



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 2868

Madrid, lunes 13 de septiembre de 2010



TS PENAL

2010/62044

TS Sala 2ª, Sentencia 29 abril 2010. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Doble vulneración de bienes jurídicos autónomos

Robo con intimidación y detención ilegal en concurso ideal

Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de allanamiento de morada, robo con intimidación, tenencia ilícita de armas, detención ilegal y lesiones. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que establece que cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva previa y necesariamente la inmovilización de la víctima como medio para conseguir el desapoderamiento y esta situación se prolonga excediendo del mínimo indispensable para cometer el robo, máxime cuando su objeto es incluso indeterminado y a expensas de lo que puedan despojar los autores, la relación de concurso ideal es la solución adecuada teniendo en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Lidia

PRIMERO.- El motivo primero por la vía del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del derecho fundamental recogido en el art. 24.2 CE. en cuanto al derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, por cuanto la recurrente ha sido condenada utilizando como base probatoria las intervenciones telefónicas que permitieron identificarles y relacionarles con el hecho ilícito, las cuales son nulas por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Se argumenta en síntesis en el motivo que en el oficio inicial de la Policía de fecha 10.1.2006 solo se realizan afirmaciones genéricas sobre la existencia de grupos de personas que se dedican al tráfico de hachís a gran escala, señalando como se ha tenido conocimiento por diversas fuentes

de la existente de un grupo asentado en Málaga, conocimiento por tanto, adquirido por fuentes anónimas, que la policía no debió dar por buenas sin proceder a investigar las mismas. Conocimiento anónimo que permitió afirmar la existencia de un tal Pedro Enrique que estaría preparando el secuestro de una persona de origen marroquí, manteniendo contacto con otra persona de igual origen que sería quien le facilitaría esa información sobre posibles víctimas, identificándose mediante vigilancia y gestiones a Emiliano, se afirma que Pedro Enrique contaría al menos con tres personas más que se han podido identificar físicamente por nombres y apodos, se dice que se ha podido detectar la utilización de este grupo de su domicilio en la calle Malpica, sin haber podido especificar el número por las medidas de seguridad adoptadas, y se aporta el nombre propio del hijo de Pedro Enrique, el de un español del que solo se aporta el podo, el vasco; y un argelino apodado Pelosblancos.

Con todo lo anterior se solicita la intervención telefónica que se acuerda por auto de 10.1.2006, que se basa, por ello, en motivos que no son suficientes como para en base a ellos limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Como decíamos en SSTs. 875/2007 de 7.11 y 25/2008 de 29.1, la diligencia de intervención telefónica debe respetar unas claras exigencias de legitimidad constitucional, cuya concurrencia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas.

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

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

Esta exigencia de motivación conecta la cuestión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una resolución suficientemente fundada, de tal modo que, teniendo en cuenta las características del caso concreto, puedan conocerse las razones del acuerdo adoptado por el órgano jurisdiccional. El artículo 120.3 de la Constitución impone contundentemente la motivación de las resoluciones judiciales, lo cual ha sido especialmente recordado por el Tribunal Constitucional y por esta misma Sala cuando se trata de decisiones que suponen una restricción de derechos fundamentales, ya que en estos casos, es exigible una resolu-

SUMARIO

TS

CIVIL

Inexistente vulneración del derecho a la intimidad y la imagen con la publicación de reportaje fotográfico 10

PENAL

Robo con intimidación y detención ilegal en concurso ideal 1

ADMINISTRATIVO

Anulación de D 27/2004 en lo relativo a los requisitos de titulación de los puestos de trabajo 11

SOCIAL

Efectos "ex tunc" de la anulación de un precepto de un convenio colectivo 13

Naturaleza indefinida de relación laboral de interinos de centro penitenciario 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

ción 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 revisen 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 es-

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

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

Debe por tanto motivarse la necesidad de la autorización (STS. 299/2004 de 19.9), sostenida en razonamientos suficientes a partir de indicios o, cuando menos, sospechas sólidas y seriamente fundadas acerca de la concurrencia de los requisitos de hechos, comisión de delito y responsabilidad en el mismo del sujeto pasivo de la restricción del derecho, que no sólo cumpla con las exigencias constitucionales de fundamentación de las Resoluciones judiciales (art. 120.3 CE) sino que, además, permita la ulterior valoración de la

corrección de la decisión por parte de los Tribunales encargados de su revisión, a los efectos de otorgar la debida eficacia a los resultados que pudieran obtenerse con base en ella o por vía de Recurso contra la misma (STS. 999/2004 de 19.9).

Por ultimo 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 integra incluso en la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias constitucionales y legales, de tal suerte que se pueda llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SS.T.S. 4 y 8.7.2000).

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

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

razonabilidad y subsiguiente proporcionalidad adecuada al caso, 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 jurisprudencial expuesta ha de conllevar la desestimación del motivo.

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 excluirla 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 criminis 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 consideren 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.

En el caso presente, tal como se razona en la sentencia impugnada, el Grupo Policial, Udyco explica los indicios policiales deducidos de los seguimientos, y vigilancias consecutivas a estas informaciones anónimas y que sustentan el oficio de petición de intervención telefónica, y el auto judicial de 10.1.2006, de forma motivada valora la proporcionalidad de la medida interesada, concreta los datos de los teléfonos que van a ser objeto de intervención y de sus titulares, analiza detalladamente los indicios facilitados por la policía y en los que se sustenta la petición y tras valorar la necesidad de la medida, y los preceptos legales que la amparan, llega a la conclusión de que procede acordar la intervención de los teléfonos interesados, concretamente, aparecen perfectamente identificados, Alexander y Pedro Miguel y las actividades que vienen realizando, junto a terceros no inculcados en esta causa que, como se verá más adelante, resultan corroboradas por las escuchas realizadas, constatándose los indicios derivados de las investigaciones y seguimientos policiales. Se van sucediendo las informaciones policiales, dando cuenta puntualmente al juez instructor, incluso antes de que termine el mes por el que se autorizó la primera intervención telefónica, así constan en las actuaciones numerosos oficios policiales en los que se solicitan nuevas intervenciones, ce-

ses y prórrogas de las ya existentes, explicando y justificando cumplida y sobradamente las razones que las motivan, hasta el momento final, en el que se solicita el cese de todas las intervenciones en vigor, dando cumplida cuenta de las razones que les llevan a solicitar del Juez el cese de la medida, cual es la detención de Pedro Miguel, Lidia, Rodrigo y posteriormente de Alexander y Elías por su presunta participación en un robo con violencia.

El primer oficio policial, de 10 de enero, el segundo de 2 de febrero, 8 de febrero, 21 de febrero, 24 de febrero, 2, 8, 14 y 21 de marzo, 6 y 27 de abril, informando en éste último de las detenciones señaladas. Consecuentemente, a cada uno de los oficios policiales le siguen las correspondientes autorizaciones motivadas del juez instructor, así los autos que preceden al primero, de fecha 10 de enero, y el de la misma fecha que decreta el secreto de las actuaciones, los autos de fecha 2 y 8 de febrero en el que se prorroga el secreto de las actuaciones, 22 y 24 de febrero, 6 y 13 de marzo, 7 de abril y finalmente, el auto de fecha 4 de mayo, ordenando el cese de todas las intervenciones en vigor, una vez detenidos, los días 26 y 28 de abril los autores materiales del robo con violencia y de otros relacionados con éstos que pudieran resultar implicados. Simultáneamente a estas diligencias policiales y resoluciones judiciales, constan en las actuaciones numerosas providencias que dan cuenta de las entregas sucesivas en el juzgado, por parte de los investigadores, de los soportes originales de las grabaciones llevadas a cabo, puestas a disposición de la Secretaría del mismo, ordenando su audición y el cotejo de transcripciones en el momento procesal oportuno. Todo lo cual refleja cabalmente el control exhaustivo que de toda la operación policial ha realizado el instructor, cumpliendo de forma adecuada con todos los controles de constitucionalidad y de legalidad ordinaria exigibles en estos casos. En definitiva, vemos que se acordaron a partir de amplios y detallados oficios policiales que se tradujeron en autos motivados, acordes con los principios constitucionales antes analizados, tanto el primer auto, del que arranca la causa, como de los siguientes en los que se acordaron las demás intervenciones telefónicas y las escasas prórrogas que se solicitaron, pues se trata de personas que cambiaban frecuentemente de teléfonos móviles.

Tampoco se aprecia infracción alguna de los requisitos de legalidad ordinaria que podía impedir que tuvieran eficacia probatoria como medio de prueba de cargo.

Constan las transcripciones de las intervenciones telefónicas y posteriormente la diligencia de autenticación de las cintas por la Sra. Secretaría Judicial, que tras llevar a cabo la audición de las cintas, hizo

constar que las transcripciones aportadas por la UDYCO a estas actuaciones coinciden en lo esencial con el contenido de la grabación y consta así mismo las actas de audición de cintas, 1 de junio de 2007 (Fol. 1595), 12 de septiembre de 2007 (Fol. 1665) y 19 de octubre de 2007 (Fol. 1668), recogiendo en una de ellas algunas incidencias técnicas que no afectan en lo esencial a los hechos objeto de enjuiciamiento y desde luego en modo alguno a las transcripciones y escuchas que se produjeron los días 23, 24, 25 y 26 de abril entre algunos de los inculpadados, concretamente entre Pedro Miguel y Alexander y entre éste con Elías y otros. A ello hay que añadir que en el acto del juicio oral, en el trámite de la prueba documental, dada la palabra al Ministerio Fiscal, interesó la lectura de algunos de los folios correspondientes a las intervenciones telefónicas, en concreto, las conversaciones mantenidas entre el padre y el hijo y entre el primero y otros, los días 23 (cuando ocurrieron los hechos) 24, 25 y 26 (cuando se llevó a cabo la detención de Pedro Miguel, Lidia y Rodrigo), procediéndose por la Sra. Secretaria a la lectura de los folios indicados.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

TERCERO.- El motivo segundo se interpone por infracción de Ley del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPI. por vulneración del derecho de presunción de inocencia del art. 24 CE. al haber sido condenada por un delito de detención ilegal, cuando este delito quedaría absorbido por el delito de robo, así como se ha impuesto la agravante de superioridad no dándose la misma.

