



# 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 2880

Madrid, lunes 11 de octubre de 2010



2010/84215

TS Sala 2ª, Sentencia 19 mayo 2010. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

## Al asumir la gestión relativa al cobro de la sustancia vendida Participación a título de coautor en delito contra la salud pública

*No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delito contra la salud pública. Subraya el TS, que la realización del tipo penal posibilita compartir la tenencia, pero se requerirá que se acrediten circunstancias que vayan más allá de la convivencia familiar para acreditar el ánimo de tráfico, pues "el simple conocimiento de esta actividad, aunque racionalmente presumible e incluso reconocido, no es fundamento por sí solo para fundar la autoría". Situación que no es la de autos, por cuanto la sentencia no funda la autoría del recurrente en la simple convivencia familiar, sino en la asunción por su parte de una función tan importante en la cadena de distribución de la sustancia estupefaciente, como es la de recolectar el dinero de las ventas.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Denunciándose, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por los recurrentes Lucio (motivo segundo); Roque (motivo segundo); Gaspar (motivo primero); Zaira (motivo primero), la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia e infracción del art. 24.2 y 18.3 CE, vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con la consecuencia de la imposibilidad de valoración de aquellas pruebas obtenidas directa e indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales (art. 11.1 LOPJ), procede el análisis conjunto de argumentaciones comunes, sin perjuicio del estudio individualizado de las particularidades propias de cada recurso.

Se alega en síntesis la falta de fundamentación de la solicitud inicial de la intervención telefónica, por cuanto la noticia confidencial no es suficiente por sí sola, como único in-

dicio para la restricción de los derechos fundamentales, y aquella solicitud venía fundada en hechos delictivos distintos a los que se intenta investigar en la presente causa. Así en la denominada operación Níquel, llevada a cabo por la Policía Judicial de Málaga, las personas detenidas lo fueron por un delito de falsificación de moneda, no habiéndose acreditado lo concerniente al delito contra la salud pública, sin que se haya aportado testimonio del atestado ni en las conversaciones telefónicas a las que se hace mención. Igualmente la detención de Esteban y Daniel, llevada a cabo por la policía de Coin, por los delitos de robo y estafa, sin que tampoco se haya incorporado el testimonio de sus declaraciones, por lo que la intervención telefónica acordada nada tenía que ver con los hechos anteriormente investigados.

Asimismo se denuncia la falta de control judicial al no darse por la Policía judicial encargada de las escuchas, la información semanal

acordada en el auto inicial, ni las transcripciones literales de las escuchas, ni los soportes magnéticos originales y no obstante se acordaron las prorrogas sucesivas y otras nuevas intervenciones, no respondiendo estos delitos al canon de la motivación exigible.

Como decíamos en SSTs. 59/2009 de 3.2, 25/2008 de 29.1, 875/2007 de 7.11, la diligencia de intervención telefónica debe respetar unas claras exigencias de legitimidad constitucional, cuya concurrencia es del todo punto necesario 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

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Amparo solicitado por vulneración de la tutela judicial efectiva sin indefensión 12

### TS

#### CIVIL

Condena de entidad porteadora en el ejercicio de acción subrogatoria de aseguradora 14

#### PENAL

Participación a título de coautor en delito contra la salud pública 1

#### SOCIAL

Cuantía de base reguladora de pensión por IPA de beneficiaria mayor de 65 años 15

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

INTERNET  
http://www.elderecho.com  
e-mail: clientes@elderecho.com

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 permite 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 injerencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisten 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 mas 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,

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).

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 motivación 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 resolu-

ciones 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, valorándolo desde su profesionalidad y conocimiento del medio, pero sin necesidad de análisis prolijos incompatibles con la materia y el momento procesal en el que nos encontramos.

SEGUNDO.- La aplicación de la doctrina expuesta ha de considerar la desestimación de las quejas de los recurrentes.

En efecto el oficio de la Comandancia de la Guardia Civil, Unidad Orgánica de policía judicial, Equipo de Mijas se refiere a las diligencias instruidas por la comisión de un supuesto delito contra la salud pública perpetrado en el local sito en la calle Río Odiel núm. 18 de la Barriada Dª Ermita de Mijas, apareciendo como implicado Roque.

En dicho oficio de fecha 29.10.2002 se hace referencia a las confidencias telefónicas recibidas de personas que no desean facilitar su identidad por miedo a posibles represalias en las que informan de movimientos extraños de personas jóvenes en dicho local, los cuales suelen salir del mismo mirando hacia todas partes como si quisieran comprobar si estuvieran siendo observados, y que el citado local lo utiliza como carpintería un joven llamado "Roque" que vive cerca del mismo, en la direccion000.

A continuación se señala como miembros de esa Unidad se procede a montar un discreto dispositivo esporádico de vigilancia y control sobre el citado local, comprobándose que aunque el mismo está siendo utilizado, al parecer, como negocio de carpintería, durante las distintas vigilancias no se apreció que el negocio se encontrara abierto al público ya que habitualmente la puerta de acceso se encontraba cerrada, observándose, igualmente, como de forma esporádica, personas jóvenes, tras llamar, penetran en su interior, permaneciendo varios minutos, y como al salir, miran hacia todas partes, como intentando adivinar si estuvieran siendo vigiladas.

Asimismo se indica como identificado el propietario de la citada carpintería que resultó ser Roque se destaca que es propietario de una vivienda en la direccion000 de Mijas de una motocicleta Suzuki, modelo GR 75, matrícula TL..... OT, y de tres vehículos (turismo BMW, modelo 320 diesel, matrícula.... YRG, furgoneta mixta Renault Expres, matrícula VO-....; y furgoneta mixta (Veco matrícula FO-.... OW).

Se exponen sus antecedentes policiales: detenido el 10.4.2000 como supuesto autor de delitos contra la seguridad del tráfico y quebranta-

miento de condena; y de un hermano suyo Tomas detenido por la Guardia Civil de Fuengirola el 23.8.95 como supuesto autor de un delito de tráfico de drogas, y por Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de la misma localidad los días 5.5.89 y 23.3.91 como supuesto autor de sendos delitos de robo con violencia, y el día 25.6.93 por reclamación judicial y del día 30.3.95 como supuesto autor de un delito contra la salud pública.

Y finalmente como de las gestiones practicadas por miembros de este Equipo de Policía Judicial se tuvo conocimiento que el 3.4 del año en curso en las diligencias policiales 36/2002 del Equipo de Policía Judicial de Coin, las personas detenidas Esteban y Daniel como supuestos autores de delitos de robo y estafa, en la declaración policial de ésta última refirió que un par de semanas antes fue con su marido a Fuengirola y éste cambió su reloj por cocaína y pastillas de éxtasis a un tal "Roque" y aunque no recordaba el nombre de la calle donde éste vivía, al referir que sabía llegar al lugar, llevó a los Agentes al domicilio reseñado, tratándose de la direccion000 núm. 000 de Mijas, que corresponde al citado Roque.

Y que durante el primer semestre del año 2002 el tal Roque salió a relucir en numerosas ocasiones en la denominada operación Níquel llevada a cabo por miembros de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Guardia civil de Málaga, en la que se investigaban supuestos delitos de falsificación de moneda y contra la salud pública (tráfico de drogas).

Por todo ello por miembros de ese Equipo se da comienzo a la operación policial denominada "Serrin" con el fin de esclarecer los hechos al considerarse que existen indicios racionales suficientes para considerar que en el local sito en la calle Odiel 28 de la Barriada Dª Ermita de Mijas (Málaga) se encuentra un punto de distribución y venta de droga (cocaína y éxtasis), siendo el responsable de los hechos Roque, se considera imprescindible la intervención de los teléfonos que se solicita para poder aportar pruebas contundentes de la perpetración del delito investigado.

El auto de 29.10.2002 considera que nos encontramos con indicios fundados de la comisión de hechos que pueden ser constitutivos de un delito contra la salud pública, pudiendo afirmarse lo anterior a la vista de cuanto se narra en el oficio presentado por la Policía Judicial a la Guardia Civil de Mijas.

Argumentación por remisión que cumple las exigencias constitucionales antes referidas.

Es cierto que en relación a las noticias confidenciales, hemos dicho en sentencias 1047/2007 de 17.12, 534/2009 de 1.6, 834/2009 de 16.7,

1183/2009 de 1.2, que en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Sentencia Kostovski, de 20 de noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de septiembre de 1990).

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluir la también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc., así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionales de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas.

En la misma línea, la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 setiembre 1997 y 4 marzo 1999.

Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado

de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación.

Doctrina reiterada en las SSTs. 1488/2005 de 13.12 y 28.2.2007 que precisan que una confidencia a la policía no es una denuncia, pues esta requiere que se haga constar la identidad del denunciado, como exige el art. 268 LECrim. pero puede ser un medio de recepción de la noticia criminal que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y como resultado de esa comprobación iniciar las actuaciones establecidas en los arts. 287 y ss. LECrim. elevándolas al órgano judicial competente las solicitudes policiales cuando no existe causa penal abierta tienen el valor de denuncia y obligan a incoar las correspondientes diligencias judiciales. Si no fuera así sería la propia policía la que, prácticamente, decidiría una medida que limita un derecho fundamental.

Las noticias o informaciones confidenciales, en suma, aunque se consideran fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales (en este sentido la STC. 8/2000 de 17.1).

En esta dirección la sentencia 416/2005 de 31.3, ya precisó que la existencia de una información anónima no puede considerarse, en principio, suficiente para restringir un derecho fundamental a personas que ni siquiera consta su mención nominativa en aquella, pues un anónimo "no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión, STC. Pleno 23.10.2003.

Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a "fuentes o noticias confidenciales". Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación.

Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida.

Por lo tanto es necesario que se aporte al Juez algún elemento o dato objetivo que le permita valorar la seriedad de su sospecha más allá de las

mismas consideraciones policiales. Es claro que no puede establecerse como regla general que la Policía identifique, lo cual podría ser un dato relevante en algunos casos, pero también lo es que para la restricción del derecho fundamental no basta la valoración policial acerca de la seriedad de la noticia, pues si así fuera la Constitución no requeriría el acuerdo previo del Juez. Las informaciones que aquellos facilitan deben ser mínimamente comprobadas policialmente con la finalidad de aportar datos objetivos que puedan ser valorados por el Juez.

Dicho con palabras del Tribunal Constitucional -sentencia 167/2002- cuando en la solicitud de su intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones "lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación, pero en el caso presente el Grupo Policial explica los seguimientos y vigilancias consecutivos y las informaciones anónimas que corroboraron la veracidad de éstas en relación a ese anómalo trasiego de personas jóvenes en una carpintería sin actividad alguna, así como las investigaciones practicadas en relación a su titular que ponían de manifiesto esa relación, incluso actos de venta de sustancias estupefacientes a personas implicadas en otros procedimientos judiciales.

