igual manera al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de la prueba, por cuanto en todas sus declaraciones en sede judicial el recurrente puso de manifiesto que, detenido -ilegalmente según su criterio- no fue sino en comisaría donde le enseñaron una bolsa roja, pero nunca prestó su consentimiento para hacer las diligencias policiales oportunas, ni tampoco el titular de la plaza de garaje que a la fecha de hoy se desconoce su identidad, y documentalmente no hay constancia del registro ni tan siquiera una diligencia policial acreditando los agentes que realizaron el registro.

Como hemos declarado en STS. 51/2009 de 27.11, la ausencia del imputado detenido en la práctica de la diligencia de registro no determina la nulidad de la misma, sino que im-

pide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción. Es decir, no será suficiente para valorar el resultado de la entrada y registro el examen o lectura del acta de la diligencia, sino que será preciso que comparezcan en el juicio oral a prestar declaración sobre ese particular los agentes u otras personas que hayan presenciado su práctica. Cuando se trata de un imputado en situación de privación de libertad, que además es titular del domicilio sus derechos quedan afectados en dos aspectos. De un lado, su derecho a la intimidad, respecto del cual sería ineludible su presencia, siendo nula la diligencia en otro caso, salvo que existan otros moradores, imputados o no, pues en ese caso sería bastante con la presencia de alguno de ellos (STS. 352/2006 de 15.3), siempre que, como se ha dicho, no existan entre ellos, conflictos de intereses. Y de otro lado, su derecho a la contradicción, de forma que su ausencia determina la imposibilidad de valorar el resultado de la prueba tal como resulta del acta, siendo precisa la presencia de testigos para acreditar el resultado, pudiendo estar entre ellos los agentes que presenciaron la diligencia (STS. 1108/2005 de 22.9).

En este mismo sentido, respecto de la necesidad de practicar prueba sobre el resultado del registro a efectos de respetar el principio de contradicción cuando el imputado no haya estado presente en la práctica de la diligencia, se decía en la STC núm. 219/2006 que "Por lo que se refiere a los efectos que la denunciada ausencia puede tener respecto de la eficacia probatoria de lo hallado en el registro, hemos afirmado que aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción (SSTC 303/1993, de 25 de octubre; 171/1999, de 27 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre)".

Ahora bien en el caso de garajes y trasteros -como hemos razonado en el motivo precedente- no son aplicables las garantías derivadas de la protección constitucional a la inviolabilidad del domicilio, ni las normas procesales que regulan garantías relativas a la entrada y registro en el domicilio de particulares (STC. 82/2002 de 22.4), por lo que únicamente podrá cuestionarse la infracción del principio de contradicción, de modo que en el registro y hallazgo de efectos en el interior de un garaje adquirirá virtualidad de medio

de prueba incriminatorio si accede al acto del juicio oral con cumplido acatamiento de los principios de oralidad, publicidad, intermediación y, sobre todo, contradicción, mediante el testimonio, dispuesto en dicho acto, de los funcionarios de policía que practicaron el registro de la plaza de garaje.

En el caso presente -tal como se precisa por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación- en el oficio policial dirigido al Juzgado (folios 277 y 278), se expone como por el contenido de las conversaciones telefónicas tuvo conocimiento la Policía que la coprocesada Paloma iba a recibir una importante cantidad de droga, observándose como en el Ford Focus.... NGH, el recurrente introdujo una bolsa de color rojo, que previamente había sacado de su Renault Clío, siguiéndole los agentes hasta que se introdujo en el Ford Focus en un garaje sito en la calle G., núm., donde permaneció escasos minutos, abandonando después el garaje el acusado en dicho vehículo.

Establecido el oportuno dispositivo de vigilancia del garaje por la policía a la espera de que el recurrente regresara para recoger lo que había dejado, y a las 9,45 horas de la mañana siguiente, se observó la llegada de aquél en el mismo vehículo, siendo seguido hasta el interior del garaje, momento en que fue sorprendido cuando se disponía a abrir el garaje particular para recoger ladrona, siendo detenido y trasladado rápidamente a Comisaría, al objeto de no descubrir la actuación y proceder a la detención de las otras dos acusadas, a las que se consideraban propietarios reales de la cocaína intervenida.

Relato que se complementa con la comparecencia policial obrante a los folios 321 y 322, en la que en relación al momento de la detención del recurrente se dice que, al introducirse en el garaje a la mañana siguiente, fue seguido por los agentes núm. 005, núm. 008, núm. 009 y núm. 007, y cuando aquél abrió con llave la puerta del núm. 14 fue interceptado por los policías procediéndose a abrir totalmente la plaza de garaje mencionada, la cual se encontraba entreabierta y al fondo de dicha plaza se observaba una bolsa de deportes de color rojo que, una vez abierta, mostró los nueve paquetes con la cocaína.