Como hemos dicho en STS. 1323/2009 de 30.12 la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas (art. 8 CP.) o de delitos, real (art. 73) o ideal (art. 77) ha de ser una valoración jurídica según la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante el concurso de normas, y en caso contrario, ante un concurso de delitos, real o ideal (STS. 1424/2005 de 5.12). O dicho de otra forma: si la privación de libertad es un instrumento necesario y proporcionado para el apoderamiento de la cosa habrá concurso de normas, con absorción de la detención ilegal por el robo violento, en caso contrario, estaremos en un concurso de delitos (STS. 479/2003 de 31.3, 12/2005 de 20.1).

Por atender a los diversos supuestos se suele atender a los siguientes criterios, según se señala en las SSTs. 282/2008 de 22.5 y 814/2009 de 22.7.

a) Duración, conforme al cual cabe hablar de un límite mínimo por razón del cual se estima absorbida la

detención por el delito patrimonial si dura un período de tiempo mínimamente irrelevante (Tribunal Supremo Sala 2ª, núm. 856/2007, de 25 de octubre, rec. 11.189/2006: lo que excluye el delito en caso de privaciones de libertad instantáneas o fugaces), y de un límite máximo que permite diferenciar la calificación de un concurso medial frente a un concurso real. Este criterio adolece de cierta ineludible indeterminación, puesta de relieve en nuestra Sentencia núm. 1539/2005, de 22 de diciembre, rec. 211/2005.

b) No exigencia, fuera de tales casos de un especial elemento subjetivo de desprecio a la víctima, distinta de la que supone el dolo como expresión del conocimiento y voluntad de privar a otra persona de dicha libertad ambulatoria (ibídem).

c) Se advierte que la regla del artículo 77.2 del Código Penal exige que la relación de funcionalidad sea caracterizable como necesaria, de tal suerte que no basta la instrumentalidad de la privación de libertad, procurada a tal fin por el autor, si la sustracción no lo exigía de manera necesaria. (STS núm. 590/2004, de 6 de mayo). La no necesidad funcional de la privación de libertad para la comisión del otro delito, cuya ejecución es realizable prescindiendo de la privación de libertad, en alguna sentencia se traduce en la calificación de los hechos como autónomos (STS 2ª núm. 622/2006, de 9 de junio, rec. 1.719/2005), siquiera este criterio no signifique cosa diversa que la ausencia de aquella necesidad medial, que expusimos en la Sentencia de esta Sala, núm. 1.539/2005, de 22 de diciembre, rec. 211/2005; y debiendo además atenderse, para calificar esa necesidad funcional, también a la gravedad del atentado a la libertad ya que, como dijimos en nuestra Sentencia, núm. 71/2007, de 5 de febrero, rec. 857/2006, los supuestos en los que robo y detención concurren independientemente, sin poder atribuirse ese carácter medial por la excesiva gravedad de esta segunda infracción, respecto de su necesidad para la comisión del acto depredatorio o su innecesaria prolongación en el tiempo con respecto a éste, han de calificarse de concurso real.

Dada la naturaleza de las referencias -necesidad, conveniencia- es imprescindible examinar las características y circunstancias de cada caso.

Así recientemente hemos recordado en la STS núm. 430/2009 de 29 de abril, que la jurisprudencia ha exigido para entender que la privación de libertad no queda absorbida en la dinámica propia del robo, que el encierro o el traslado no queridos rebasen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo, debiendo quedar excluidas del tipo sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria

desplegada por los agentes, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio.

En igual sentido la STS 447/2002 de 12 de marzo, conforme al criterio de atención a las circunstancias del caso concreto pudo decir que, por lo que se refiere al robo con intimidación, si la privación de libertad es la imprescindible para consumar el apoderamiento, la detención quedaría absorbida -Sentencias de este Tribunal núms. 501/2004 de 14 de abril, 178/2003 de 29 de mayo ó 372/2003 de 14 de mayo-.

El concurso será el previsto en el art. 77 del Código Penal cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo o se produzca durante la dinámica comisiva del mismo. Así en los casos de detención para despojar a la víctima de sus cosas muebles o para asegurar la ejecución del robo o la fuga del culpable (SSTS. 1008/98 de 11. de septiembre, 1620/2001 de 25 de septiembre, 1652/2002 de 9 de octubre).

Por el contrario, si la detención excede del tiempo necesario para llevar a cabo el acto depredatorio, o surge el robo después de la detención, existiría también una situación de concurso real -Sentencias de este Tribunal de 29 de noviembre de 2000 y 477/2002 de 12 de marzo.- Y lo mismo dijimos en la núm. 587/2008 de 25 de septiembre, donde establecimos que cuando la privación de libertad está encaminada a trasladar a la víctima a otro lugar donde consumar el delito principal, por razones derivadas de la conveniencia del autor unidas a las características de aquel, se ha de considerar, como se hizo en ocasiones, como concurso real. Y se penan separadamente ambas infracciones.

En definitiva -decíamos en la STS. 179/2007 de 7.3- este concurso será real (art. 73 CP.) cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (STS. 1334/2002 de 12.7), cuando ya el delito de robo se ha consumado (SS. 30.10.87 y 14.4.88), aunque la detención se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo (SS. 21.11.90 y 3.5.93), como ocurre: cuando los acusados de robo, perseguidos inmediatamente por los policías, consiguen ponerse fuera de la vista y alcance de éstos y después realizan la privación de libertad de las personas que están en una vivienda para que les oculten (STS. 646/97 de 12.4); o cuando la detención se prolongó después de finalizado el robo, obligando a la perjudicada a trasladar a los autores de los hechos lejos del lugar donde estos se habían producido (STS. 655/2000 de 11.4), o si concluido el robo, los autores realizan otra acción para evitar la libertad de la víctima (STS. 1890/2002 de 13.11).

Deberá apreciarse un delito de detención ilegal cuando la privación de la libertad en la víctima, por su duración o por sus especiales características, presente una entidad cuyo aspecto negativo en cuanto ataque al bien jurídico protegido, no quede cubierto por la sanción del delito de robo. Tal ocurrirá cuando se prolongue por más tiempo del necesario para ejecutar el apoderamiento o cuando se desproporcione en función del delito de robo concreto cometido. En definitiva, cuando objetivamente tenga mayor entidad el ataque a la libertad que el ataque al patrimonio, aún considerando la inevitable privación de libertad que conlleva (SSTS. 479/2003 de 31.3, 12/2005 de 20.1).

Por eso esta Sala ha dicho, en un caso de robo cometido con armas en que, además se ató y amordazó a las víctimas, que la privación de la libertad fue desde el primer momento un elemento adicional a la violencia ejercida por los autores mediante las armas que portaban, pues la acción de atar y amordazar a las víctimas aparece como un agregado sobre abundante que no puede ser considerado dentro de la unidad de la acción propia del delito de robo (STS. 273/2003 de 26.2).

CUARTO.- En el caso presente la situación que se contempla en el relato fáctico es la de una privación de libertad de dos personas que fueron atadas y amordazadas desde el primer momento por los acusados mientras cometían el robo, permaneciendo éstos en el domicilio unos 20 minutos, dejando atados y amordazados a las víctimas cuando abandonaron la vivienda, dicha privación de libertad constituye ciertamente, medio necesario, en sentido amplio y objetivo, para la comisión del robo, pero su intensidad -no olvidemos que las víctimas fueron golpeadas reiteradamente mientras permanecían inmovilizadas, resultando Ernesto con lesiones consistentes en tres heridas por arma blanca en cuero cabelludo, herida por arma blanca en zona glútea fractura costal, contusión en codo y policontusiones y hematomas, de los que tardó en curar 120 días con 60 de incapacidad, y Enriqueta con lesiones consistentes en síndrome de ansiedad aguda, de las que tardó en curar 30 días, con 14 de incapacidad para sus ocupaciones habituales- excedió de la mínima privación de libertad insita en la dinámica comisión del delito contra la propiedad afectando de un modo relevante y autónomo al bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal.

Como precisó la STS. 73/2005 de 31.1 "Cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva previa y necesariamente (artículo 77.1 C.P.) la inmovilización de la víctima como medio para conseguir el desapoderamiento y esta situación se prolonga excediendo del mínimo indispensable para cometer el robo,

máxime cuando su objeto es incluso indeterminado y a expensas de lo que puedan despojar los autores, la relación de concurso ideal (artículo 77) es la solución adecuada teniendo en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos".

Situación que sería la contemplada en autos y que determina la parcial estimación del motivo en el sentido de no estimar el concurso real apreciado en sentencia. En efecto el robo no se produjo ni surgió después de la detención sino que la intención inicial de los acusados fue siempre la depredatoria, y como la detención en lo extensivo, salvo que los acusados permanecieron unos 20 minutos en el domicilio, no está acreditada, dado que la sentencia se limita a señalar que los acusados abandonaron el domicilio dejando atados y amordazados a sus moradores y posteriormente D^a Enriqueta, que tenía las manos atadas por delante, pudo quitarse la cinta adhesiva de la boca y luego, la de las manos y los pies, para posteriormente liberar a su marido y llamar a la policía por teléfono.

Estos datos no autorizan a predicar de la detención una autonomía merecedora de su punición autónoma en concurso real con el delito patrimonial.

QUINTO.- Se plantea, a continuación, el problema de encontrarnos ante un supuesto de pluralidad de conexiones mediales encadenadas. Un delito -allanamiento de morada- es medio para cometer otro -robo con violencia-, que a su vez es medio de un tercero -detención ilegal de dos personas-.

Problema que analizamos en la STS. 179/2007 de 7.3, que, en un caso similar señaló como:

La doctrina se encuentra dividida y señala como posibles tres opciones:

1º) Aplicar el art. 77 tantas veces sean los nexos de medio a fin.

2º) Un solo concurso medial en concurso real con el delito o delitos sobrantes (criterio aplicado en las SSTS. 13.3 y 2.11.84) que se penarían con independencia.

3º) Todos los delitos en concurso medial (SSTS. 191/95 de 14.12 con cita STS. 8.7.85, homicidio frustrado, atentado y lesiones).