No nos encontramos, por tanto, ante una solicitud fundada en meras conjeturas sino ante una verdadera investigación con resultados concretos que se acompañaron al oficio policial, por lo que el Instructor disponía de una base indiciaria para adoptar una decisión que posteriormente y en relación al investigado se reveló acertada.

TERCERO.- En cuanto a la falta de control judicial de las intervenciones telefónicas, 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 requerían 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 caso presente la sentencia impugnada destaca como del control judicial o ejecución de la intervención dan cuenta al folio 25 donde se incorporan las primeras transcripciones y solicitan el cese del teléfono fijo no así del móvil intervenido, por resultar aquel inactivo. A continuación con fecha 25 de noviembre de 2002 solicitan la prórroga del teléfono cuyo usuario era el procesado Roque. Derivadas de las primeras intervenciones y de los contactos que mantenía el procesado con otras personas y más concretamente con la acusada Celsa, se solicitó y acordó por el Juzgado Instructor la intervención del teléfono de esta, mediante resolución de fecha 3 de diciembre de 2002.

Así las sucesivas prórrogas tanto del teléfono del primeramente investigado, como aquellas otras intervenciones que sucesivamente se efectuaron con motivo de la información que recababan los agentes y a las cuales se remitía el Instructor, es decir se trata de una motivación por remisión. En el buen entendido que existía un control exhaustivo del Juzgador puesto que tenía a su disposición todas las transcripciones telefónicas, así como algunos informes extensos donde se constataba las razones que justificaban la continuación de la investigación folio 270 y ss. El Instructor ha tenido un pleno conocimiento y control del procedimiento, como así se deducen de las resoluciones dictadas por el mismo, bien interviniendo teléfonos que surgen a raíz de las informaciones obtenidas, bien a través de las subsiguientes prórrogas.

La Información facilitada al Juez Instructor fue en todo momento suficiente, pues generalmente al margen de explicitar en cada oficio solicitando la prórroga o en su caso la solicitud de nuevas Intervenciones telefónicas, acompañaban las transcripciones de las conversaciones. Por tanto la información al juez instructor era puntual, de forma tal que las decisiones tomadas por este lo eran sobre la base de lo acontecido Inmediatamente anterior.

Consecuencia de lo expuesto ningún reproche de inconstitucionalidad se puede realizar respecto a las intervenciones telefónicas, tanto en lo relativo a la necesidad de la medida, la proporcionalidad y control

judicial de estas.

De lo anterior se desprende que el Juzgador 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.

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 integra 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).

Por último es necesario destacar en lo referente a las transcripciones de las cintas que 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 mas 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 estén a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial.

Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe publica 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 siempre 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

■  
*"...no basta la  
 convivencia en común  
 para llegar a la  
 culpabilidad por ese  
 solo dato, de quien no se  
 confiesa conocedor o  
 participe de la actividad  
 familiar, es necesario  
 que sabiendo de una  
 mera actitud de  
 pasividad se participe  
 en alguna actividad que  
 por su tendencia  
 pudiera ser calificada  
 de facilitación de la  
 actuación del  
 familiar..."*  
 ■

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.

Recurso interpuesto por Lucio

CUARTO.- El motivo primero por quebrantamiento de formal amparo

de lo dispuesto en el art. 851.1 LE-Crim. por contradicción en los hechos probados.

Como la jurisprudencia ha recordado en sentencias 121/2008 de 26.2, 754/2007 de 2.10 y 253/2007 de 26.3, la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resultan incompatibles entre si, de suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 259/2004 de 4.3).

La doctrina jurisprudencial reiterada 717/2003 de 21.5, 2349/2001 de 12.12, 776/2001 de 8.5, 1661/2000 de 27.11, señala para la prosperabilidad de este motivo los siguientes requisitos:

a) Que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trata de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconocible y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada.

b) Debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma no pueda subsanarse en el contexto de la sentencia; es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato. Por ello la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentarse a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre si, e insubsanable, de forma que no puede ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato.

c) Que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, esto es, no puede ser denunciada la contradicción que se advierte o crea advertirse entre el "factum" y la fundamentación jurídica de la resolución. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del Fundamento Jurídico que tengan su indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre los fundamentos fácticos tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.

d) La contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la

contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma. Por ello debe ser esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la material exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En definitiva, como decíamos en la STS. 1250/2005 de 28.10 “como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el “iudicium”, lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas”.

En el caso que nos ocupa el recurrente se limita a transcribir aquellos apartados del relato fáctico que se refieren al mismo, Lucio, para entender, que entran en contradicción con el inicio del atestado policial núm. 012, en el que no se hace mención alguna a este recurrente, a la contradicción y error en la apreciación de la prueba sobre la cantidad de cocaína que se le intervino el día 1.2.03 cuando fue detenido 0,22 gramos cuando del acta de aprehensión se observa que era 0,02 mg. y a que no se vuelve a hacer mención alguna en el relato de hechos probados al recurrente, salvo en lo concerniente al registro en su domicilio, sito en la dirección 002 núm. 006 de Mijas, en el que no se intervinieron efectos, sustancias y útiles de tal actividad ilícita, para concluir que del atestado policial nada puede deducirse de su participación en los hechos, sino una participación en el negocio de carpintería con el coacusado Roque. Los propios Agentes de la Guardia Civil en el acto del juicio oral no hacen mención alguna a la participación del Sr. Lucio en los hechos investigados, justificando el jefe del operativo con TIP. núm. 013 que su detención se produce cuando acude al domicilio del también acusado Roque estando éste ya detenido en su propio domicilio.

Asimismo refiere la existencia de un gran error material a la hora de determinar fechas de las diligencias policiales que dieron lugar a la incoación del presente procedimiento, así como de otras fechas y datos concernientes a otro tipo de operaciones que se intentan interrelacionar para justificar de algún modo su participación en los hechos delictivos, así como la motivación del auto inicial de intervención telefónica.

Por último cuestiona las pruebas del análisis de la droga intervenida

dado que el dictamen del funcionario adscrito a la unidad administrativa de Sanidad y Consumo de Málaga no fue ratificado en el acto del juicio oral por cuanto el técnico analista autor del informe no compareció en el acto del juicio oral; la valoración probatoria de las testificales de los Guardias Civiles por ser contraria a la realidad de los hechos declarados probados en la sentencia, dado que ninguno de ellos manifestó en el Plenario había visto entrar y salir persona alguna del local sito en la calle Río Odiel núm. 28 y en lo referente a las conversaciones telefónicas mantenidas por el recurrente, con independencia de la alegación de su nulidad en el motivo segundo, los agentes que testificaron en el juicio oral no pudieron precisar haber intervenido en las escuchas y, menos aún, en los extractos de las conversaciones transcritas y unidas en autos.

Resulta evidente que el desarrollo del motivo nada tiene que ver con el vicio iu indicando cuyos requisitos se han expresado ut supra, dado que el recurrente en primer lugar basa la presente contradicción contra el contenido del relato fáctico y el atestado policial, lo que resulta inaceptable.

QUINTO.- No obstante, dada la voluntad impugnativa del recurrente y en aras de evitar cualquier indefensión al mismo y de su derecho a obtener una respuesta motivada y razonada, art. 24.1 CE, la Sala entiende que la impugnación del mismo debe ser analizada a través de la vía casacional del art. 852 LECrim, en relación con el art. 5.4 LOPJ, por vulneración de preceptos constitucionales en concreto art. 24.2, presunción de inocencia, debiendo constatarse la existencia de prueba lícita y suficiente y que el discurso valorativo del tribunal de instancia no resulta ilógica, irracional, absurdo o, en definitiva, arbitrario (art. 9.1 CE.).

En el caso actual la Sala considera a este recurrente como colaborador del acusado, director de las diferentes operaciones, Roque y considera que participaba activamente en tales labores. Y llega a tal convicción a partir de la prueba que examina en el fundamento jurídico sexto, en especial las diligencias de investigación y seguimiento llevadas a cabo por los miembros de la Guardia Civil, en particular el agente núm. 013 que fue quién solicitó la intervención telefónica y llevó a cabo la detención de Roque y del recurrente.

Asimismo destaca el contenido de las conversaciones telefónicas que acreditan que Lucio era socio de Roque, no en el negocio de carpintería, que no tenía actividad alguna, sino en la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes, con expresa mención a las conversaciones recogidas en el folio 402, a las mantenidas entre ambos los días 3 y 6.12.2002, en las que, pese a emplear un lenguaje crítico hablando en la primera de “constructor” y “basti-

dores” y en la segunda de “tornillos” y a otros en los que hablan constantemente bien de pago de mercancía previamente o preparando posteriores entregas, contenido que no deja duda alguna de que se trataba de ventas de estupefacientes.

Igualmente se señala una operación concreta que fue visualizada por el Instructor del atestado el 31.1.2003 y que se detalla en el “factum” cuando acudió con una persona con coleta al interior del portal de la vivienda del coacusado Roque y la conversación mantenida ese mismo día con una persona llamada Porfirio exponiéndole que iba a comprar sustancia estupefaciente y como quien resultó ser Porfirio accedió al mismo domicilio anterior y adquirió 9,6 gramos de cocaína con una pureza del 68,9%.

Consecuentemente si ha existido prueba racionalmente valorada suficiente para enervar la presunción de inocencia.

SEXTO.- Por último, en relación a la impugnación del análisis pericial de las sustancias estupefacientes la Sala de instancia, fundamento jurídico tercero, analiza referida impugnación, concluyendo -que en modo alguno puede declararse nulo, pues con independencia de que la impugnación fue extemporánea al realizarse por vía de informe, en primer lugar dicho informe se realizó conforme al sistema y método que corresponde, así al folio 1832 se hace constar que el análisis se efectuó siguiendo las normas dictadas por Naciones Unidas para los laboratorios Nacionales de estupefacientes con técnicas disponibles: Calorimétricas, Microscópicas y Espectrofotométrías, y así lo ratificó el perito en el acto del juicio. En segundo lugar aún cuando se impugnaron los informes, se procedió a dar lectura de datos los folios en los que se reflejaba el informe. En tercer lugar porque dicho informe fue sometido a contradicción mediante la comparecencia de la perito en el acto del juicio. Y finalmente porque los motivos de impugnación no pueden basarse exclusivamente en que no compareció quien ni firmó los informes periciales puesto que están a disposición de las partes formular cuantas preguntas consideraron oportunas.