Pues bien en el plenario, con respecto, por tanto, de los principios de contradicción e intermediación, prestaron declaración el agente núm. 007, que practicó la vigilancia en la calle Cervantes de D. Benito, donde se pasó la bolsa del Renault Clío al Ford, y que entró en el garaje pero que no vio materialmente la bolsa; el agente núm. 010, secretario del atestado quien expresó que el "trastero era un grupo de garaje con puerta exterior y que no tenía conocimiento de que fuera de Ramón ", el agente núm. 006, Instructor del atestado, quien manifestó que "era un garaje

comunitario y dentro había trasteros con sus puertas... Que dentro del garaje había un funcionario vigilando", el agente núm. 009, que fue uno de los vigilantes a la entrada del garaje e intervino en la detención del acusado, declarando que "en la plaza núm. 14 no entró hasta por la mañana. Que intervino en la detención de Ramón cuando la puerta estaba abierta. Que cuando entró ya estaban dos compañeros dentro. Que la bolsa estaba al fondo a la derecha de la plaza de garaje; el agente núm. 008, quien dijo que intervino en el control del garaje esa noche, pero el que estaba dentro del trastero era el compañero núm. 011, éste último declaró que siguió al acusado desde la casa de las hermanas Paloma Alicia hasta el garaje de la calle G. y vio al recurrente entrar allí, sin que entrara nadie más", que no perdió de vista en toda la noche la plaza de garaje... Que afirma que fue Ramón quien entró la bolsa...".

Consecuentemente se ha respetado el principio de contradicción y el resultado de la intervención policial en el garaje, con el hallazgo de la bolsa con la cocaína, ha sido incorporado mediante su legítimo y correcto medio probatorio, útil para integrar la convicción del Juzgador, cual es el testimonio de los agentes que intervinieron en el dispositivo policial.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- Estimándose parcialmente los recursos interpuestos las costas se declaran de oficio. (art. 901 LECrim.).

## FALLO

Que debemos declarar y declararos haber lugar parcialmente al recurso de casación, interpuesto por Paloma, con efectos extensivos al interpuesto por Ramón, contra sentencia de 6 de octubre de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, en causa seguida por delito contra la salud pública, y en su virtud casamos y anulamos dicha resolución, dictando nueva sentencia más conforme a derecho, con declaración de oficio de las costas.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Siro Francisco García Pérez.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de octubre de dos mil nueve

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Badajoz, y fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz; y que fue seguida por delito contra la salud pública, contra Ramón, natural de Rena, nacido el 4.12.1979, hijo de Juan y de Emilia, con DNI. núm. 012, en la actualidad en situación de prisión preventiva por esta causa; Paloma, nacida el 14.12.1965, natural de Peñarroya- Pueblonuevo (Córdoba), con DNI. núm. 013, hija de Miguel y Trinidad, en libertad provisional por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

## ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida incluyendo los hechos probados.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en el Fundamento Jurídico noveno de la sentencia precedente, no procede establecer responsabilidad personal subsidiaria caso impago de la pena de multa impuesta a cada procesado.

SEGUNDO.- Conforme a lo expuesto en el Fundamento Jurídico noveno de la sentencia precedente se deja sin efecto el comiso de los vehículos, joyas y ordenadores intervenidos a Paloma.

## PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, de fecha 6 de octubre de 2008, se modifica la misma en los siguientes extremos:

- No procede la responsabilidad personal subsidiaria de 1 año caso impago de la multa impuesta a los dos condenados.

- Se deja sin efecto el comiso de los vehículos, joyas y ordenadores intervenidos a Paloma.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Siro Francisco García Pérez.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2787

Madrid, 13 de febrero de 2008

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

## RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



TS  
CIVIL

2009/245660

TS Sala 1ª, Sentencia 28 octubre 2009.  
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

### Validez de rescisión al darse sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso

Declara el TS haber lugar al recurso de casación planteado por la sindicatura de la quiebra actora contra sentencia dictada por la AP que revocó la estimatoria de instancia y rechazó sus pretensiones de rescisión de la aportación realizada a la nueva sociedad constituida por los demandados, por entender que el objeto litigioso no era el mismo. Considera la Sala que no se puede desconocer la relación existente entre el dominio del terreno y el de la edificación a él incorporada por la anterior propietaria, la recurrente, existiendo sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso.

2009/234619

TS Sala 1ª, Sentencia 8 octubre 2009.  
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

### Falta de motivación en la denegación de custodia compartida

El TS acuerda estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto ante la falta de motivación de la resolución recurrida. Considera la Sala que habiendo quedado acreditada la falta de motivación en la sentencia que deniega la custodia compartida basándose únicamente en la falta de conocimiento del domicilio de los padres, y la diferencia entre sus domicilios, cuando es consustancial a la guarda y custodia compartida que los hijos vivan con sus padres en domicilios cambiantes, y debiendo atender siempre al interés del menor en la atribución de la guarda compartida, debe anularse la resolución recurrida y reponer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia.