Descartada la primera por cuanto preventiva a serias objeciones desde el principio "non bis in idem", la posición que sostiene la aplicación del art. 77.1.2 a una de las conexiones mediales en concurso con el hecho delictivo sobrante trata de evitar el supuesto privilegio para el autor, sin embargo es contraria al sentido del precepto que quiere unificar aquellas infracciones que se encuentran en relación medio a fin de forma objetivamente necesaria. De igual manera

que el inciso primero del art. 77.1 CP. no impide el concurso ideal cuando sean más de dos los tipos realizados por una única acción, tampoco debe excluirse la apreciación de una sola conexión medial en caso de que las plurales realizaciones típicas se encuentren relacionadas teológicamente

Ahora bien, esta solución en el caso concreto, debe ser corregida, por cuanto concurren dos delitos de detención ilegal, pues fueron dos los sujetos pasivos afectados en un bien tan individual y personalísimo como es el de la libertad de forma que cada ataque infligido a este derecho fundamental dará lugar a tantos delitos independientes y distintos como sean las personas afectadas, SSTS. 1397/2003 de 16.10, cuando se quiere privar y se priva de libertad a varias personas se cometen tantos deli-

■

"...cuando la privación de libertad está encaminada a trasladar a la víctima a otro lugar donde consumir el delito principal, por razones derivadas de la conveniencia del autor unidas a las características de aquel, se ha de considerar, como se hizo en ocasiones, como concurso real. Y se penan separadamente ambas infracciones."

■

tos de detención ilegal en concurso real, pues se estima que se realizan varias acciones, STS. 788/2003 de 29.5, deben apreciarse tantos delitos como detenidos, STS. 1261/97 de 15.10.

Siendo así en el caso presente ambos delitos de detención ilegal estarían en relación de concurso medial con el delito de robo con violencia, acorde con la doctrina de esta Sala de la que son exponentes las sentencias 1588/2005 de 16.12, 73/2005 de 31.1 y 452/2003 de 18.3, que declararon, en supuestos similares, que cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los delitos de detención ilegal perpetrados como medio

para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial.

SEXTO.- Respecto a la cuestionada agravante de superioridad, art. 22.2 CP, aplicada en la sentencia a los delitos de detención ilegal, robo con violencia y allanamiento de morada, y no en el delito de lesiones, en reiterados precedentes hemos declarado la posibilidad de aplicar la agravación a todos los delitos contra las personas, pero hemos destacado, también, STS 1507/2005 de 9.12), la posible incompatibilidad de esa agravación cuando los presupuestos de la misma son necesarios para la comisión del hecho delictivo o cuando la existencia de una superioridad es inherente en el delito si este se quiere realizarlo con unas mínimas posibilidades de éxito.

Siendo así el motivo deberá prosperar.

a) Así en relación a la apreciación de esta circunstancia agravante en los delitos de detención ilegal y allanamiento de morada, debe destacarse, en primer lugar, que el Ministerio Fiscal, tal como se recoge en el apartado tercero de los antecedentes de hecho solo estimó concurrente el abuso de superioridad en el delito de lesiones y en el delito de robo, y no al resto de las infracciones imputadas a este recurrente, por lo que su apreciación en relación a los delitos de detención ilegal y allanamiento de morada supone infracción de la doctrina de esta Sala (SSTS. 4.11.86, 21.4.87, 17.6.89, 25.2.91, 3.6.92, 26.4.95), y del Tribunal Constitucional (sentencia de 29.12.89), que introdujo una importante modificación en la postura del Tribunal Supremo, consistente en entender que la regulación ofrecida por el art. 733 LE-Crim. en cuanto a la libre apreciación por el Tribunal de circunstancias agravantes no invocadas, supone una contradicción o enfrentamiento con el artículo 24.1 de la C.E., al propiciar situaciones de indefensión, y aplicando la Disposición derogatoria tercera de la Constitución, estiman derogada la referencia contenida en el penúltimo párrafo del art. 733 LE-Crim. a las circunstancias agravantes. Consecuentemente el tribunal, salvo que plantee la tesis, no puede apreciar circunstancias agravantes o subtipos agravados, que no hayan sido invocados por la acusación (STS. 500/97 de 18.4).

Y en todo caso, respecto a los delitos de detención ilegal, lo usual es que dicho delito sea cometido mediante violencia o intimidación con lo que la existencia de una situación de desequilibrio en favor de los sujetos activos viene a ser una exigencia derivada de la propia dinámica comisiva, ello tiene por consecuencia que tal circunstancia de agravación pierda su propia sustantividad por lo que de acuerdo con el art. 67 del Código Penal no pueden ser aplicadas.

En este sentido SSTS. 119/2005 de 7.2 y 137/2008 de 18.2, 447/2000 de 21.2 que declaró: "Ciertamente es que el delito de detención ilegal puede cometerse sin el uso de la fuerza contra la persona agredida (por ejemplo, mediante engaño), pero esto es tan excepcional que no debe tenerse en cuenta para la cuestión que estamos examinando. En un porcentaje elevadísimo de casos este delito se comete mediante el uso de la fuerza y para ello se busca deliberadamente una desproporción entre la situación del sujeto pasivo y la del agresor o agresores, desproporción que puede originarse por el uso de algún arma o instrumento semejante o por el número de las personas que intervienen como sujetos activos en el hecho. En esto consiste precisamente el abuso de superioridad. Por ello no cabe aplicar en el caso presente esta agravante a este delito: es inherente al mismo conforme a lo dispuesto en el art. 67 CP, no porque la Ley lo haya tenido en cuenta al describir la correspondiente figura delictiva, sino porque, salvo supuestos muy excepcionales que para el caso son irrelevantes, sin tal abuso de superioridad el delito no puede cometerse".

b) Respecto a su apreciación en el delito de robo con violencia y uso de armas del art. 242.1.2 CP, la cuestión es más controvertida. Así la STS. 29.11.2007 recogida por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación afirma que "esta circunstancia agravante concurre en el delito de robo por el que ha sido condenado el recurrente en la sentencia de instancia. Es cierto que no son abundantes los pronunciamientos sobre la existencia de esta agravante en delitos violentos contra el patrimonio, sin embargo su compatibilidad no tiene que ofrecer cuestión alguna, ya que esa circunstancia agravante se puede afirmar en todas aquellas conductas delictivas que presupongan una agresión física a la víctima, sin que exista razón alguna que limite su aplicación a los delitos contra la vida o integridad física, como se predica en el caso de la alevosía, y aún en ésta, solamente se acota: delitos contra las personas.

Es posible, por consiguiente, su apreciación en otras figuras delictivas en las que la conducta delictiva exija el empleo de la fuerza física y ello no cabe duda -dice la STS. 28.6.2005- está presente en los delitos de robo con violencia y habrá que examinar cada caso en concreto si se ha usado violencia con una víctima que se encuentra en situación evidente de desequilibrio de fuerzas, lo que ha sido aprovechado de propósito y que esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, y que exceda de la que fuera necesaria o inherente en el delito de que se trate".

Esta Sala se ha pronunciado a favor de la compatibilidad de esa circunstancia agravante con el delito de

robo con violencia. Así en la sentencia de 21 de septiembre de 1998, se analiza la posición de la jurisprudencia y se expresa que tal doctrina no ha sido unánime sobre la aplicabilidad de tal circunstancia en el delito de robo violento o intimidatorio. Ya la sentencia de 19 de diciembre de 1988, se hizo eco de esta cuestión, señalando las discrepancias. Mientras determinadas resoluciones han señalado que el abuso de superioridad se encuentra insito en el robo con intimidación -sentencias de 17 de junio de 1985, 7 de marzo de 1986 y 15 de marzo de 1987, 4 de julio de 1998, 13 de marzo de 2002-, otras han apreciado tal agravación -sentencias de 23 y 28 de enero de 1986, 4 de noviembre de 1992, 23 de marzo y 30 de noviembre de 1994 y 5 de junio de 1995, 25 de mayo de 1999, 11 de abril de 2002-. Esta última doctrina, exige para ello la concurrencia de determinados requisitos: en primer lugar, que exista una situación de superioridad o lo que es lo mismo, un destacado desequilibrio de fuerzas a favor del agresor con respecto a la víctima, por cualquier circunstancia, medios empleados, concurrencia de personas, etc. Asimismo, que tal superioridad produzca una notable disminución de las posibilidades reactivas de defensa del ofendido, sin precisar su eliminación, pues ello nos conduciría a la alevosía, de la que el abuso de superioridad es sustancia menor o incompleta en cuanto al aseguramiento de la ejecución. Finalmente, que los agresores conozcan tal situación de desequilibrio y la aprovechen para la mayor facilitación en la realización de la infracción criminal.

Ahora esta jurisprudencia proclive a la posibilidad de estimación de la agravante se refiere en la mayor parte de los casos a la figura básica del robo con violencia del art. 242 CP. en los supuestos del apartado 2, la STS. 28.3.2007, entendió que sería aplicable la regla general relativa a la inherencia del artículo 67 CP que determina la inaplicación de las reglas del artículo anterior a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, así como las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse. En el delito de robo con violencia el tipo del artículo 242 CP prevé el uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevara el delincuente, constituyendo una agravación específica, de forma que las mismas no pueden determinar la situación objetiva en que consiste el abuso de superioridad en la mayoría de los casos, como tampoco el número de los partícipes fuera de los casos taxativamente previstos en el número segundo del artículo 22 CP, es decir, servirse del auxilio de otras personas, evidentemente fuera del círculo de los autores.

Situación que sería la del caso examinado en el que la aplicación

del subtipo agravado del número 2 art. 242, determina la inaplicación de la agravante genérica del art. 22.2 CP, máxime cuando al pensarse el robo con violencia en concurso medial con el delito de detención ilegal, delito éste que constituye la infracción más grave a los efectos del art. 77.2 CP, y en el que no se ha estimado la concurrencia del abuso de superioridad, su eventual apreciación en el delito de robo con violencia, carecería de efectos prácticos en la determinación penológica del concurso que, en todo caso, sería la mitad superior de la correspondiente al delito del art. 163.1 (5 a 6 años prisión).

Recurso interpuesto por Pedro Miguel.