Razonamiento correcto por cuanto es doctrina de esta Sala -por ejemplo SSTS. 1601/2005 de 22.12, 1058/2006 de 2.11, entre otras muchas, que si la prueba pericial procedente de la actividad de los Laboratorios Oficiales del Estado no ha sido expresamente impugnada por la defensa, en principio no necesita su ratificación en el acto del juicio oral. En otros términos le posibilita la consideración como prueba pericial preconstituida en los dictámenes periciales emitidos por Gabinetes y Laboratorios Oficiales, debidamente documentados, siempre que sus conclusiones no sean impugnadas por

las partes del enjuiciamiento, en cuyo caso la eficacia probatoria de los dictámenes requiere la contradicción de toda actividad probatoria (SSTS. 151/2000 de 7.3, 625/2001 de 16.4, 1293/2003 de 7.10, 990/2004 de 25.9). Por ejemplo la STS. 31.1.2002 afirma que:

“la doctrina de esta Sala nos viene diciendo que los dictámenes y pericias emitidos por Organismos o Entidades Oficiales, dada la imparcialidad, objetividad y competencia técnica de sus miembros integrantes, ofrecen toda clase de garantías técnicas y de imparcialidad, para atribuirles “prima facie” validez plena”, siempre que, además de su documentación en el procedimiento con cabal conocimiento de las partes, éstas no lo impugnen en sus escritos de conclusiones, mientras que en caso contrario han de ser sometidos a contradicción en el juicio oral como requisito para su eficacia probatoria. Y es que tales dictámenes no están exentos de la posibilidad de error, por lo que la parte, instruida de su contenido convenientemente, tiene reservada la posibilidad de someter dicho informe a debate contradictorio mediante cita de los peritos al juicio oral o articular contraprueba en su escrito de calificación provisional y si no lo hace debe entenderse que acepta su contenido, siendo entonces medio idóneo para formar la convicción judicial (STS. 1007/2007 de 23.11).

Por tanto, nada impide -decíamos en la STS. 56/2009 de 3.2-, que la defensa pueda proponer la práctica de cuantas pruebas considere procedentes a la defensa de sus tesis, orientadas a completar, a precisar o a contradecir los resultados de tales análisis, especialmente en los casos de mayor complejidad o que presenten características extraordinarias, aunque su admisión quede condicionada a las reglas generales de pertinencia y necesidad. Tampoco impide que la defensa censure a través de sus argumentaciones y planteamientos determinados aspectos del análisis que pudieran ser considerados por el Tribunal en el momento de valorar las pruebas disponibles.

En la sentencia 647/2006 de 16.6, se declara que el casuismo que la realidad ofrece nos permite verificar tres supuestos:

a) Que la impugnación se produzca en el trámite de conclusiones definitivas, de forma oral y sorpresiva, o incluso en el cauce de un recurso de casación. En tal caso ha de estarse por la aceptación tácita del resultado de la pericia así cuestionado, ya que la impugnación resulta totalmente extemporánea, pudiendo valorar la Sala sentenciadora dicho informe, máxime si se trata de dictámenes efectuados por organismos oficiales. En tal sentido, pueden citarse las SSTS de 5 de junio de 2000, núm. 996/2000 de 30 de mayo, 1101/2000 de 23 de junio y 1297/2000.

b) Un segundo supuesto, sólo en parte diferente al anterior, se producirá cuando durante toda la instrucción del sumario se mantiene un silencio respecto al contenido de la pericia de la que se ha tenido conocimiento y luego en el trámite de conclusiones provisionales se efectúa una genérica impugnación. En tal caso, en una interpretación del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 25.5.2005, se ha estimado que tal impugnación formal del informe emitido por un organismo oficial no se puede sic et simpliciter privarle de validez ni eliminar su fuerza probatoria, aunque no haya comparecido al plenario su autor para ratificarlo. En tal sentido se pueden citar las SSTS núm. 652/2001 de 16 de abril y 1521/2000 de 3 de octubre.

c) El tercer supuesto tendría lugar cuando en fase de instrucción se produce la impugnación con o sin petición de nuevo examen, y tal impugnación se reproduce en el trámite de conclusiones provisionales, pero argumentando con un mínimo de consistencia los extremos de tal disidencia, en cuyo caso devendría en necesaria la ratificación del informe en el plenario con la presencia del perito.

Pero como hemos precisado en STS. 1271/2006 de 19.12, para que la impugnación no se convierta en una mera exigencia formal de ratificación de estos informes -carente de fundamento-, o que incluso llegue a constituir un manifiesto abuso de derecho o un fraude procesal (v. art. 11 LOPJ), la jurisprudencia viene exigiendo que la parte que impugne el informe pericial precise oportunamente -de conformidad con los principios de la lealtad y buena fe procesales- los extremos y las razones de su impugnación, interpretación ésta asentada en la jurisprudencia la entrada en vigor de la Ley 38/2002 de 24.10, añadiendo un segundo párrafo el art. 788.2 LECrim. y el Pleno no jurisdiccional de 25.5.2005 (SSTS. 1115/2006 de 8.11, 1601/2005 de 22.12).

De acuerdo con esta doctrina, en el caso de autos, la impugnación del recurrente del informe analítico, vía informe tras haber elevado a definitivas sus conclusiones, resultaba totalmente extemporánea y a mayor abundamiento las cuestiones planteadas en el motivo sobre que el técnico analista, autor del informe, no compareció al juicio oral, dado que quienes comparecieron fueron dos técnicos analistas que pusieron de manifiesto que las firmas que aparecen al pie del informe no eran suyas, precisando que el técnico que había elaborado el informe se había jubilado, no implicarían la nulidad de tal prueba.

Como señala la STS. 27.10.2006 "no toda irregularidad procesal puede alcanzar relevancia constitucional por la vía del art. 24 CE., pues en

caso contrario, se habría constitucionalizado la Ley de Enjuiciamiento Criminal completa, y esta Sala ya ha descartado esta posibilidad con reiteración. Lo importante no es la rendición del informe a contradicción procesal por dos peritos, sino que la prueba pericial en sí misma haya sido practicada por una dualidad de facultativos. Esto es evidente que así se produjo, luego tal rendición, a lo sumo, debe ser considerada como mera irregularidad procesal sin alcanzar las consecuencias de una vertiente constitucional invalidante de la prueba.

Asimismo cuando se trata de equipos técnicos correspondientes a laboratorios oficiales, ha de partirse de que son elaborados por equipos de profesionales altamente cualificados, dotados de los medios y preparación técnica suficientes para el cumplimiento de sus fines, actuando con pautas de división del trabajo, por lo que el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 21 de mayo de 1999 consideró que cumplen con las exigencias del artículo 459, aún cuando aparezcan suscritos por un solo perito (SSTS núm. 1912/2000, de 7 de diciembre; 848/2003 de 13 de junio, 1040/2005 de 20 de octubre), siempre que el laboratorio se integre por un equipo y se refiera a criterios analíticos, pues como señala el ATS. 28.5.2004, si el fundamento en la exigencia se halla en la mayor probabilidad de acierto que se presenta el trabajo realizado por varios, la finalidad de la norma queda satisfecha. Igualmente la STS. 1031/2007 de 8.11 recuerda que "como quiera que, en el presente caso, el informe obrante en los autos ha sido emitido por un Centro Oficial, cuando se solicita su ratificación en el acto del juicio oral y ello es procedente, "basta que ésta se efectúe por el Jefe del Servicio o por quien lo represente, sin que sea necesario que concurran otro u otros de los funcionarios o especialistas integrantes del mismo", ya que, por ser dicho ente u organismo público el que lo emite y se responsabiliza de su contenido, de ordinario, debe ser el jefe o coordinador de la tarea quien lo ratifique (STS núm. 1.168/2002, de 19 de junio), bien entendido que en nuestro sistema procesal le consideran válidos a primera vista, salvo prueba en contrario, los informes de los Laboratorios Oficiales (STS. 1173/2009 de 17.11), por tanto, como se dice en la STS. 25.7.2003, "si el letrado que asesora al acusado (...) desconfiaba de los análisis, tenía a su disposición la petición de que se acordara un contraanálisis con todas las garantías (...)"

SÉPTIMO.- El motivo segundo se formula al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del precepto constitucional art. 18.2 y 3 y 24 Ce.

El recurrente denuncia la nulidad del auto judicial de 29.10.02 que acordó la intervención de los teléfonos de los que era usuario Roque y

del oficio policial de la misma fecha, así como de los sucesivos oficios policiales por los que se solicitaban las prorrogas de las intervenciones, planteando cuestiones que ya han sido analizadas en la presente resolución remitiéndonos a los fundamentos jurídicos 1, 2 y 3 que preceden para evitar innecesarias repeticiones.

OCTAVO.- Los motivos tercero y cuarto se formulan al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 y 2 LECrim. por infracción de precepto legal al haberse aplicado indebidamente el art. 368 CP., por cuanto de los

■

*"El derecho vigente establece, naturalmente, deberes de solidaridad entre los cónyuges que pueden ser fundamento de una posición de garante. Pero es también indudable, que a tales deberes de solidaridad, precisamente por su naturaleza, no pueden proporcionar ninguna base al establecimiento de una posición de garante respecto de bienes jurídicos ajenos. Estos deberes de solidaridad, por el contrario, se refieren solo a los bienes jurídicos propios del otro cónyuge, pero no determinan una especial coautoría."*

■

hechos probados no se concluye la realización de los elementos típicos del referido precepto: tenencia de sustancia estupefacientes y su destino preordenado al tráfico.

Supeditado el motivo a la prosperabilidad de los motivos anteriores debe seguir igual suerte desestimatoria.

En efecto, 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 harta 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 en el relato fáctico se hace constar que "el también acusado Lucio... de forma habitual colaboraba con Roque en la distribución de sustancia estupefaciente. Generalmente lo realizaban en el establecimiento de carpintería sito calle Río Odiel, en otras transacciones las efectuaban en el domicilio de Roque".

El motivo, consecuentemente debe ser desestimado.

Recurso interpuesto por Roque

NOVENO.- El motivo primero por quebrantamiento de forma al am-

paro de lo dispuesto en el art. 851.1 LECrim. por contradicción en los hechos probados.

El motivo por cauce casacional inadecuado plantea idénticas cuestiones al motivo primero del recurso interpuesto por el coacusado Lucio por lo que damos por reproducido todo lo argumentado en orden a su desestimación, debiendo destacarse en relación a este concreto acusado, al que la Sala de instancia considera el "director" de las diferentes operaciones de distribución de sustancia estupefaciente, no solo la prueba tenida en cuenta y examinada con referencia al coacusado Lucio, sino particularmente las conversaciones telefónicas que mantuvo con los coacusados Celsa y Hermenegildo y el total de la sustancia aprehendida en la carpintería y en su domicilio, 726,502 gramos, revelador de su propósito de distribución a terceras personas.

DECIMO.- Los motivos segundo al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración de precepto constitucional, art. 18.2 y 3 y 24 CE; y tercero y cuarto, al amparo del art. 849.1, 2 LECrim. por infracción legal, al haberse aplicado indebidamente el art. 368 CP. coinciden literalmente con los del recurso precedente, por lo que para evitar innecesarias repeticiones nos remitimos a lo ya expuesto en orden a su desestimación.

Recurso interpuesto por Celsa

UNDÉCIMO.- El motivo único se formula por infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECrim.).

El motivo deviene improsperable.

En efecto debemos recordar, como hemos dicho en la reciente STS. 271/2010 de 30.3 con cita en la S. 732/2009 de 7.7 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 acaecidos, 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 atiene 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 redactado 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 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 - a que nos referiremos más adelante con más profundidad- 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" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si 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.