TS  
PENAL

2009/217426

TS Sala 2ª, Sentencia 18 septiembre 2009.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

### Delito contra la Hacienda Pública: beneficio integrado por el incremento patrimonial

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito contra la Hacienda Pública. Indica el TS que el que los ingresos obtenidos mediante la realización y venta de inmuebles no generaran un beneficio concreto a los accionistas, porque se destinó al pago de deudas, no significa que no fueran auténticos ingresos generadores de la obligación tributaria. Ese importe, continúa la Sala, o real beneficio es el relevante, aunque el precio de mercado de la cosa, que se da en pago, sea muy inferior. No cabe confundir valor con precio. En cualquier caso, esa diferencia entre el valor potencial de mercado y el real obtenido, evidencia un beneficio que integraría también el incremento patrimonial.

2009/217427

TS Sala 2ª, Sentencia 24 julio 2009.  
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

### Absolución del delito de falsificación de moneda

Se estiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de falsificación de moneda y falta de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, absuelve al recurrente del expresado delito, pues este acusado declaró estando detenido, con la asistencia de un letrado de oficio, que asistió también al otro falsificador, por lo que era evidente la antitética posición de ambos detenidos, y la incompatibilidad de sus versiones y de sus respectivos intereses, de modo que su actual protesta de que lo reconocido fue por consejo del mismo letrado que asistía a otro de los implicados, accediendo a plegarse a la versión de éste último, constituye un serio alegato que la Sala no ha resuelto.



TS  
CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO

2009/251594

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 28 septiembre 2009. Ponente: D. José Díaz Delgado

### Anulación de la base del concurso que limita la edad de acceso a los 21 años

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Catalunya contra la sentencia del TSJ, que resolvía el recurso planteado contra la resolución de convocatoria de concurso-oposición para cubrir cuatro plazas de inspector de los Mossos d'Esquadra, que se casa en tanto declara la nulidad contenida de la base 2.1.e) de la convocatoria impugnada, y Anexo 3.1. a) que exigían una altura mínima para tomar parte en el proceso selectivo, manteniendo no obstante la nulidad respecto de la base 2.1. c), por considerar contrario a derecho el establecimiento de una edad mínima de 21 años para tomar parte en el concurso, así como lo dispuesto por la base 6, 2.b) y el Anexo 4, en tanto se refiere a las pruebas físicas.

2009/245783

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 14 octubre 2009.  
Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

### Legalidad del acuerdo de suspensión cautelar de funciones del magistrado recurrente

El TS desestima el rec. contencioso-administrativo interpuesto frente a la desestimación por silencio del rec. de alzada planteado contra el acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ que acordaba la suspensión provisional de funciones del ahora recurrente. Resolviendo la cuestión principal que le lleva a rechazar los restantes motivos aducidos, declara la Sala que la suspensión de funciones es una medida de prevención que puede adoptar el CGPJ cuando se inicia contra un Juez o Magistrado una causa penal por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones; esa iniciación será de apreciar con la mera admisión de la querrela, pero sin que esto signifique ninguna imputación jurisdiccional; y que la medida está dirigida a apartar



TS  
SOCIAL

2009/265821

TS Sala 4ª, Sentencia 20 octubre 2009.  
Ponente: D. Víctor Fuentes López

### Fallecimiento por infarto considerado accidente laboral

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante frente a sentencia que, revocando la de instancia, declaró no derivado de accidente de trabajo el fallecimiento del causante. La Sala señala que no hay dato alguno que pueda desvirtuar la presunción de laboralidad del art. 115,3 LGSS; en definitiva el infarto de miocardio se produjo en tiempo y lugar de trabajo y el padecimiento anterior de una patología coronaria no puede destruir la presunción mencionada; por tanto, se confirma la sentencia de instancia y se declara que la muerte del trabajador fue producida por accidente de trabajo.

2009/259276

TS Sala 4ª, Sentencia 22 septiembre 2009.  
Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

### Adecuación al convenio de la externalización del plan de pensiones

El TS desestima el recurso de casación formulado por la federación sindical demandante frente a sentencia que rechazó su reclamación de cantidad en proceso por conflicto colectivo.

La Sala señala, entre otras cosas, que la externalización de los compromisos por pensiones y el consiguiente percibo de las prestaciones por jubilación anticipada a los 60 años, en forma de capital, por quienes habían cotizado antes del 2 enero 1967 se ha ajustado plenamente a las previsiones del II Convenio Colectivo del Grupo Unión Fenosa; por ello, la reforma legislativa del IRPF que ha ocasionado un perjuicio fiscal a las rentas irregulares en relación a las que se reciben en forma de capital, no supone atribuir una conducta sancionable a la empresa demandada, ahora recurrida, que ha cumplido sus compromisos puntualmente sin causar perjuicio alguno a los trabajadores, los cuales se han visto perjudicados por una nueva normativa fiscal, pero tal circunstancia es ajena a los compromisos asumidos por la empresa.