SÉPTIMO.- El motivo primero por la vía del art. 5.4 LOPJ, y art. 852 LECrim. por infracción de precepto constitucional, por un lado, del art. 18 CE. que garantiza el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones telefónicas en relación con lo dispuesto en el art. 11 LOPJ, así como del art. 24.1 y 2 CE, derecho del imputado a un proceso público con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba para su defensa.

Se argumenta en el motivo que la identificación de los imputados en el presente procedimiento así como la relación que se establece de los mismos con los hechos objeto de esta causa se ha realizado a partir de unas diligencias de investigación telefónica adoptadas para investigar otro tipo de delitos así como determinar la supuesta participación en los mismos de personas distintas a los después acusados. El hecho de que a través de esas escuchas acordadas y prorrogadas resultase de las mismas la presunta comisión de delitos distintos a los autorizados a investigar, debió haber supuesto una ampliación judicial para la investigación de estos nuevos delitos, lo que no se hizo. Además de esta circunstancia se infiere la absoluta falta de control judicial con que se desarrolló la injerencia en el secreto de las comunicaciones telefónicas practicadas en la presente causa, tal como resulta del "acta de audición y cotejo de conversaciones telefónicas" obrante al folio 1595. En base a todo ello solicita la nulidad de todas las pruebas obtenidas directa o indirectamente de las intervenciones telefónicas, con fundamento en la existencia de conexión de antijuricidad entre estas intervenciones y todas las pruebas posteriores, pues todas las diligencias posteriores "encuentran su razón de ser y justificación" en los conocimientos adquiridos a través de las intervenciones telefónicas.

a) Respecto a la vulneración del principio de especialidad, es cierto que en esta materia rige el principio en la investigación (STS. 998/2002 de 3.6). Así en la resolución que determine la adopción de la medida de-

berá figurar la identificación del delito cuya investigación lo hace necesario, en orden a la evaluación de la concurrencia de la exigible proporcionalidad de la decisión y la evitación de "rastros" indiscriminados de carácter meramente preventivo o aleatorio sin base fáctica previa de la comisión de delito, absolutamente proscritos en nuestro ordenamiento (STS. 999/2004 de 19.9).

Por ello el principio de especialidad justifica la intervención sólo al delito investigado, pero especial mención merecen ya en la fase de ejecución de la medida interventora de las comunicaciones telefónicas, los llamados en la doctrina "descubrimientos ocasionales" o "casuales", relativos a hechos nuevos (no buscados, por ser desconocidos en la investigación instructora en la que irrumpen), bien conexos, bien inconexos con los que son objeto de la causa y que pueden afectar al imputado y/o a terceras personas no imputadas en el procedimiento, titulares o no del teléfono intervenido.

La solución jurídica relativa a estos descubrimientos ocasionales no es uniforme en la doctrina y así en la STS. 25/2008 de 29.8, distinguimos:

1) Si los hechos descubiertos tienen conexión (art. 17 LECrim.) con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto, posteriormente de prueba.

2) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera "notitia criminis" y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso.

Por tanto rige el principio de especialidad que justifica la intervención solo al delito investigado (STS. 3.10.96) pero los hallazgos delictivos ocasionales son "notitia criminis", sin perjuicio de que en el mismo o en otro procedimiento se amplíe o no la medida a seguir investigando el nuevo delito (SSTS. 31.10.96, 26.5.97, 19.1 y 23.11.98). En este sentido la STS. 792/2007 de 30.5, recuerda que como señaló la sentencia 276/96 de 2.4, en estos supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigar la notitia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente de la del punto de arranque. Otra cosa significaría por ejemplo, la impunidad de un grave asesinato que se descubriera en un domicilio registrado o en una intervención telefónica acordada para descubrir estupefa-

cientes para el tráfico o acreditar productos de receptación. Así dice la referida resolución: "Especialidad; principio que significa que "no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos" y que "no es correcto extender autorización prácticamente en blanco", exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado. Lo que también ha sido matizado en el sentido de que no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma (SS.TS. 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994); así como que no puede renunciarse a investigar la "notitia criminis" incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque (STS. 15 de julio de 1993).

No otra cosa aconteció en el caso que se examina tal como destaca la sentencia recurrida (FJ. 1º Pág. 11 y 12) -con cita de resoluciones de esta Sala SS. 31.10.96, 30.5.97, 11.10.94, 1165/2006 y 733/2004, partiendo de que si bien las intervenciones telefónicas se autorizaron con otro objetivo distinto: delito contra la salud pública-, también se señalaba el secuestro o detención ilegal de personas relacionadas con el tráfico y el robo con violencia referido a estas sustancias, delitos éstos que son los enjuiciados, resultando que en modo alguno puede tacharse de ilegal la prueba así obtenida, pues "inmediatamente que se tuvo conocimiento del robo con violencia llevado a cabo, ente otros por Pedro Miguel, sujeto de la investigación, unido a las conversaciones que éste mantuvo con su padre, Alexander, también sujeto investigado, el mismo día en que ocurrieron los hechos y los dos siguientes anteriores a su detención, no podía obviarse el descubrimiento y la persecución del hecho delictivo cometido, sin olvidar que ese mismo día, fueron detenidos otros dos inculcados, Lidia que reconoció desde el primero momento los hechos, con las matizaciones que luego se dirán con respecto a sí misma, inculcando directamente a su compañero, Pedro Miguel y a otro de los inculcados José Pablo, como los autores del robo con violencia y detención ilegal perpetrado, y Rodrigo que en el momento de su detención se encontraba en la casa de ambos, intentando trasladar la bolsa en cuyo interior estaban las joyas productos del robo, a la vivienda del también inculcado, como encubridor, Elías.

A partir de este momento, cesan las intervenciones, pues los hechos acaecidos son tan graves que hacen que se sacrifiquen los resultados de las investigaciones anteriores, constatadas a lo largo de las escuchas, que no pudieron ser llevadas a térmi-

no, pese a la importante carga indiciaria existente, en cuanto a presuntas operaciones concertadas de tráfico de estupefacientes, hachís y cocaína, por alguno de los ahora inculcados, Alexander y Elías y otros no encausados".

Razonamiento correcto y conforme con la doctrina jurisprudencial expuesta máxime cuando, se insiste, en el caso presente no fue necesaria la continuación de la investigación ni por tanto, la petición al Juez instructor para que modificase el delito objeto de la investigación, puesto que "cometido ya el delito y detenidos los presuntos responsables, se procedió a solicitar el cese de las mismas sacrificando las investigaciones que se habían llevado a cabo con respecto a otras actividades delictivas".

b) Con referencia a las supuestas irregularidades en la adopción inicial de la medida de intervención telefónica y posterior control de las mismas nos remitimos a lo ya razonado en relación al motivo primero de la anterior recurrente Lidia, sin que la alegación de la existencia de los problemas técnicos que en la audición de las cintas se señalan en la diligencia obrante al folio 1595, suponga vulneración de derechos constitucionales del recurrente pues con independencia de que existan algunos discos remitidos al juzgado sin haber sido previamente grabados, lo cierto es que lo que fue objeto de análisis probatorio fueron las conversaciones cotejadas por el Secretario Judicial.

c) Y en lo relativo a la existencia de una nulidad de la totalidad de la prueba derivada de la nulidad de las intervenciones telefónicas, debemos recordar la doctrina de esta Sala, mantenida entre otras, en sentencias 416/2005 de 31.3, 261/2006 de 14.3, 25/2008 de 29.1, 1045/2009 de 4.11, 1183/2009 de 1.12, al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de prácticas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) Que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de ca-

rácter procesal, por grave que sea ésta.

b) Que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por ultimo, y esto es lo mas determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa

■

"Deberá apreciarse un delito de detención ilegal cuando la privación de la libertad en la víctima, por su duración o por sus especiales características, presente una entidad cuyo aspecto negativo en cuanto ataque al bien jurídico protegido, no quede cubierto por la sanción del delito de robo. Tal ocurrirá cuando se prolongue por más tiempo del necesario para ejecutar el apoderamiento o cuando se desproporcionada en función del delito de robo concreto cometido."

■

fuerza viciada se encuentre vinculada con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial

violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe darse.

En palabras de la STS 161/99 de 3.11, es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras "tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible..." Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001.

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9, que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ., de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obteni-

das fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuricidad entre la prueba prohibida y la derivada.

En similar dirección el Tribunal Constitucional en reciente sentencia 66/2009 de 9.3, ha precisado que la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuricidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuricidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (por todas SSTC. 81/98 de 2.4, 22/2003 de 10.2).

Por último el Tribunal Constitucional ha afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el control casacional a la comprobación de la razonabilidad del mismo (STC. 81/98 de 2.4, citando ATC. 46/83 de 9.2, y SSTS. 51/85 de 10.4, 174/85 de 17.12, 63/93 de 1.3, 244/94 de 15.9).

Por otra parte se ha mantenida la desconexión de antijuricidad por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración de autoincriminación, no solo de acusado en plenario (SSTC. 136/2006 de 8.5, 49/2007 de 12.3) sino incluso de imputado en instrucción (SSTC. 167/2002 de 18.9, 184/2003 de 23.10) "en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas". En igual dirección esta Sala, STS. 1129/2006 de 15.11, ha precisado que "En consecuencia, en las condiciones antes descritas, la confesión de los hechos por parte del imputado

o acusado, que puede obedecer a distintas causas, debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece, y cuyas consecuencias debe asumir. Es posible, por lo tanto, valorar tal declaración como prueba de cargo válida, en tanto que desvinculada de la prueba ilícita", y STS. 812/2006 de 19.7 "A este respecto, conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 8/2000, de 17 de enero), ha declarado que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba que puedan considerarse jurídicamente independientes de la prueba contaminada, aun cuando estuvieran ligados a ella en el plano de la causalidad material. Un supuesto de este género es el que concurre cuando, por ejemplo, lo conocido inicialmente a través de una interceptación telefónica ilegítima, tiene luego válido acceso al juicio y al conocimiento judicial merced a la confesión de los acusados, que hubieran aceptado que, en efecto, los hechos postulados como tales por la acusación habían tenido ciertamente lugar.

Más en concreto la STC 136/2006, de 8 de mayo, se ha pronunciado sobre la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión en supuestos como el presente, entendiendo que "los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. En consecuencia, 'las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental' (STC 161/1999 de 27.9)."