DUODÉCIMO.- En el caso que se examina la recurrente se limita a señalar que la sentencia da como hechos probados ciertas convicciones

que no son sino conjeturas como que Elvira no tiene profesión conocida cuando ha trabajado como cocinera y se encuentra en la actualidad de baja como consecuencia de enfermedad profesional; que cuando se procede a su detención era porque la iban a "pillar haciendo un pase", pero no le encontraron nada ni en la detención, ni en el registro de su persona en dependencias policiales, ni tampoco nada relevante en el registro de su domicilio; que la furgoneta no existe, cuando el extremo de su existencia es aceptado por todos los implicados; que se manifiesta que Celsa no es consumidora de drogas, cuando en octubre de 2002 era consumidora habitual de cocaína ocasional proporcionándole su amante los medios necesarios para poder adquirirla y consumirla juntos en fiestas.

De la anterior argumentación la improsperabilidad del motivo deviene necesaria.

La recurrente, sin designar documento alguno que acredite el error del Tribunal a quo, realiza una valoración y una apreciación subjetiva de la prueba que con razonamiento distinto, conduce a conclusiones divergentes de las del Tribunal sentenciador, que en base a las propias declaraciones contradictorias de la recurrente, las numerosas conversaciones claras en cuanto a la adquisición de sustancias estupefacientes y entrega a otras personas como Zaira y Hermenegildo (folios 130, 179, 199, 322, 403 y 1177) entiende enervada su presunción de inocencia.

Recurso interpuesto por Gaspar

DECIMO TERCERO.- El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia e infracción de los arts. 24.2 y 18.3 CE, derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la conculcación del derecho a un proceso con respeto a todas las garantías procesales sin que en ningún caso pueda producirse indefensión por las partes, sin que sea admisible la valoración de aquellas pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales (art. 11.1 LOPJ.).

Analizadas que han sido las cuestiones planteadas en los fundamentos jurídicos 1, 2 y 3 de la presente resolución se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones en orden a su desestimación, añadiendo en relación a la queja del recurrente sobre la obtención de los números de teléfono intervenidos mediante procedimiento mecánicos, conculcando nuevamente el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que su improsperabilidad deviene necesaria.

Hemos dicho en sentencias 187/2009 de 3.3, 376/2009 de 24.2, 6/2010 de 27.1, que la premisa de la que se quiere partir - implícita pero

evidente- que no puede admitirse es que, en principio, hay que presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares, vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario.

Ello supondría la paradoja de que mientras que tratándose de los acusados ha de presumirse su inocencia, en tanto no se prueba su culpabilidad (art. 29.2 CE), a los Jueces y Tribunales, en el mismo marco procesal, ha de presumírseles una actuación contraria a la Constitución y a las Leyes, en tanto no se prueba que han actuado conforme a Derecho. Frente a tal premisa, hemos de afirmar que ni el derecho a la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo", que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las Autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. El principio de presunción de inocencia no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos.

En efecto la nulidad de los actos procesales sólo puede basarse en algunas de las causas estrictamente reguladas en el art. 238 LOPJ. con la consecuencia de la pérdida de efectos que tratándose de la vulneración de derechos fundamentales, impone el art. 11 de la misma ley. Sin embargo, declarar la nulidad de unas escuchas porque la legitimidad de la obtención del número telefónico no puede presumirse, supone crear una categoría inédita en nuestro sistema procesal. Estaríamos ante la creación jurisprudencial de la creación jurisprudencial de la nulidad presunta, aquélla predicable de actos limitativos de derechos, aparentemente válidos, pero a los que privamos de efectos al no constar la legitimidad de otro acto precedente.

En línea de principio proclamar que la legitimidad de un acto jurisdiccional no puede presumirse, no se concilia bien con los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 117.1 CE). Es cierto que la abstracta proclamación de esos principios no blindará a los actos jurisdiccionales de su condición de potencial fuente lesiva de los derechos fundamentales. También lo es -y la experiencia se encarga cada día de recordarlo- que la validez de los actos procesales no puede hacerse descansar en un voluntarioso acto de fe. Pero aceptar la petición de nulidad porque la legitimidad no puede presumirse, no resulta, en modo alguno, una exigencia de nuestro sistema de garantías.

En esta dirección las SSTS. 249/2008 de 20.5, 940/2008 de 18.12, señalan en un caso que se cuestionaba el modo a través del cual la Policía obtuvo los teléfonos y que ello supone injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, "ninguna razón" se expresa ni se

infiere de las actuaciones que pueda sustentar esa alegada irregular obtención de los números de los teléfonos cuya observación se solicitó y fue judicialmente autorizada..." "no existe razón o elementos que permitan sostener que los números de teléfonos cuya observación se solicita se hubieran obtenido con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que no consta acreditado que para ese fin se hubiera accedido al contenido de las conversaciones sin autorización judicial, ni se hubiera sobrepasado los límites a los que se hace mención en la sentencia citada 249/2008, de 20 de mayo, para la recogida o captación técnica del IMSI sin necesidad de autorización judicial.

Asimismo la STS. 960/2008 de 26.12 recordó: "Se alegan sospechas sobre el modo en los que se obtuvieron los primeros números de los teléfonos y del terminal móvil número..., especialmente éste número ya que su observación fue determinante para la intervención de la droga, sin que les convenzan las alegaciones realizadas por los funcionarios policiales de que los obtuvieron de los listados de telefónica, de las intervenciones judiciales previas, de observaciones físicas al marcarlos y de gestiones en oficinas públicas y bancos.

No hay datos o elementos que permitan concluir que existieron gestiones ilícitas y vulneradoras de derechos fundamentales por parte de la policía. Los funcionarios policiales, en sus declaraciones en el acto del juicio oral, se refirieron a modalidades perfectamente legítimas para obtener esa información, sin que pueda presumirse lo contrario porque otros funcionarios no tuvieron información o no lo pudiesen precisar por el tiempo transcurrido".

DECIMOCUARTO.- El motivo segundo al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que no resultan contradichos por otras pruebas.

Se argumenta en el motivo que la sentencia recurrida mantiene que Gaspar realiza labores de cobro y que sin estas labores el delito de tráfico de drogas que se atribuye a su pareja Celsa no se perfeccionaría, y ello en base a las escuchas telefónicas y a su propia declaración en sede policial, pero del contenido de las conversaciones intervenidas no se desprende que haya cometido acto alguno de tráfico de drogas, al hablarse única y exclusivamente de un solo pago que el recurrente intenta cobrar de uno de los coimputados, y la declaración referida fue rectificadas en sede judicial y en el acto del juicio oral.

Retomando lo ya expuesto en relación al motivo primero de la anterior recurrente Celsa, la doctrina de esta Sala -por todas STS. 203/2006 de 28.2- viene exigiendo reiteradamente

para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "li-

■

*"La realización del tipo penal, posibilita compartir la tenencia, pero se requerirá que se acrediten circunstancias que vayan más allá de la convivencia familiar para acreditar el ánimo de tráfico, "el simple conocimiento de esta actividad, aunque racionalmente presumible e incluso reconocido, no es fundamento por si solo para fundar la autoría". "*

■

terosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim. como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél

que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediación.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim. consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

En el caso presente las declaraciones del acusado no tienen virtualidad documental a los efectos casacionales previstos en el art. 849.2 LECrim. por cuanto no son documentos, aunque se hallan documentadas en la causa bajo la fe pública judicial, las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones de los acusados y de los testigos, ya que no garantizan ni la certeza en la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales sometidas al resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia (SSTS. 262/2001, 3.12.2001, 22.5.2003, 15.2.2005).

Y en cuanto al contenido de las conversaciones telefónicas, hemos dicho en SSTS. 432/2003 de 26.3 y 852/2007 de 9.10, que no son otra cosa que manifestaciones personales, cuyos autores declararon en el proceso. Podrá merecer la condición de documento el soporte en el que se contiene las grabaciones (art. 26 C.P.) pero el contenido de las mismas carece de la nota de literosuficiencia. La única garantía es la credibilidad para el Tribunal que puedan merecer los declarantes a los que se les captó la conversación a través de este medio técnico y que depusieron en el proceso.

DECIMO QUINTO.- Siendo así la sentencia (fundamento jurídico 7º) considera a este recurrente responsable de un delito contra la salud públi-

ca, actividad principal de venta de estupefacientes a la que se dedicaba su compañera sentimental y también acusada Celsa siendo su actuación no solo estar al corriente de tal actividad sino ser "el recaudador del dinero", por ello en las conversaciones telefónicas que Roque mantuvo con Celsa al dirigirse a ella no habla en particular sino de "ustedes refiriéndose claramente a Gaspar el compañero de Celsa.

Es cierto que en S. 94/2006 de 10.2, hemos dicho que no basta la convivencia en común para llegar a la culpabilidad por ese solo dato, de quien no se confiesa conocedor o participe de la actividad familiar, es necesario que sabiendo de una mera actitud de pasividad se participe en alguna actividad que por su tendencia pudiera ser calificada de facilitación de la actuación del familiar, esto es, habrán de ser otras circunstancias concurrentes u otros indicios no meramente sospechosos en que básicamente justifiquen racionalmente el oportuno juicio de intenciones, sin que pueda fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito.

La STS. 9/2005 de 10.1 expresa que se hace necesario recordar que entre los principios fundamentales del Derecho Penal, ha sido reconocido sin excepciones el de responsabilidad personal. De acuerdo con este principio, la base de la responsabilidad penal requiere como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro.

En estos delitos contra la salud pública se presenta con frecuencia el problema de distinguir entre la realización del tipo y los casos de aquellas personas inculpadas que tengan simplemente un acceso a las sustancias prohibidas como consecuencia de la convivencia familiar con el autor, sin realizar aporte alguno que exteriorice el contenido criminal que caracteriza a todo tipo penal.

Por ello en el supuesto de la tenencia de drogas con propósito de tráfico, previsto en el art. 368 CP. el acceso a la droga que tiene el cónyuge, o persona que convive con otra de manera análoga no puede comportar por sí sola la realización del tipo penal. Naturalmente que en este delito es posible compartir la tenencia, pero en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, se requerirán que en estos casos se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real posesión de las drogas.

El derecho vigente establece, naturalmente, deberes de solidaridad entre los cónyuges que pueden ser fundamento de una posición de garante.

Pero es también indudable, que a tales deberes de solidaridad, precisamente por su naturaleza, no pueden proporcionar ninguna base al establecimiento de una posición de garante respecto de bienes jurídicos ajenos. Estos deberes de solidaridad, por el contrario, se refieren solo a los bienes jurídicos propios del otro cónyuge, pero no determinan una especial coautoría.

Con razón ha señalado la doctrina que ello implicaría una forma de "responsabilidad familiar", que contradice el carácter personal de la pena en el derecho moderno. La realización del tipo penal, posibilita compartir la tenencia, pero se requerirá que se acrediten circunstancias que vayan más allá de la convivencia familiar para acreditar el ánimo de tráfico, "el simple conocimiento de esta actividad, aunque racionalmente presumible e incluso reconocido, no es fundamento por sí solo para fundar la autoría".