Ciertamente puede no ocurrir lo mismo cuando se trata de declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho cuya existencia se ha obtenido con la prueba que luego se declara constitucionalmente ilícita.

En esos casos, tanto si la declaración es policial como si es sumarial, la existencia del objeto obtenido ilícitamente condiciona la declaración del imputado, que tiende naturalmente a organizar su defensa partiendo de una realidad que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar. En algunos casos, en el momento en que se le recibe declaración ni el imputado ni su defensa han tenido oportunidad de conocer las condiciones en las que tal objeto ha sido conocido, obtenido e incorporado su existencia al proceso. Por ello, es preciso un examen detenido de cada caso para determinar si puede afirmarse que la confesión realizada lo fue previa información y con la necesaria libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad se declara posteriormente.

En el caso presente el acusado confesó su participación en los hechos en una segunda declaración ante el Instructor, solicitada por el mismo desde prisión, el 27.10.2006, esto es casi 6 meses después de su detención, declaración totalmente voluntaria y desvinculada totalmente de la eventual nulidad de las intervenciones telefónicas.

OCTAVO.- El motivo segundo por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim. por vulneración en la calificación de los hechos y aplicación de las penas de las reglas previstas en los arts. 8, 76 y 77 CP. por cuanto se condena al recurrente por dos delitos de detención ilegal a la pena, por cada uno de ellos de 5 años de prisión, cuando dicho delito debió considerarse que quedaba absorbido por el delito de robo con intimidación y uso de armas en concurso con el delito de allanamiento de morada, con la agravante de superioridad por el que resultó condenado.

El motivo coincide en su planteamiento y desarrollo con el ordinal segundo, apartado primero, del recurso interpuesto por la anterior recurrente por lo que damos por reproducidas las consideraciones y argumentos expuestos en orden a su judicial estimación.

NOVENO.- El motivo tercero por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ. y del art. 852 LECrim. al considerar infringido el art. 24 CE, en relación con el derecho a la presunción de inocencia del recurrente en lo relativo a la posesión del arma de fuego por el cual es condenado y por la vía de infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 564.1 CP.

Se argumenta en el motivo que se condena al recurrente por la posesión de un arma de fuego que se interviene a otro imputado, sin que exista certeza alguna que fuese el arma que se utilizó en el robo, atribuyéndose la tenencia a Pedro Miguel sin más

fundamento que la declaración exculpatoria del coimputado Elías.

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 razón, 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 sometiendo el coimputado al interrogatorio del Fiscal y de las partes no puede negarse valor a la intermediación 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 inculpatoria 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 determinación 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.

"... en un caso de robo cometido con armas en que, además se ató y amordazó a las víctimas, (...) la privación de la libertad fue desde el primer momento un elemento adicional a la violencia ejercida por los autores mediante las armas que portaban, pues la acción de atar y amordazar a las víctimas aparece como un agregado sobre abundante que no puede ser considerado dentro de la unidad de la acción propia del delito de robo..."

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 inculpatoria del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria 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, 6 92/2008 de 21.7).

DÉCIMO.- En el caso actual, tal como el Ministerio Fiscal señala en su escrito impugnando este motivo hemos de tener presente que la declaración del coimputado no fue exculpatoria en cuanto a la tenencia del arma, no solo porque como el propio recurrente señala en el motivo, ya fue previamente condenado por la tenencia del arma, y además al reconocer el hecho de guardar el arma utilizada en los hechos ha sido condenado por un delito de encubrimiento.

Además como elementos corroboradores constan su propia explicación de las circunstancias en que los hechos se desarrollaron que denotan esa comunicación entre el recurrente Pedro Miguel y el referido coimputado, y el hecho de que la utilización de un arma de fuego en los hechos es resaltado por las víctimas del hecho e incluso admitido por todos los acusados.

Siendo así el delito de tenencia ilícita de armas del art. 564.1.1 es un delito de propia mano que comete aquél que de forma exclusiva y excluyente, goza de la posesión del arma, aunque a veces pueda pertenecer a distintas personas o, en último caso, pueda estar a disposición de varios con indistinta utilización, razón por la cual extiende sus efectos, en concepto de tenencia compartida, a todos aquellos que conociendo su existencia en la dinámica delictiva, la tuvieron indistintamente a su libre disposición a pesar de que físicamente no pudiera ser detenida más que por uno solo si de la generación de un delito subsiguiente se tratare (SSTS. 1.6.99, 2.6.2000, 16.12.2002, 30.4.2003, 17.6.2007), siendo lo im-

portante a estos efectos, prescindiendo de que con el arma se lleve a cabo cualquier otra infracción, siendo lo importante, se repite, que ese goce plural en cuanto a los sujetos intervinientes, sea consecuencia de su común conocimiento, de una tácita unión de voluntades, de una especie de "societas scaelaris" que lleva en fin a todos los coparticipes a una responsabilidad por participación compartida (STS. 14.5.93).

En el caso presente en el relato fáctico se recoge la utilización de un arma de fuego y en los delitos cometidos en coautoría, son todos responsables de los delitos cometidos, entre ellos el de tenencia ilícita de armas al ser indiferente quien lleva el arma, bastando esa posibilidad de haberla podido utilizar, por lo que la condena de este recurrente -al igual que la de la coimputada Lidia- por este delito debe ser mantenida, siendo incluso irrelevante que la pistola encontrada en poder del otro coimputado fuese la utilizada en los hechos, al ser admitido y reconocido por todos los intervinientes esa utilización de una pistola (vid STS. 122/2007 de 20.2).

DECIMO PRIMERO.- El motivo cuarto por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de la circunstancia prevista en el art. 22.2 CP. abuso de superioridad con fundamento en criterios que resultan ya incluidos en los tipos penales por los que se le condena.

El motivo coincide con el apartado b) del motivo segundo del recurso interpuesto por Lidia, remitiéndonos a lo ya expuesto para evitar innecesarias repeticiones.

DECIMO SEGUNDO.- Estimándose parcialmente ambos motivos, las costas se declaran de oficio.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente a los recursos de casación, interpuestos por Lidia y Pedro Miguel, contra sentencia de 10 de marzo de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Primera, en causa seguida por delitos de detención ilegal, robo con violencia y otros, y en su virtud casamos y anulamos referida resolución dictándose nueva sentencia con declaración oficio costas de los respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón

Berdugo Gómez de la Torre.- José Antonio Martín Pallín.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de abril de dos mil diez.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 8 de Málaga, y fallada posteriormente por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Málaga; y que fue seguida por delitos de robo, allanamiento de morada, detención ilegal, tenencia ilícita de armas y lesiones, contra Pedro Miguel, mayor de edad, sin antecedentes penales computables, nacido el 29.12.1983 en París (Francia), vecino de Málaga y en prisión por esta causa desde el 28.4.2006, y Lidia, mayor de edad, sin antecedentes penales, nacida el 19.8.1982 en Maracay (Venezuela), con DNI. núm. 003, nacionalidad española, domiciliada en Málaga, en prisión por esta causa desde el 28.4.2006; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Dando por reproducidos los de nuestra sentencia precedente numerados 3, 4 y 5 son de apreciar dos concursos mediales: una primera conexión medial encadenada entre un delito de robo con violencia y uso de armas, allanamiento de morada y un delito de detención ilegal, y otro concurso medial entre el robo con violencia y uso de armas y el otro delito detención ilegal, sin que sea aplicable la agravante de abuso de superioridad.

Segundo.- En orden a la necesaria individualización de la pena, conforme al art. 77.2 CP. debe imponerse la pena del delito más grave en su mitad superior (5 a 6 años prisión delito detención ilegal) por lo que en el primer concurso medial, al ser tres los delitos, el reproche punitivo debe ser mayor, considerándose adecuada la de 5 años y 6 meses prisión, y para el segundo de dos delitos, la de 5 años prisión.

PARTE DISPOSITIVA

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos penales y civiles de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Primera, de fecha 10 de marzo 2009, debemos condenar y condenamos a Lidia y Pedro Miguel como autores de un delito de robo con intimidación y uso de armas en concurso medial con un delito de detención

ilegal y un delito de allanamiento de morada, y de otro concurso medial entre el delito de robo con violencia y uso de armas y el segundo delito de detención ilegal, a las penas, a cada uno de ellos, de cinco años y seis meses prisión por el primer concurso y 5 años prisión por el segundo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.-

Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- José Antonio Martín Pallín.

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



TS Sala 1ª, Sentencia 11 junio 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Al tratarse de un personaje con proyección pública

Inexistente vulneración del derecho a la intimidad y la imagen con la publicación de reportaje fotográfico

Confirma el TS la desestimación de la demanda acordada en segunda instancia en relación a la reclamación en la que se solicitó que se declarase la existencia de una intromisión ilegítima del demandante en su derecho a la intimidad y propia imagen, como consecuencia de la publicación en la revista de una exposición fotográfica del viaje que el actor había realizado a Kenia con su novia, al tratarse de un viaje privado, sin que hubiese otorgado su consentimiento.

Considera la Sala que no puede prosperar la infracción de ninguno de los derechos fundamentales invocados en tanto que nos encontramos ante una persona de proyección pública, notoriedad, popularidad, por lo que no existe lesión al derecho constitucional a la propia imagen, como tampoco del derecho fundamental a la intimidad personal ya que se trata de personaje reiteradamente protagonista de reportajes periodísticos por su notoriedad social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda que ha dado origen al proceso del que trae causa el presente recurso de casación, el actor solicitó que se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y propia imagen como consecuencia de la publicación en la revista denominada "Que me dices", en las ediciones del 1 y 8 de octubre de 2005, que hacía alusión al viaje con exposición fotográfica del viaje que el actor había realizado a Kenia con su novia, con la que iba a contraer matrimonio, al tratarse de un viaje privado, sin que hubiese otorgado su consentimiento afectando a momentos de su vida íntima y privada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al tratarse de un personaje de relevancia pública asiduo en los medios de comunicación, resultando la imágenes captadas en lugares abiertos al público,

sin que la información escrita afectara a su esfera íntima o personal al dar noticia únicamente del lugar de estancia. Sentencia que resultó confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 13ª) que inadmitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora al tratarse de un personaje de proyección pública, cuya actuación incluso privada era de interés general resultando que las fotografías fueron tomadas en lugar abierto al público y referidos a actos triviales no ungidos de reserva.

SEGUNDO.- En el personaje de proyección pública, la protección del honor disminuye (la persona que acepta su carácter público, acepta también los riesgos que ello conlleva), la de la intimidad se diluye (no totalmente, pero su círculo íntimo debe estar en parte al alcance del conocimiento público) y la de la imagen se excluye (en los casos que prevé la ley, cuando se halla en lugar público).

Sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, de forma reiterada se ha declarado que su concepto no puede enmarcarse en una definición que precise detalladamente su alcance, como ha advertido esta Sala pero necesariamente ha de tenerse en cuenta que conforma patrimonio personal que abarca lo que entra en el propio ámbito y hace necesario relacionar la cuestión con lo que constituye el espacio vital de cada uno, sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que integra su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las ingerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada, en cuyo supuesto el círculo se abre y la intimidad se comunica y como resulta lógico no es la misma para todos, ya que cada persona tiene su propia intimidad, que actúa como privacidad en exclusiva, a la que acompaña la condición de ser excluyente por mandato constitucional. Si se trata de proteger el derecho a la intimidad de una persona resulta imprescindible partir de la base de que unos hechos no están rodeados de tal intimidad, sino que, rebasando los límites de lo recóndito, se manifiestan personalmente en ámbitos abiertos al público y susceptibles de ser observados por pluralidad de personas. Por otro lado, la presente sociedad reclama noticias acerca de personajes públicos, como el demandante, cuya vida con diversas parejas se ha aireado con su consentimiento al menos tácito en diversos medios de comunicación.

En materia del derecho a la propia imagen declara la Sentencia de Pleno de esta Sala de fecha 16 de enero de 2009 en esta materia que “la importancia que en la vida de relación tienen los rasgos físicos que permiten la identificación exterior del ser humano, ha llevado al reconocimiento del derecho a la propia imagen, que se manifiesta, entre otras, en la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de aquella por un tercero no autorizado”.

La Sentencia de 18 de noviembre de 2008, determina los dos requisitos que establece la Ley y que legitiman la publicación de la imagen de una persona, esto es: Personaje de notoriedad y proyección pública e imagen captada en un lugar público abierto al público. Es decir cuando se trata de personas que ejerzan un cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público se excluye la protección de la imagen. Y, además, la referencia legal a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en un sentido amplio, la proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación

con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social.

TERCERO.- Interpone recurso de casación la parte actora, articulando el recurso en dos motivos:

- Infracción del derecho fundamental a la propia imagen, por deficiente aplicación del artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de 1982. El recurso no puede prosperar. Aceptando la argumentación de la Audiencia Provincial de Madrid, nos encontramos ante una persona de proyección pública, notoriedad, popularidad, no existe lesión al derecho constitucional a la propia imagen, y no resulta aplicable el artículo 8 de la ley orgánica 1/1982, al ser tomadas las fotografías en lugar abierto al público.

- Infracción del derecho fundamental a la intimidad personal por deficiente aplicación del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982. Igualmente debe ser desestimado. Se trata de personaje reiteradamente protagonista de reportajes periodísticos por su notoriedad social, resultando aceptada por el que su vida personal adquiera relevancia pública, como demuestra y así lo constata la Audiencia Provincial habiendo sido el centro de diferentes publicaciones, “durante los cinco años anteriores a que saliesen a la luz los de autos, que requirieron su aquiescencia”.

CUARTO.- Procede en consecuencia declarar que se desestima el recurso de casación formulado en sus dos motivos, al concurrir los elementos del carácter público del demandante y de la publicidad de su vida como cuestión de interés de la sociedad que le rodea.

Procede la imposición de las costas causadas en el presente recurso a la parte actora.

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

FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la procuradora D^a Alicia Casado Deleito en nombre y representación de D. Cayetano contra la sentencia de 16 de septiembre de 2007 dictada en grado de apelación por la Sección 13^a de la Audiencia Provincial de Madrid.

Segundo.- Condenamos a la parte actora D. Cayetano al pago de las costas causadas en el presente recurso.

Tercero.- Líbrese a la mencionada Audiencia 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.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ex-

mo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, 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 3^a, Sección: 7, Sentencia 7 abril 2010. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Anulación de D 27/2004 en lo relativo a los requisitos de titulación de los puestos de trabajo

Declara la Sala 3^a del TS, haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Extremadura, contra STSJ y estima en parte el contencioso interpuesto por el Colegio de Farmacéuticos de Badajoz contra el D 27/2004 por el que se modifican las relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y de personal laboral de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Extremadura. La recurrente aduce que, de acuerdo con lo establecido en estos preceptos, las Relaciones de Puestos de Trabajo, son el instrumento técnico mediante el que las Administraciones realizan la ordenación del personal y es a través de las mismas como crean, modifican y suprimen sus puestos de trabajo, en función de sus necesidades, y establecen los requisitos de titulación para desempeñarlos, y que estos requisitos han de vincularse a las normas sustantivas aplicables a cada caso concreto y esta operación no ha sido efectuada por la sentencia recurrida. Explica el Tribunal que, los preceptos invocados por la Junta, suministran apoyo a la decisión administrativa y contribuyen a explicarla, al igual que su denominación y ubicación en la estructura organizativa de la Dirección General de Consumo y Salud Comunitaria, no lo hacen en la medida suficiente para considerar satisfechas las exigencias de motivación que la jurisprudencia reclama.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El proceso de instancia fue promovido por el ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE BADAJOZ, mediante recurso contencioso administrativo dirigido contra el Decreto 27/2004, de 23 de marzo, de la Junta de Extremadura, que modificó las Relaciones de Puestos de Trabajo de personal funcionario y laboral de su Consejería de Sanidad y Consumo.

La demanda luego formalizada limitó su impugnación a los siguientes puestos de trabajo, todos ellos de Jefe de Sección y encuadrados en la Dirección General de Consumo y Salud Comunitaria: Control y Calidad del Mercado, de Mérida (núm. 4.358); Inspección de Consumo, de Cáceres (núm. 1.326), Inspección de Consumo, de Badajoz (núm. 1.345), Información, Formación y Educación, de Mérida (núm. 17.414) y Seguridad Alimentaria y Régimen Alimentario, de Mérida (núm. 4.519).

La sentencia recurrida en esta casación estimó el recurso jurisdiccional y anuló la actuación administrativa impugnada por no considerarla adecuada a Derecho.

En sus fundamentos de derecho, primero, rechazó la falta de legitimación del Colegio recurrente que había sido opuesta de contrario; y, más adelante, abordó lo que denominó “el fondo real de la cuestión” y lo hizo con unos razonamientos que, expuestos aquí en lo esencial, se resumen en lo que continúa.

Tras recordar las pautas constitucionales a las que debe someterse el acceso a las funciones públicas, según los artículos 23.2, 14 y 103 de la Constitución, y que el legislador, al regular las pruebas de selección o provisión de funcionarios, no puede crear desigualdades arbitrarias, es decir, diferencias que no estén referidas al mérito y la capacidad, la sentencia enumera las funciones atribuidas a veterinarios y farmacéuticos

respecto de sanidad alimentaria, consumo, calidad de mercado y seguridad medioambiental, y declara lo siguiente:

“Examinando en consecuencia, las referidas funciones, no se entiende el por qué de la resolución recurrida a la hora de atribuir el puesto a un veterinario, máxime cuando no existe motivación que lo acredite e incluso puede desprenderse la más específica aptitud de este Cuerpo”.

Invoca, después, el criterio jurisprudencial contrario al monopolio competencial a favor de una profesión determinada y termina, antes de fallar en el sentido señalado, diciendo que

“No nos situamos en consecuencia ante un supuesto de potestad autoorganizativa de la Administración en sentido estricto, sino ante la creación de un puesto de trabajo en el que se produce una discriminación arbitraria en relación al menos con la profesión farmacéutica y ello vulnera Principios Constitucionales, lo que a su vez, debe desembocar en la estimación del recurso”.

SEGUNDO.- El actual recurso de casación ha sido interpuesto por la JUNTA DE EXTREMADURA y lo apoya en cuatro motivos, todos ellos amparados en el artículo 88.1 d) de la Ley de la jurisdicción(LJCA).

El primero de ellos, que denuncia la infracción del artículo 19.1.b) de la LJCA, combate el rechazo de la falta de legitimación que fue decidida por la sentencia recurrida; y la argumentación principal que se esgrime para ello es que los puestos de trabajo impugnados sólo pueden ser ocupados por funcionarios públicos, así como que los intereses que los Colegios profesionales representan son los de los asociados en el ejercicio libre de la profesión.

El segundo de los motivos considera infringida la normativa comunitaria y estatal que cualifica a los Licenciados en Veterinaria para llevar a cabo funciones de control sanitario y de higiene de los productos alimenticios, invocando concretamente los Reales Decretos 50/1993, de 30 de enero, y 1397/1995, de 4 de agosto, así como las Directivas 89/397/CEE, de 14 de junio (traspuesta por el primero), y 93/1999/CEE, del Consejo, de 29 de octubre (traspuesta por el segundo), y el artículo 18 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad).

El tercer motivo denuncia la infracción del artículo 15.1 b), en relación con el artículo 16, ambos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.

Se aduce que, de acuerdo con lo establecido en estos preceptos, las Relaciones de Puestos de Trabajo son el instrumento técnico mediante

el que las Administraciones realizan la ordenación del personal y es a través de las mismas como crean, modifican y suprimen sus puestos de trabajo, en función de sus necesidades, y establecen los requisitos de titulación para desempeñarlos.

Se afirma también que estos requisitos han de vincularse a las normas sustantivas aplicables a cada caso concreto y esta operación no ha sido efectuada por la sentencia recurrida.

Y así mismo se viene a censurar a la sentencia recurrida que no tenga en cuenta la diferente intensidad con la que, según la jurisprudencia, se han de hacer valer las exigencias de los principios de igualdad, mérito y capacidad según se trate del ingreso en la función pública o del ejercicio por la administración de su potestad autoorganizativa.