Situación que no es la de autos pro cuanto la sentencia no funda la autoría del recurrente en la simple convivencia familiar sino en la asunción por su parte de una función tan importante en la cadena de distribución de la sustancia estupefaciente como es la de recolectar el dinero de las ventas (ver conversaciones telefónicas con el coacusado Roque de 23 y 28.12.2002).

Función ésta de cobrar el precio convenido a los compradores que se califica de coautoría (STS. 26/97 de 21.1), por cuanto cuando el participe asume la gestión relativa al cobro de la sustancia vendida es una actividad relevante y sustancial (STS. 337/2000 de 2.3).

Recurso interpuesto por Zaira

DECIMO SEXTO.- El motivo primero por vulneración del derecho constitucional art. 18.3 CE. relativo al secreto de las comunicaciones, al amparo del art. 5.4 LOPJ.

Ya ha sido analizado en los precedentes fundamentos jurídicos 1º a 3º que se dan por reproducidos en orden a su desestimación.

DECIMO SÉPTIMO.- El motivo segundo por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, al amparo del art. 5.4 LOPJ. por cuanto la condena del recurrente no tiene otro fundamento que la declaración del coimputado Gaspar, compañero sentimental de Celsa.

Hemos dicho con reiteración -por todas SSTS. 84/2010 de 18.2, 728/2008 de 18.11- hemos dicho con reiteración -por todas STS. 335/2008 de 10.6 - que las posibilidades de valorar las manifestaciones acusatorias de un coimputado como prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia ha sido admitida de modo tan constante por la jurisprudencia -tanto

del Tribunal Constitucional como de esta Sala- que parece innecesaria la cita de sentencias en que dicha doctrina se ha visto reflejada. El propio Legislador parece dar por supuesto el valor probatorio de tales declaraciones al establecer en los arts. 376 y 479 CP. 1995, circunstancias privilegiadas de atenuación de la responsabilidad criminal aplicables a los conocimientos llamados "arrepentidos". que están acusados en un procedimiento por delito de tráfico de drogas o de terrorismo- si coadyuvan eficazmente a la obtención de "pruebas decisivas" para la identificación o captura de otros responsables.

Ahora bien, la admisión del valor probatorio de las declaraciones de los coimputados -aconsejada, sin duda, por las dificultades con que casi siempre tropieza la investigación de la delincuencia organizada- no se ha producido sin reservas en la propia jurisprudencia que ha recordado con frecuencia, tanto la peculiaridad de una declaración acusatoria prestada por quien no tiene obligación de decir verdad, como la posibilidad de que dicha declaración está determinada por móviles espurios. Como una y otra circunstancia son susceptibles de restar credibilidad a la acusación del coimputado y la necesidad de perseguir eficazmente ciertos delitos de especial peligrosidad en la sociedad de nuestro tiempo no debe difuminar la importancia de las garantías que jamás puede faltar en el proceso penal de un Estado democrático de Derecho.

No obstante, también debe recordarse que aunque el coacusado no está obligado a decir verdad, no es menos cierto que ello no supone que pueda acusar a otros de manera impune. Las acusaciones inveraces serán constitutivas de acusación y denuncia falsa.

La STS. 13.12.2002, precisa que la declaración del coimputado ha sido considerada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala como prueba hábil para enervar la presunción de inocencia, sin ignorar las cautelas con las que debe ser observada, pues como en alguna ocasión se ha señalado, se trata de una prueba sospechosa, toda vez que el coimputado no se encuentra en la causa en la misma posición que el testigo, no tiene obligación de decir la verdad y puede perseguir con su actitud colaboradora la obtención de algunos beneficios. Todo ello debe ser examinado por el Tribunal de instancia al efecto de descartar que la declaración inculpatoria para otro de los acusados pueda estar influida de manera que se vea negativamente afectada su veracidad. Ha de tenerse en cuenta que el mero hecho de pretender que sea reconocida de alguna forma la colaboración de la Justicia no es un dato que elimine por sí mismo la veracidad de la declaración del coimputado, pues además de que puede no ser la única ra-

zón, no implica la imposibilidad de que subsista un deseo de colaborar.

Es por eso, que cuando la única prueba de cargo es la declaración del coimputado se ha exigido como elemento de valoración la existencia de algún tipo de corroboración objetiva. La ausencia de algún tipo de corroboración tiene una mayor trascendencia cuando la declaración ha sido prestada en la causa y rectificadas en el juicio oral. Cuando la declaración inculpatoria se presta ante el Tribunal sometándose el coimputado al interrogatorio del Fiscal y de las partes no puede negarse valor a la inmediación vinculada de forma intensa a la oralidad, pues en definitiva una parte importante de la valoración de esta clase de pruebas personales depende de la percepción directa.

Tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala han establecido que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS núm. 1330/2002, de 16 de julio, entre otras). Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias (STC 115/1998,

68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de injección suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia".

No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" (STC núm. 68/2002, de 21 de marzo). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001, es que "la declaración quede "mínimamente corroborada" (SSTC 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado "algún dato que corrobore mínimamente su contenido" (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración", (SSTC. 118/2004 de 12.7, 190/2003 de 27.10, 65/2003 de 7.4, SSTs. 14.10.2002, 13.12.2002, 30.5.2003, 12.9.2003, 30.5.2003, 12.9.2003, 29.12.2004).

En este sentido las recientes sentencias Tribunal constitucional 102/2008 de 28.7, FJ. 3 y 91/2008 de 21.7, FJ. 3, recuerdan que este Tribunal viene declarando por lo que hace a la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal (STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3).

En sentencias recientes, resumiendo nuestra doctrina al respecto, hemos afirmado que "las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas.

Las reglas de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, en que no cabe establecer que ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse el análisis caso por caso la determi-

nación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente hemos afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados.

Por último este Tribunal también ha declarado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorada por este son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como Fundamentos probatorios de la condena (por todas, SSTC. 230/2007 de 5.10 FJ. 3º y 34/2006 de 13.2), teniendo en cuenta, en primer lugar, que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indicaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan, sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado (STC. 57/2009 de 9.3), y en segundo lugar, que son los órganos de instancia los que gozan de la inmediación y de un contacto directo con los medios de prueba, en el presente caso, y desde la posición que ocupa este tribunal, debe concluirse que los concretos elementos de corroboración referidos en la sentencia impugnada cumplen con las exigencias constitucionales para superar los mínimos necesarios que doten de suficiencia a la declaración del coimputado para enervar la presunción de inocencia del recurrente.

En efecto, si bien, como ya se ha señalado, no cabe considerar elementos de corroboración mínima la inexistencia de contradicciones o de enemistad manifiesta, el Tribunal Constitucional ya ha reiterado que la existencia de una coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva, "configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan" (así, SSTC. 233/2002 de 9.12, ó 92/2008 de 21.7).

En el caso presente con independencia de que la Sala no refiere (FJ. 8º) como prueba inculpativa propiamente dicha la declaración del coimputado Gaspar, las pruebas que analiza corroborarían, en todo caso, aquella, así tiene en cuenta el conte-

nido de las conversaciones telefónicas de las que se deduce que la coimputada Celsa adquirió de Roque sustancia estupefaciente que a su vez entregó "fiada" a la recurrente que finalmente no hizo pago de lo adeudado pese a que el coacusado Gaspar acudió en numerosas ocasiones a su domicilio para cobrar la deuda, e igualmente que Zaira se dedicaba a la venta de sustancia estupefaciente (ver conversaciones folios 768, 905, 924, 925 y 1017), extremo éste también acreditado por las sustancias estupefacientes que Zaira tras tener conocimiento de la detención de su esposo Hermenegildo, trató de deshacerse a través de Josefa, a quien con el pretexto de que se llevase a su hija de la casa le entregó una mochila con los enseres de su hija menor: 13'93 gramos de heroína con una pureza de 22'16 gramos, 7'38 gramos de cocaína con una pureza de

recurrente no ha quedado suficientemente probado, entendiendo la parte que de los hechos probados se deduce un posible delito de encubrimiento art. 451.1 CP. pero no la autoría de Zaira.

El motivo carece de fundamento.

El encubrimiento es una conducta dotada de su propio contenido de injusto en la medida en que ayuda al autor o al partícipe en un delito a alcanzar el agotamiento material de sus propósitos o a conseguir burlar la acción de la justicia, con lo cual el injusto cometido cristaliza y hasta se agranda en lo material, amén de que se frustra la reacción punitiva. Pero en modo alguno el encubrimiento contribuye al injusto anteriormente realizado por los partícipes.

Elementos comunes a las tres variantes típicas son:

a) La comisión previa de un delito.

b) El segundo es de carácter normativo: el no haber intervenido en la previa infracción como autor o como cómplice, puesto que el autoencubrimiento como el encubrimiento del copartícipe son conductas postdelictuales impunes.

c) Un elemento subjetivo consistente en "el conocimiento de la comisión del delito encubierto", lo que se traduce por la exigencia de un actuar doloso en cuanto se requiere no una simple sospecha o presunción, sino un conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no excluye el dolo eventual (STS. 67/2006 de 7.2), conocimiento que puede ser afirmado, como los elementos subjetivos de los tipos penales por la vía de la racional inferencia (STD. 11.10.2002).

La doctrina de la Sala (SSTs. 1760/2002 de 24.10, 1230/2004 de 29.10) ha admitido la posibilidad de encubrimiento en el auxilio a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito, en particular tratando de preservar el dinero procedente del tráfico de drogas frente a una actuación policial.

Conductas distintas de la recogida en el relato fáctico -cuyo respeto escrupuloso exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim.- en el que se recoge como Zaira y su esposo Hermenegildo se dedicaban a la distribución de sustancia estupefaciente que previamente adquiría a Celsa y el intento de deshacerse de las diversas sustancias ocupadas en la mochila de su hija menor.

DECIMO NOVENO.- El motivo cuarto por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. en cuanto a la aplicación indebida del art. 21.6 CP. en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

El motivo debe ser desestimado.

■

*"El encubrimiento es una conducta dotada de su propio contenido de injusto en la medida en que ayuda al autor o al partícipe en un delito a alcanzar el agotamiento material de sus propósitos o a conseguir burlar la acción de la justicia, con lo cual el injusto cometido cristaliza y hasta se agranda en lo material, amén de que se frustra la reacción punitiva."*

■

73'3%, 12'05 gr. de heroína y cocaína con una pureza de 12'3% y 63'1%, 99'39 gr. de cocaína con una pureza de 67'2%, 61'30gr. de cocaína con una pureza de 58'5%, 47'41gr. de cocaína con una pureza de 61'4%, 3'25 gr. de cocaína con una pureza de 60'15%, 3'05 gr. de cocaína con una pureza de 74'3%, 0'19 gr. de heroína más cocaína con una pureza de 11'9 y 33'6% respectivamente, y 5'74gr. de haschís.