El último motivo se refiere a las sentencias del Tribunal Constitucional que admiten la colaboración del reglamento con la ley en la organización administrativa y, en particular, la utilización de las relaciones de puestos de trabajo para precisar los requisitos de cada puesto de trabajo y sus características. Además, insiste en que, en este caso, no se ha hecho uso de la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración, porque de las normas comunitarias resulta directamente la idoneidad de la titulación de Licenciado en Veterinaria para los puestos de trabajo objeto de controversia.

TERCERO.- El escrito de oposición del COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE BADAJOZ defiende, en primer lugar la legitimación que le fue reconocida en el proceso de instancia, invocando para ello las sentencias de 29 de junio de este Tribunal Supremo y 23 de marzo de 2004 del Tribunal Constitucional.

Luego responde a los tres motivos de casación planteados sobre el problema de fondo y lo hace, en esencia, con estos argumentos o alegatos que siguen. Rechaza que haya sido infringidas las Normas Comunitarias que constituyen las Directivas 89/397/CEE, de 14 de junio, y 93/1999/CEE, del Consejo, de 29 de octubre. Aduce que la discriminación de que es objeto el personal funcionario farmacéutico en el Decreto autonómico impugnado vulnera los principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito. Y, partiendo del análisis que la sentencia recurrida realiza de las funciones de los funcionarios farmacéuticos y veterinarios, subraya que los farmacéuticos están plenamente capacitados para desempeñar las plazas que son objeto de controversia.

CUARTO.- El primer motivo de casación no puede ser acogido porque es correcta la legitimación que la sentencia recurrida reconoció al Colegio demandante con base en la

doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 45/2004, de 23 de marzo; y es suficiente a este respecto con recordar de dicha sentencia esta declaración:

“Nuestro análisis debe partir de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales, cuyo artículo 1.3 señala que son fines esenciales de los mismos «la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional». Añade el artículo 5 g) de la misma Ley que corresponde a los colegios profesionales la función de ostentar, en su ámbito, la representación y defensa de la profesión ante la Administración, instituciones, Tribunales, entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales y ejercitar el derecho de petición, conforme a la Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.3 de esta Ley.

De los preceptos transcritos se deriva que, entre de las funciones propias de los colegios profesionales, se encuentran la representación y defensa de la profesión, función diferenciada de la defensa de los intereses profesionales de los colegiados. Y así, a la defensa de los intereses de los profesionales colegiados, pueden concurrir tanto los colegios profesionales, como los propios colegiados, cuando resulten individualmente afectados, y otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales; por el contrario, cuando se trata de la representación y defensa de la profesión misma, esto es, del interés general o colectivo de la profesión, esa función representativa y de defensa, ante los poderes públicos, se ejerce por los colegios profesionales, bajo la nota de exclusividad o monopolio (artículo 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales).

Desde esta perspectiva, la defensa del ámbito competencial de la profesión, constituye una manifestación genuina de la defensa de los intereses profesionales. Cuando la Sentencia impugnada construye la noción de profesión, a los efectos de su representación y defensa ante los poderes públicos por los colegios profesionales, ciñéndola a su dimensión privada o de libre ejercicio, está introduciendo una restricción no justificada desde la perspectiva constitucional. Y, por ello, la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, fundada en la falta de legitimación activa del colegio profesional demandante, se revela desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva”.

QUINTO.- Por lo que hace a los restantes motivos de casación, debe reiterarse, como se hace a continua-

ción, lo que sobre motivos sustancialmente idénticos fue declarado en la reciente sentencia de 25 de enero de 2010 dictada por esta misma Sala y Sección en el recurso de casación núm. 4269/2006, también interpuesto por la Junta de Extremadura.

Al igual que se hizo en dicha sentencia, debe también aquí decirse que antes de entrar en el examen de los motivos de casación conviene precisar varios extremos.

En primer lugar, que no se discute en este pleito del acceso a la función pública, sino del establecimiento de los requisitos de titulación para desempeñar cinco concretos puestos de trabajo de la Dirección General de Consumo y Salud Comunitaria de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Extremadura; y que es importante tenerlo presente porque, aunque también en la provisión de puestos de trabajo rigen los derechos y principios que enuncian los artículos 23.2 y 14 y 103 de la Constitución, no lo hacen de la misma manera que en el momento de la adquisición de la condición de funcionario.

En segundo lugar, que es innegable que la ordenación del personal, objeto al que sirve la relación de puestos de trabajo, forma parte de la potestad organizativa de la Administración; y así resulta de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 30/1984 y, ahora, del artículo 74 del Estatuto Básico del Empleado Público (este precepto califica a esas relaciones de “instrumento organizativo”).

En tercer término, que ha de tenerse presente que no se cuestiona la idoneidad de los Licenciados en Veterinaria para desempeñar estos puestos y que la Relación impugnada tampoco se los reserva todos en exclusiva, pues admite, también, las especialidades jurídicas, en el núm. 1.345 (Inspección de Consumo); en ciencias de la educación y psicología, en el núm. 17.414 (Jefe de Sección de Información, Educación y Formación); y en medicina y cirugía, en el núm. 4.519 (Jefe de Sección de Seguridad Alimentaria y Régimen Alimentario).

Por tanto, toda la controversia gira en torno a si, por no admitirse en los puestos aquí polémicos también a los Licenciados en Farmacia, cuya idoneidad al respecto acepta la sentencia recurrida, el impugnado Decreto autonómico 27/2004 debe considerarse en dichos extremos contrario al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en la instancia ese debate no giró en realidad en torno al contenido de los cinco puestos de trabajo discutidos. La demanda lo planteó mediante la exposición de las capacidades o atribuciones que corresponden a los Licenciados en Farmacia y la afirmación de que les cualifican en Seguridad Alimentaria,

Salud Medioambiental e Inspecciones de Consumo y, por tanto, para ocuparlos; y la sentencia, como se ha visto, se limita a enumerar las atribuciones de veterinarios y farmacéuticos para llegar a la conclusión conocida.

SSEXTO.- La conexión existente entre los tres últimos motivos de casación justifica que sean examinados conjuntamente.

Para ello, debe de comenzarse indicando que la Administración en el ejercicio de su potestad autoorganizativa está facultada, cuando de señalar los requisitos necesarios para desempeñar los distintos puestos de trabajo se trata, para determinar, en lo que respecta a la titulación necesaria, cuál o cuáles de las que capacitan para las funciones del mismo, han de poseer quienes los ocupen. Es decir, no tiene por qué incluir a todas las que ofrecen esa capacitación, aunque sí debe explicar las razones por las que opta entre las posibles y es en este punto donde debe ofrecer una justificación que excluya toda arbitrariedad en la decisión.

Aquí, como se ha visto, la Junta de Extremadura ha escogido —para unos puestos de trabajo cuyo contenido gira en torno al control sanitario y la higiene de los alimentos y el consumo, cuestión no controvertida— a funcionarios que estén en posesión de las Licenciatura en Veterinaria, en todos los casos, y, además, de las de Derecho, Ciencias de la Educación, Psicología y Medicina y Cirugía, aparte de exigir en todos los casos experiencia en gestión de la salud o del consumo, entre otros requisitos.

La opción por los Licenciados en Veterinaria está justificada porque normas generales, europeas y estatales, expresamente les incluyen entre quienes están especialmente capacitados para ser agentes cualificados en el control de los alimentos (artículo 2 del Real Decreto 1397/1995 y normas correspondientes de la Directiva 93/1999, del Consejo) o relacionan las actividades de Veterinaria de Salud Pública con el área de la higiene alimentaria (artículo 18.12 de la Ley General de Sanidad).

Por tanto, desde estas premisas, no puede considerarse arbitrario que se requiera para cubrir esos puestos de trabajo el título de Licenciado en Veterinaria.

De este modo, el problema a resolver no es el de la justificación de una exclusividad que sólo se da en dos puestos de trabajo de los cinco impugnados, sino el de decidir si el Decreto ha vulnerado los preceptos alegados en la instancia por no incluir también en todos ellos a los funcionarios con especialidad en farmacia.

Ahora bien, para que pueda alcanzarse una respuesta afirmativa, no sólo es preciso establecer que poseen

las mismas o superiores cualificaciones que los Licenciados en Veterinaria respecto de los puestos de trabajo en discusión sino que, además, hace falta que no concurren razones que justifiquen desde otro punto de vista la solución que ha sido elegida por la Junta de Extremadura.

La sentencia recurrida (1) establece esa igual —o superior— idoneidad sin efectuar ningún razonamiento que justifique su juicio; (2) ignora la especial posición que en las materias afectadas corresponde a los Licenciados en Veterinaria; (3) rechaza que puedan mediar razones de tipo organizativo que amparen el proceder de la Administración; y (4) equipara desde el punto de vista de las exigencias constitucionales la creación y provisión de puestos de trabajo al acceso a la función pública.

Sin embargo, entiende la Sala que, aun aceptando que los Licenciados en Farmacia están capacitados en diversos aspectos relacionados con el control sanitario y la higiene de los alimentos y el consumo, no se desprende de esa circunstancia que se hallen, en lo relativo al desempeño de estos puestos de trabajo, en la misma situación que los Licenciados en Veterinaria o los demás titulados admitidos.

Por otro lado, en la clasificación de puestos de trabajo y en el establecimiento de los requisitos para su provisión, más que los principios de mérito y capacidad en el sentido en que los contempla el artículo 103.3 de la Constitución, debe operar el de adecuación o idoneidad; y será en el procedimiento de provisión cuando aquellos entren en juego.

En fin, no son irrelevantes, sino todo lo contrario, las razones organizativas que pueda hacer valer la Administración al clasificar los puestos de una determinada manera.

Consignientemente, en la medida en que la sentencia no tiene en cuenta lo anterior, aplica incorrectamente los preceptos constitucionales invocados en la instancia e infringe las normas legales que regulan las relaciones de puestos de trabajo y, por eso, procede su anulación.

SÉPTIMO.- Establecidos los términos en que se plantea el problema a resolver, nos encontramos con que, efectivamente, en el expediente administrativo no se explica la razón por la que se exigen las titulaciones referidas para desempeñar los cinco puestos controvertidos.