Cantidad y variedad de sustancias que excluyen de forma lógica y racional su destino al consumo propio.

DECIMO OCTAVO.- El motivo tercero por aplicación indebida del art. 368 CP. formulado al amparo del art. 849.1 LECrim. por cuanto consta de la propia relación de hechos probados que el delito contra la salud pública porque ha sido condenada la

La doctrina de esta Sala -por todas SSTs. 892/2008 de 26.12 y 875/2007 de 7.11- siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha señalado los factores que han de tenerse en cuenta para la estimación de la vulneración del derecho reconocido a toda persona de que su causa sea oída dentro de un plazo razonable, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordenados de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes

Además de lo anterior se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS. 1151/2002 de 19.6, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1995, 100/1996 y 237/2001; STS 175/2001, 12 de febrero)".

Sin embargo, como hemos dicho en las STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre, y 705/2006 de 28 de junio, "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin

más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".

Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Ahora bien, lo que si debe exigirse es que la parte recurrente señale los puntos de dilación en la tramitación y la justificación de su carácter indebida. Así se pronuncian las SSTs. 10.12.2004 y 15.3.2007, "para la apreciación de la atenuante analógica no es suficiente su mera alegación, sino que es necesario que quien la reclama expicite y concrete las demoras, interrupciones o paralizaciones que haya sufrido el proceso, a fin de que esta Sala pueda verificar la realidad de las mismas, evaluar su gravedad y ponderar si están o no justificadas.

Previsiones estas omitidas por la recurrente que se limita a recoger la doctrina emanada del TEDH pero sin referencia alguno al caso presente en el que la Sala, fundamento jurídico undécimo, analiza la concurrencia de la atenuante postulada, y rechazándola de forma razonable y motivada, partiendo de que el periodo de instrucción en modo alguno puede considerarse fuese excesivo y si bien entre el primer señalamiento del juicio oral hasta su efectiva celebración transcurrieron cuatro años, las siete suspensiones han sido siempre por causas imputables a los letrados de las partes o a incomparecencia de algunos de los acusados -Roque fue declarado en rebeldía, dictándose contra el mismo Orden de Busca y Captura- y nunca tal tardanza ha sido motivada por la actuación del Tribunal.

VIGÉSIMO.- Desestimándose los recursos las costas se imponen a los recurrentes, art. 901 LECrim.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por Gaspar,

Zaira, Lucio, Roque, Celsa, contra sentencia de 12 de enero de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución 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 Legisla-

tiva lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



2010/158725

TC Sala 1ª, Sentencia 26 julio 2010. Ponente: D. María Emilia Casas Baamonde

Por falta de intervención en el proceso ejecutivo

## Amparo solicitado por vulneración de la tutela judicial efectiva sin indefensión

*El TC otorga el amparo solicitado contra el Auto del Jdo. de Primera Instancia de Arzúa, que desestimó la petición de nulidad de actuaciones promovida por los recurrentes, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión. En el citado procedimiento -instado por el Banco Español de Crédito-, se procedió a subastar y adjudicar una vivienda que figuraba inscrita a nombre de los recurrentes en el Registro de la Propiedad, sin notificarles la existencia del juicio ejecutivo, ni permitirles comparecer en el mismo, lo que les privó de su derecho a ser oídos y también el ejercicio del derecho de defensa de sus legítimos derechos e intereses sobre el citado inmueble. Indica el Tribunal, que aun reconociendo la fuerza ejecutiva del título, no puede oponerse ésta al derecho de defensa de los terceros, porque es exigible el hecho, de que en el momento de ser requeridos para el desalojo y lanzamiento, puedan exhibir su título ante el Juez, cuya eficacia sólo a efectos de la ejecución, éste habrá de valorar. Señala incluso, que el Juzgado acordó celebrar la subasta, cuando al abrirse el acto de la misma, el adjudicatario manifestó que ya no era el propietario de la vivienda, adjuntando nota simple del registro, en la que constan como titulares registrales los demandantes de amparo y solicitando la suspensión de la subasta, para que se localizara y diera audiencia a los nuevos adquirentes para evitar su indefensión.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de 8 de enero de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Arzúa, que desestimó la petición de nulidad de actuaciones promovida por los demandantes de amparo en el juicio ejecutivo núm. 250-1997. En la demanda de amparo se imputa a la resolución recurrida la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al no declarar la nulidad de las actuaciones en el citado procedimiento, en el que se procedió a subastar y adjudicar una vi-

vienda que figuraba inscrita a nombre de los recurrentes en el Registro de la Propiedad, sin notificarles la existencia del Juicio Ejecutivo, ni permitirles comparecer en el mismo, lo que les privó de su derecho a ser oídos y les impidió el ejercicio del derecho de defensa de sus legítimos derechos e intereses sobre el citado inmueble. El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso por entender que concurre la vulneración denunciada.

SEGUNDO.- Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) garantiza

a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Esta necesidad de promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la debida contradicción, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia que, en palabras de la STC 56/2001, de 26 de febrero, FJ 2, "tiene especial importancia en el proceso de ejecución". En concreto, y por lo que respecta a la posibilidad de intervenir en un proceso de ejecución, hemos afirmado que el derecho a la tutela judicial efectiva habilita a quienes ostenten algún derecho o interés legítimo que pueda verse afectado por los actos de ejecución a comparecer y actuar en el procedimiento, aunque no hubieran sido parte en el proceso principal, y a este fin los arts. 270 LOPJ y 260.2 LEC exigen que las resoluciones judiciales se notifiquen no sólo a las partes procesales, sino también a las personas a quienes se refieran o puedan parar perjuicio (SSTC 229/2000, de 2 de octubre, FJ 3; 56/2001, de 26 de febrero, FJ 2).

Incluso en relación con el procedimiento sumario ejecutivo del art. 131 de Ley hipotecaria, caracterizado por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título, si bien hemos afirmado que la existencia de dicho procedimiento no se opone al derecho de defensa de los terceros, porque queda abierta la vía del juicio declarativo en defensa de sus derechos (STC 158/1997, de 2 de octubre, FJ 6), también hemos sostenido que en tales supuestos nuestra doctrina exige que los terceros poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y lanzamiento, puedan exhibir su título ante el Juez, cuya eficacia sólo a efectos de la ejecución éste habrá de valorar, "lo que impone dar la oportunidad a quien alega la existencia de un título que evitaría la desposesión de aducir la existencia de un derecho que, en apariencia, pueda subsistir".

Y para ello hemos exigido siempre que se posibilite el conocimiento de la decisión, "lo que debemos extender con mayor razón a quienes ostentan la posesión en concepto de dueños y además están protegidos por la fe pública registral" (STC 29/2003, de 13 de febrero, FJ 8).

En aplicación de esa doctrina, en la citada Sentencia -cuya doctrina invocan como aplicable al caso tanto los recurrentes como el Ministerio Fiscal, aunque no se trate en éste de un procedimiento del art. 131 LH, sino de un juicio ejecutivo ordinario- se otorgó el amparo a la adquirente a título oneroso de una vivienda, cuyo título había sido inscrito en el Registro de la Propiedad y que, por tanto, estaba protegido por el principio recogido en el art. 34 LH, tras haber acordado el órgano judicial su lanza-

miento sin requerimiento previo de desalojo y sin oírla, pese a haber sido advertido de su existencia por la ejecutante.

Afirmamos en aquel caso que ello "provoca la indefensión de la demandante de amparo, pues contra el mandato contenido en el art. 24.1 CE de promover la defensa mediante la correspondiente contradicción, y sin perjuicio del pronunciamiento que pueda recaer, de lo que se resuelva sobre la posesión y sobre la posible reserva de las acciones que puedan corresponder a los implicados, conforme acertadamente mantiene el Ministerio Fiscal, el órgano judicial acordó el lanzamiento del propietario y poseedor legítimo de una vivienda sin tan siquiera permitirle comparecer a defender su derecho en un procedimiento contradictorio" (FJ 9). En definitiva, de nuestra doctrina se desprende con absoluta claridad que la interdicción de la indefensión consagrada en el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales el deber de velar por que quienes ostenten algún derecho o interés legítimo en un proceso de ejecución, aunque no hayan sido parte en el proceso principal, puedan comparecer y ser oídos en el mismo para garantizar su defensa, sin perjuicio del pronunciamiento que pueda recaer y de la posible existencia de otras acciones que puedan corresponder a los afectados.

TERCERO.- La aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado, a la luz de las concretas circunstancias del mismo, conduce directamente a la estimación del presente recurso de amparo. Como se ha hecho constar con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución, el órgano judicial tuvo conocimiento de la existencia de adquirentes a título oneroso de la vivienda objeto de ejecución, cuyo título estaba inscrito en el Registro de la Propiedad y protegido por el principio recogido en el art. 34 LH, desde el momento en que se lo comunicó el deudor ejecutado, el día 19 de julio de 2005. Pese a ello, el Juzgado se limitó a notificar al deudor la postura ofrecida en la tercera subasta -dando con ello cumplimiento a la STC 40/2005, de 28 de febrero- y a abrir nueva licitación entre el mejor postor presentado por el deudor y el primer adjudicatario. Posteriormente, tanto al abrirse el acto de la subasta como en dos escritos posteriores, el adjudicatario manifestó que ya no era el propietario de la vivienda, adjuntando nota simple del Registro de la Propiedad de Muros en la que constan como titulares registrales desde el año 2004 los demandantes de amparo y solicitando la suspensión de la subasta y que se localizara y diera audiencia a los nuevos adquirentes para evitar su indefensión.

Sin embargo, y pese a lo anterior, el Juzgado acordó celebrar la subasta, adjudicar el inmueble al mejor postor presentado por el deudor y

darle posesión del mismo, sin realizar notificación alguna a los titulares registrales, ni siquiera haberlo intentado al menos, y en defecto de otro domicilio conocido -dado que los demandados residen habitualmente en el extranjero- en el de la vivienda objeto de subasta que constaba a su nombre en el Registro de la Propiedad, "como medio más razonable y previsible" (STC 76/2006, de 13 de marzo, FJ 4) de conseguir que los titulares registrales del inmueble llegaran a tener conocimiento, tanto del juicio ejecutivo, como de la subasta que iba a celebrarse sobre el bien de su propiedad.

En definitiva, y como afirma el Ministerio Fiscal, el órgano judicial no actuó con la diligencia debida en orden a procurar que los demandantes de amparo pudieran tener conocimiento y comparecer en un proceso ejecutivo en el que resultaban afectados sus intereses (pues se subastó y adjudicó un bien de su propiedad), pese a haber sido advertido de su existencia y de que eran los titulares registrales de la vivienda subastada. Y dicho comportamiento del órgano judicial causó indefensión constitucionalmente relevante, pues les privó de su derecho a ser oídos y les impidió el ejercicio del derecho de defensa de sus legítimos derechos e intereses sobre el citado inmueble, sin que exista dato alguno en las actuaciones del que se desprenda que los recurrentes conocieran la existencia del procedimiento ejecutivo o que no hayan actuado con la diligencia debida en orden a facilitar su comparecencia en el citado proceso.

CUARTO.- Por otra parte, cuando los recurrentes -extranjeros cuya residencia habitual se encuentra en el Reino Unido- regresaron a España y tuvieron conocimiento de que la vivienda se había subastado y adjudicado a un tercero e interpusieron incidente de nulidad de actuaciones ante el Juzgado, al amparo del art. 241 LOPJ, alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el órgano judicial acordó no haber lugar a la nulidad solicitada, con una argumentación constitucionalmente inaceptable. Como argumento principal, el Juez afirma que se limita a llevar a cabo la retroacción del procedimiento ordenada por la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, es decir, procediendo a la notificación al deudor y a la celebración de nueva subasta.

Pero ese argumento -como destaca el Ministerio Fiscal- no da respuesta a la queja de indefensión que le plantean los demandantes de amparo, puesto que la STC 40/2005 no tenía en cuenta -porque no podía hacerlo- la existencia de terceros adquirentes de la vivienda a título oneroso, por lo que el cumplimiento de lo en ella ordenado (la notificación al deudor) no es razón suficiente para excluir cualquier otra denuncia de indefensión. El segundo argumento, esgri-

mido a mayor abundamiento, consiste en afirmar el carácter excepcional del incidente de nulidad y que su estimación debe evitarse en la medida de lo posible por razones de economía procesal, todo ello pese a reconocer que el procedimiento afectó a los intereses de los recurrentes, remitiéndoles al procedimiento declarativo que corresponda en orden a la defensa de sus intereses y en el que hacer valer la condición de tercero hipotecario alegada. Pues bien, tal forma de argumentar -además de no reparar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión sufrida por los recurrentes-, resulta abiertamente incompatible con el papel que el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ) desempeña en el sistema de tutela de los derechos fundamentales, una cuestión jurídica relevante y sobre la que el Tribunal considera necesario hacer una última consideración.

QUINTO.- La presente demanda de amparo ha sido promovida tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), una regulación que incorpora como novedad relevante la exigencia que impone el art. 50.1 b) LOTIC para la admisión del recurso: que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su "especial trascendencia constitucional".

Como afirmamos en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, en el citado requisito "se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su "especial trascendencia constitucional", frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo". "De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTIC)."

En efecto, ese mayor protagonismo que han de asumir los Jueces y

Tribunales ordinarios en la protección de los derechos y libertades fundamentales se refuerza mediante una nueva regulación ampliada del incidente de nulidad de actuaciones. En virtud de la disposición final primera de Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se modifica el párrafo primero del art. 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado en los siguientes términos: "No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario."

Por tanto, y de conformidad con la regulación vigente en el momento en que se dicta el Auto de 8 de enero de 2008, el Juzgado de Primera Instancia núm.1 de Arzúa debía haber tenido en cuenta que se estaba denunciando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por quienes hasta ese momento no habían podido comparecer en el proceso y no contaban con ningún otro recurso en ese procedimiento ejecutivo para denunciarla; que, por tanto, el incidente de nulidad de actuaciones era un instrumento idóneo para la tutela del derecho fundamental en cuestión, y que su resolución debía tener presente que -de no tener el caso trascendencia constitucional- se trataría de la última vía que permitiría la reparación de la vulneración denunciada. Sin embargo, y lejos de asumir su papel como garante de los derechos fundamentales, el Juzgado no ofrece respuesta a la queja de indefensión que se le formula y afirma que se trata de un recurso de carácter excepcional "cuya estimación debe evitarse por razones de economía procesal, si es posible", remitiendo a los recurrentes al procedimiento declarativo que corresponda en orden a la defensa de sus intereses, sin tomar en consideración la jurisprudencia de este Tribunal respecto de las exigencias que la interdicción de la indefensión consagrada en el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales en los procesos de ejecución. Un modo de razonar incompatible con el papel que en la nueva configuración del recurso de amparo se asigna a los Jueces y Tribunales en la defensa de los derechos fundamentales a través de la nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones. Como afirman tanto los recurrentes como el Ministerio Fiscal, las razones de economía procesal no pueden esgrimirse válidamente como argumento para no reparar la vulneración de un derecho fundamental a través de este mecanismo procesal.

#### FALLO

Otorgar el amparo solicitado por D. Roger y D<sup>a</sup> Mary-Ann y, en consecuencia:

1º. Reconocer el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2º. Declarar la nulidad del Auto de 8 de enero de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Arzúa, que desestimó la solicitud de nulidad de actuaciones promovida en el juicio ejecutivo núm. 250-1997, así como de todas las resoluciones judiciales y actos procesales dictados en el citado procedimiento a partir del momento en que el órgano judi-

cial acordó abrir nueva licitación por providencia de 10 de noviembre de 2006.

3º. Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse esta última resolución, a fin de que se notifique a los demandantes la existencia del procedimiento ejecutivo y éstos puedan comparecer y ser oídos en el mismo. Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado". Dada en Madrid, a veintiséis de julio de dos mil diez.

María Emilia Casas Baamonde, Presidenta. Javier Delgado Barrio.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.

traslado de las mercancías, en ciento ochenta bultos, desde la ciudad en que tenía su establecimiento hasta Madrid.

El contrato de transporte se convino, finalmente, con Alitalia Linee Aeree Italiane SPA, SA, a la que se hizo saber las instrucciones dadas por la compradora y aceptadas por la vendedora: el transporte debía efectuarse por aire y en una única expedición, desde origen a destino.

Alitalia Linee Aeree Italiane SPA, SA cumplió el encargo y transportó toda la carga por avión desde Nueva Delhi a Milán.

Sin embargo, decidió dividir en Milán la carga en dos partes y utilizar para una de ellas - la mayor, formada por ciento cincuenta siete bultos - el transporte por carretera hasta el lugar de destino - Madrid -.

A tal efecto, Alitalia Linee Aeree Italiane SPA, SA, a la vez que ejecutaba el transporte por aire del resto, contrató con un porteador terrestre - Rinaldo Rinaldi - para que transportara por carretera los otros ciento cincuenta y siete bultos desde Milán a Madrid.

El porteador terrestre cargó los paquetes en un camión e inició el viaje, pero no los llegó a entregar en el punto de destino por haber sido sustraídos, por terceros desconocidos, en una zona de descanso de la autopista A-7, en la provincia de Barcelona.

Como ya se ha dicho, AIG Europe, SA, aseguradora de todo el transporte, pagó a Inditex, SA la indemnización pactada en el seguro para caso de pérdida de parte de la carga y, con fundamento en la norma del artículo 43 de la Ley 50/1.980, de 8 de octubre, pretendió la condena de Alitalia Linee Aeree Italiane SPA, SA, como responsable de la pérdida, a reintegrarle la suma que había pagado.

Alitalia Linee Aeree Italiane SPA, SA se defendió en el proceso y, básicamente, opuso a la pretensión de condena su derecho a una limitación de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 22, ordinal segundo, del Convenio de Varsovia.

El Juzgado de Primera Instancia acogió la oposición de la demandada y condenó a la misma a pagar a la demandante una suma inferior a la reclamada en la demanda, de conformidad con lo establecido sobre el límite cuantitativo de la responsabilidad de la porteadora.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la aseguradora demandante y amplió la cuantía de la condena de la porteadora a la suma total reclamada por la misma, al considerar que no operaba en el caso el límite de responsabilidad establecido en el an-



2010/145101

TS Sala 1ª, Sentencia 15 julio 2010. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Por pérdida de mercancía

## Condena de entidad porteadora en el ejercicio de acción subrogatoria de aseguradora

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia de apelación que estimó íntegramente la demanda interpuesta por la aseguradora de un transporte aéreo internacional de mercancías, subrogándose en la posición de la entidad asegurada conforme a lo dispuesto en el art. 43 de la LCS, condenando a la entidad porteadora a abonar la cantidad que la actora había pagado a la compradora y destinataria de la carga en concepto de indemnización en base al contrato de seguro para el caso de pérdida, dado que la mencionada demandada fue la responsable del daño patrimonial producido a la indemnizada.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La demandante - AIG Europe, SA -, aseguradora de un transporte aéreo internacional de mercancías, pagó a la compradora y destinataria de la carga - Inditex, SA - la indemnización prevista en el contrato de seguro para el caso de pérdida y, subrogándose en la posición de la asegurada, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 50/1.980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, pretendió en la demanda la condena de la porteadora - Alitalia Linee Aeree Italiane SPA, SA -, a la que señaló como responsable del daño patrimonial producido a la indemnizada, a abonarle la cantidad que había entregado como indemnización.

A lo largo de la tramitación del proceso ha enfrentado a las dos sociedades litigantes un distinto criterio sobre si la responsabilidad de la

porteadora resulta favorecida o no por la limitación cuantitativa establecida en el artículo 22, ordinal segundo, del Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional - de 12 de octubre de 1.929, ratificado por España el 31 de enero de 1.930, Gaceta de Madrid núm. 233, de 21 de agosto de 1.931 -. Esa es, al fin, la cuestión nuclear del recurso de casación que hemos de resolver.

Los datos que conforman el sustrato fáctico del debate han quedado identificados en la segunda instancia:

Inditex, SA compró en Nueva Delhi dos mil setecientos chaquetas de cuero a la sociedad india Pal Enterprises PVT Limited, con cláusula CIF.

La vendedora contrató, por medio de una agencia de transportes, el

tes citado artículo del Convenio de Varsovia.

Contra la sentencia del Tribunal de apelación ha interpuesto recurso de casación la porteadora demandada por dos motivos, en cuyo examen entramos seguidamente.

SEGUNDO. En el primero de los motivos de su recurso de casación, Alitalia Linee Aeree Italiane SPA, SA denuncia la infracción del artículo 18, ordinal tercero, del Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, ultimado el 12 de octubre de 1.929, ratificado por España el 31 de enero de 1.930 - Gaceta de Madrid núm. 233, de 21 de agosto de 1.931 -.

Establece la norma señalada como infringida que " el periodo de transporte aéreo no comprende ningún transporte terrestre, marítimo o fluvial efectuado fuera de un aeródromo. Sin embargo, cuando dicho transporte se efectuare en ejecución del contrato de transporte aéreo para fines de carga, entrega o transbordo, todo daño se presumirá, salvo prueba en contrario, como resultante de un hecho acaecido durante el transporte aéreo ".

Alega la recurrente que la pérdida de las mercancías se produjo mientras eran transportadas en camión, pero en la ejecución del contrato de transporte aéreo pactado. Concluye afirmando que, conforme a lo dispuesto en la mencionada norma, su responsabilidad debía quedar sometida a las reglas del Convenio y, por ello, a las que regulan la limitación.

El motivo se desestima.

La responsabilidad del porteador por pérdida de mercancías que regula el Convenio, sólo es la derivada de un hecho que se produzca " durante el transporte aéreo " - ordinal primero del artículo 18 -.

El transporte aéreo comprende, a los referidos efectos, el tiempo durante el que las mercancías están bajo la custodia del porteador - ordinal segundo del artículo 18 -, sea en un aeródromo, sea a bordo de una nave o sea en un lugar cualquiera, esto último en caso de " aterrizaje fuera de un aeródromo " - mismos ordinal y artículo -.

El periodo de transporte aéreo no comprende ninguno terrestre (marítimo o fluvial), " efectuado fuera de un aeródromo ", a no ser que se cumplan dos condiciones: 1ª) Que se hubiera realizado " en ejecución del contrato de transporte aéreo "; y 2ª) que tuviera como fin la " carga, entrega o transbordo ".

Además, en este último caso de daños producidos en la ejecución de un transporte terrestre (marítimo o fluvial) fuera de un aeródromo para alguno de los mencionados fines, la

norma se limita a establecer la presunción iuris tantum de que el daño resultó " de un hecho acaecido durante el transporte aéreo ".

En el supuesto a que se refiere el recurso, aunque Alitalia Linee Aeree Italiane SPA, SA no se hubiera liberado del deber de custodia de la carga, la pérdida de la parte de la misma a que se refiere la sentencia recurrida no se produjo durante el transporte aéreo - ni durante la ejecución de un transporte terrestre para fines de carga, entrega o transbordo -. Antes bien, se originó durante la realización de un transporte terrestre, convenido por ella, no para complementar aquel, sino para sustituirlo.

Y, aunque, en contra de lo dicho, se quisiera entender, como sostiene la recurrente, que el transporte terrestre se realizó " en ejecución " del aéreo, la presunción que establece el artículo 18, ordinal tercero - en el que el motivo se apoya - habría quedado destruida por la demostración de que la pérdida se produjo por una distracción del transportista terrestre al no vigilar debidamente el camión en un área de servicio en una autopista española.

No es, por tanto, aplicable a la responsabilidad de la porteadora recurrente el límite de responsabilidad establecido en el Convenio.

TERCERO. Se desestima el recurso de casación de la porteadora demandada, sin necesidad de dar respuesta, por venir incluida en la ya dada:

Al motivo segundo del recurso de casación de la misma porteadora, en el que denuncia la infracción de los artículos 22, apartado 2, y 25 del Convenio de Varsovia - que, respectivamente, establecen las reglas para la determinación del límite de responsabilidad y las excepciones a su aplicación -, pues ya se ha dicho que esos preceptos no resultan aplicables a la responsabilidad de la recurrente, en cuanto originada por la pérdida de parte de la carga durante la ejecución de un transporte terrestre - sobre cuyo régimen ninguna cuestión se ha planteado -.

Y al contenido voluntario del contrato de transporte aéreo - mencionado en el primero de los motivos del recurso -, ya que lo que se ha planteado no es determinar si Alitalia Linee Aeree Italiane SPA, SA responde por la pérdida - que es a lo que se refieren las cláusulas mencionadas por la recurrente -, sino si lo hace sólo dentro de los límites establecidos en aquel Convenio.

Lo que no excluye afirmar que la interpretación de las reglas contractuales queda fuera del control casacional, salvo que haya infracción de las normas que la disciplinan, lo que no sucede en el caso.

CUARTO. Las costas del recurso de casación de casación quedan a cargo de la recurrente, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### FALLO

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Alitalia Linee Aeree Italiane SPA, SA, contra la Sentencia dictada, con fecha treinta de enero de dos mil seis, por la Sección Vigésimo quinta Bis de la Audiencia Provincial de Madrid, con imposición de costas a la recurrente.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Ramon Ferrandiz Gabriel, 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.



TS Sala 4ª, Sentencia 22 junio 2010. Ponente: D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

## Cuantía de base reguladora de pensión por IPA de beneficiaria mayor de 65 años

*Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión de la beneficiaria accionante sobre cuantía de prestación de IPA. Declara el Tribunal, que la sentencia recurrida infringe el art. 139,5 LGSS, cuyos términos son absolutamente claros, pues tanto si se trata de IPT como si es IPA, en el caso de beneficiarios mayores de 65 años que no pueden acceder a la pensión de jubilación por acreditar un período de cotización inferior a quince años, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será el 50% de la base reguladora.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El asunto debatido consiste en determinar cual es el porcentaje a aplicar para calcular la cuantía de una pensión de incapacidad permanente cuando quien accede a ella ha cumplido ya 65 años pero no tiene la carencia necesaria, quince años, para lucrar una pensión de jubilación. La sentencia recurrida estima que se debe aplicar el porcentaje del 100 por 100, por tratarse de una incapacidad absoluta, directamente a la base reguladora. Por el contrario, la sentencia de contraste estima que, en aplicación del artículo 139.5 de la LGSS, añadido por la Ley 35/2002, de 12 de julio, se debe aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda al "período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación", es decir, el 50 por 100. Es evidente

que se da la contradicción exigida por el artículo 217 de la LPL, siendo por completo irrelevante, para la cuestión debatida, que el grado de incapacidad reconocido en la sentencia recurrida fuera el de absoluta y en la de contraste el de total.

SEGUNDO.- La solución correcta es la de la sentencia de contraste. La recurrida, por el contrario, infringe el citado artículo 139.5 de la LGSS, cuyos términos son absolutamente claros. De hecho, la sentencia de instancia, que apreció la existencia de una incapacidad permanente total, aplicó correctamente el porcentaje del 50 por 100. El recurso de suplicación contra la misma se limitó a combatir el grado, solicitando la incapacidad absoluta, pero aceptó plenamente el pronunciamiento sobre el porcentaje, afirmando textualmente: "Asimismo, en el presente supuesto no va a producirse variación en la



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2371

Madrid, 11 de octubre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

cuantía final de la prestación". Efectivamente, así es: tanto si se trata de incapacidad total como si es absoluta, en el caso de beneficiarios mayores de 65 años que no pueden acceder a la pensión de jubilación por acreditar un período de cotización inferior a quince años, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será idéntica: el 50 por 100 de la base reguladora. Pero, insospechadamente, la sentencia recurrida eleva, sin explicación alguna, dicha cuantía al 100 por 100 de la base reguladora. Y, solicitada aclaración de la sentencia de suplicación por el INSS, que ya había advertido en su impugnación del recurso de suplicación sobre la conformidad con el criterio de la

sentencia de instancia respecto al porcentaje del 50, se rechazó la misma por las razones expuestas en el Auto de la propia Sala obrante en autos, en cuyo análisis no es necesario entrar para la resolución del caso. Procede, pues, estimar el recurso de casación unificadora que, sin combatir la declaración de incapacidad permanente absoluta que hace la sentencia recurrida, se limita a postular que la cuantía de la pensión sea equivalente al 50 por 100 de la base reguladora, con las revalorizaciones que procedan.

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 el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 24 de noviembre de 2008 y revocamos la sentencia recurrida en el aspecto referido a la determinación de la cuantía de la incapacidad permanente absoluta concedida, en los términos expresados en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia, confirmándola en lo demás. 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. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## 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

2010/113289

TS Sala 1ª, Sentencia 5 mayo 2010.  
Ponente: D. Francisco Marín Castán

#### Desahucio de arrendatario derivado de incumplimiento de obligación de abastecimiento en exclusiva de gasolinera

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia de apelación que, al igual que la de primera instancia, condenó a la demandada -aquí recurrente- al desahucio de la estación de servicio de la que era arrendataria y al pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la petrolera actora, dado que ha quedado acreditado el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones de abastecimiento en exclusiva y de mantener la gasolinera abierta al público.

2010/113271

TS Sala 1ª, Sentencia 15 junio 2010.  
Ponente: D. Román García Varela

#### Improcedente desahucio por impago del impuesto de bienes inmuebles

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia

impugnada que ratificó el criterio de la sentencia de primera instancia entendiendo que, si bien correspondía a la arrendataria el pago del impuesto de bienes inmuebles, el incumplimiento de esa obligación no puede fundamentar la resolución del contrato pretendida por la arrendadora porque no se puede calificar el citado impuesto como renta ni como cantidad asimilable a la misma y, por tanto, no cabe solicitar el desahucio por impago de la cantidad debida por el impuesto.

### TS PENAL

2010/78771

TS Sala 2ª, Sentencia 10 mayo 2010.  
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

#### Aplicación de agravante de abuso de confianza en condena por delito de apropiación indebida

Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito de apropiación indebida. Sostiene el Alto Tribunal que de los hechos se sigue que fue, precisamente, la relación familiar la que hizo que los ahora perjudicados hubieran aceptado dar a la relación con los condenados un tinte de informalidad que sólo ese vínculo podría explicar, y que habría estado ausente de un operación entre extraños que, en términos de experiencia co-

rriente, es razonable inferir se habría visto rodeada de mayores cautelas. Por tanto, es claro que los acusados se valieron instrumentalmente de ese factor de confianza debido a la relación de parentesco. Y esto dota a su conducta de un plus de reprochabilidad, que confiere pleno fundamento a la estimación de la circunstancia en cuestión.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/92296

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 12 mayo 2010.  
Ponente: D. Agustín Puente Prieto

#### Terreno expropiado valorado como suelo urbanizable por estar afecto a sistemas generales

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Aragón que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Zaragoza, que fijó el justiprecio de la finca propiedad de los actores afectada por las obras "AVE, Corredor Noroeste- Línea de Alta de Velocidad Zaragoza-Huesca-Canfranc. Tramo Zaragoza-Zuera". La Sala rechaza la alegación relativa a que el terreno expropiado debe ser valorado como suelo urbanizable por estar afecto a sistemas

generales, ya que la incidencia de la valoración de los terrenos en la expropiación de los afectados por la misma obra ferroviaria para la construcción del AVE a que se refiere el presente recurso, fue analizada en la citada sentencia de 9 diciembre 2009 que rechazó la asignación de la condición de urbanizable para dichos terrenos. Por último se rechaza que exista infracción de la jurisprudencia que permite enervar la presunción de acierto y veracidad de las resoluciones del Jurado Provincial mediante prueba en contrario.

### TS SOCIAL

2010/140230

TS Sala 4ª, Sentencia 17 junio 2010.  
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

#### Diferencias salariales por ejercicio de funciones de superior categoría no constitutivas de desigualdad

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada Junta de Andalucía contra sentencia que la condenó a abonar al perito judicial no diplomado accionante diferencias retributivas respecto de la superior categoría de perito judicial diplomado. Explica la Sala que en el caso de autos no es aplicable la doctrina tradicional sobre el derecho a diferencias retributivas por el ejercicio de funciones de superior categoría, porque en la definición efectuada en el convenio colectivo aplicable resulta la identidad de funciones entre las dos categorías profesionales comparadas, diferenciadas exclusivamente por el título exigido para su desempeño, por lo que el demandante no realiza funciones de categoría superior, sino las propias de su categoría ostentada, aunque las mismas sean coincidentes con las de la categoría superior.