Y, si bien es verdad que los preceptos invocados por la Junta de Extremadura suministran apoyo a la decisión administrativa y contribuyen a explicarla, al igual que su denominación y ubicación en la estructura organizativa de la Dirección General de Consumo y Salud Comunitaria, no lo hacen en la medida suficiente para considerar satisfechas las exi-

gencias de motivación que la jurisprudencia reclama.

Por todo lo cual, la solución que la Sala considera más ajustada a Derecho consiste en estimar en parte el recurso y anular el Decreto impugnado en lo que se refiere a los requisitos de titulación de esos puestos de trabajo, a fin de que por la Junta de Extremadura se dicte una nueva resolución motivándolos.

OCTAVO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

FALLO

1.- Haber lugar al recurso de casación núm. 4846/2006, interpuesto por la JUNTA DE EXTREMADURA contra la sentencia núm. 628, dictada el 11 de julio de 2006 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, y anular dicha sentencia a los efectos de lo que se declara a continuación.

2.- Estimar en parte el recurso 680/2004, interpuesto por el ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE BADAJOZ, contra el Decreto 27/2004, de 23 de marzo, que modifica las Relaciones de Puestos de Trabajo de personal funcionario y laboral de la Consejería de Sanidad y Consumo, y anular esta actuación administrativa en lo relativo a los requisitos de titulación de los puestos de trabajo controvertidos, retrotrayendo el procedimiento para que por la Junta de Extremadura se dicte nueva resolución motivándolos.

3.- No hacer imposición de costas debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.



2010/84376

TS Sala 4ª, Sentencia 13 abril 2010. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Efectos "ex tunc" de la anulación de un precepto de un convenio colectivo

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa concesionaria del servicio de autopistas demandada contra sentencia que acogió la pretensión de la trabajadora accionante sobre compensación por descansos no disfrutados.

Explica la Sala que las sentencias que declaran nulo un convenio colectivo, o parte de él como es el caso enjuiciado, no tienen naturaleza constitutiva, sino declarativa, porque se limitan a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión, por oponerse a una norma de superior rango jerárquico, de tal suerte que la pretensión que postula la anulación de una norma paccionada es declarativa negativa, y sus efectos se producirán "ex tunc".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora, que presta servicios para la empresa demandada Autopistas del Atlántico Concesionaria Española, S.A. (AUDASA), como cobradora de peaje, reclama en las presentes actuaciones las diferencias que concreta en el suplico, como consecuencia de la consideración como tiempo de trabajo del tiempo en que se la ha impedido el descanso previsto en el convenio. Las diferencias reclamadas se fundan en la anulación parcial por la sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 2005 del artí-

culo 11.10 del Convenio Colectivo de la empresa AUDASA para los años 2001 a 2004. El citado precepto establece que el tiempo de descanso para el personal que realice jornada continuada en todas las estaciones de peaje tiene carácter de tiempo efectivo de trabajo entre veinte y treinta minutos y se mantiene en los mismos términos. Pero de esta regla se exceptúan aquellas estaciones en las que se encuentre de servicio un solo cobrador de turno, en cuyo caso el descanso se realiza en la propia cabina para no interrumpir la atención al usuario. Es esta excepción la que ha

sido anulada por nuestra sentencia de 1 de marzo de 2005, y lo que se debate en el recurso es si esa anulación ha de tener efectos sólo desde que se dictó la sentencia o debe alcanzar el periodo anterior a ésta en que la norma anulada estaba vigente. La sentencia recurrida ha adoptado el primer criterio -efectos ex tunc de la anulación- por lo que estima en parte la demanda para el periodo no prescrito y con el cómputo que razona en su fundamento tercero. Por el contrario, la sentencia de contraste de la Sala de lo Social de Málaga de 18 de enero de 2002 mantiene que la anulación del convenio no tiene efectos en el periodo anterior en el que éste no había sido anulado, con lo que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Debe apreciarse la contradicción que se alega, pero la doctrina de la Sala ya ha sido unificada por la sentencia de 16 de febrero de 2010, recurso 1734/2009. En ella, se establece que las sentencias que declaran nulo un convenio colectivo -o parte de él como en el caso enjuiciado- no tienen naturaleza constitutiva sino declarativa, porque se limitan a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión, por oponerse a una norma de superior rango jerárquico -en este caso la ley, a la que nunca pueden contradecir los convenios”, como reconoce el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores -. Por ello, la sentencia que declara la nulidad de una norma colectiva, en supuestos como el aquí considerado, es una sentencia “declarativa negativa”, cuyos efectos, salvo previsión legal en sentido contrario, se producirán “ex tunc”. De esta forma, sólo quedan fuera de los efectos de esa declaración de nulidad aquellas situaciones, producidas con anterioridad a la anulación, que ya hubieran alcanzado firmeza, en línea de lo que establece, respecto de la anulación de los reglamentos, el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y ello sin perjuicio de los límites que a ese efecto puedan derivarse en la práctica como consecuencia de la prescripción o de la caducidad. Hay que resaltar que en estos casos, y a diferencia de lo que pudiera suceder con otros tipos de nulidades, la anulación no innova la ordenación normativa aplicable, pues el precepto convencional -anulado o no- no puede prevaler contra el legal (artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

A esta síntesis de lo ya dicho hay que añadir que la obligatoriedad del convenio, como norma reguladora de la relación laboral, está subordinada a su conformidad con la ley cuando ésta contiene una regla de Derecho necesario, sea ésta de carácter absoluto o relativo, por lo que la obligatoriedad del convenio no puede afectar a la exclusión de su aplicación cuando vulnera una disposición de rango superior, como sucede en el presente caso con el artículo 34.4 del Estatuto de los Trabajadores, según estableció nuestra sentencia de 1 de

marzo de 2005. No cabe alegar la regla del apartado 2 -no del 3, como se dice por error- del artículo 164 de la Ley de Procedimiento Laboral, que, al establecer que la sentencia dictada en el proceso de impugnación de convenio colectivo será ejecutiva desde que se dicte, no se refiere a los efectos de la anulación en el tiempo, sino a la no suspensión de lo decidido en la sentencia como consecuencia de la interposición del recurso.

Por ello y como propone el Ministerio Fiscal, debe desestimarse el único motivo del recurso de la empresa, que denuncia la infracción por no aplicación del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 3.1.b) del mismo texto legal y con el artículo 164 la Ley de Procedimiento Laboral.

La desestimación del recurso determina la imposición de costas a la parte recurrente y la pérdida del depósito constituido para recurrir. En cuanto a la consignación realizada, debe mantenerse en garantía del cumplimiento de la condena.

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

FALLO

Desestimamos el recurso la empresa AUTOPISTAS DEL ATLANTICO CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A. (AUDASA) contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 20 de marzo de 2009, en el recurso de suplicación núm. 6319/05, interpuesto frente a la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, en los autos núm. 660/05, seguidos a instancia de D^a Noelia contra dicha recurrente, sobre reclamación de cantidad. Condenamos a la empresa recurrente al abono de los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiera lugar. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará su destino legal. Se mantiene la consignación realizada en garantía del cumplimiento de la condena.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 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. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/84369

TS Sala 4^a, Sentencia 26 abril 2010. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Naturaleza indefinida de relación laboral de interinos de centro penitenciario

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada Generalidad de Cataluña contra sentencia que declaró el carácter indefinido de la relación laboral de los trabajadores interinos en centros penitenciarios accionantes. Explica la Sala que si bien los trabajadores indefinidos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, los actores vienen prestando servicios sin causa de temporalidad alguna, sin vinculación directa con vacante concreta, no habiendo, por tanto, equiparación mimética a los interinos por vacante, ligados estrictamente a un proceso de cobertura, por lo que su pretensión contiene un interés real y susceptible de acceder a la tutela.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Se interpone recurso de casación unificadora por la GENERALITAT DE CATALUNYA contra la sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social de dicha Comunidad Autónoma, dictada el 11-mayo-2009 (rollo 1830/2008), alegando, en un solo motivo, la aplicación indebida del art. 17.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) en relación con el art. 24.1 de la Constitución (CE), para lo que se aporta la sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de fecha 21-mayo-2007 (rollo 1793/2006), que, a juicio de la parte recurrente, contiene doctrina contraria.

2.- Siendo este elemento de la contradicción el requisito sobre el que se asienta la admisibilidad del recurso de casación unificadora, procederemos a efectuar el análisis comparativo de los supuestos a que responden ambas sentencias, sus fundamentos y la solución alcanzada en cada una de ellas:

a) En el caso de la sentencia recurrida, se trabajadores adscritos al Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya que ha venido prestando servicios en un centro penitenciario, con diversas categorías profesionales, en virtud de múltiples contratos de trabajo de duración determinada, de diversas modalidades y últimamente de interinidad por vacante; quienes vigente el último con-

trato de trabajo presentaron reclamación previa, y ante su desestimación, demanda solicitando que se declarara que la relación laboral era de carácter indefinido no fijo de plantilla; no entrado en el fondo del asunto la sentencia de instancia (SJS/Barcelona núm. 27 22-noviembre-2007 -autos 487/200), estimando la excepción de falta de acción material opuesta por la Entidad demandada. Interpuesto recurso de suplicación por los trabajadores demandantes, la Sala de suplicación, en la sentencia ahora impugnada en casación, estimó el recurso, revocando la sentencia de instancia para que con libertad de criterio se entrara a conocer del fondo del asunto planteado.

b) La sentencia ofrecida de contraste estimó, en cambio, el recurso de la Generalitat de Catalunya y revocó la sentencia de instancia que, entrando en el fondo del asunto, había declarado que el trabajador allí demandante estaba vinculado a la Administración demandada “ por una relación de naturaleza indefinida no fija en la plantilla “. Se trataba de un trabajador que venía prestando servicios para el Departament de Justicia de la Generalitat mediante diversos y sucesivos contratos temporales para obra o servicio determinado. La sentencia de instancia declaraba probado que el 1-diciembre-2005, vigente uno de dichos contratos, el trabajador había renunciado al mismo y concertado otro de interinidad para cobertura de vacante. Al menos desde el año 2001, todos los contratos tenían por objeto prestar servicios como monitor en un Centro Penitenciario. La Generalitat de Catalunya interpuso recurso de suplicación, por idénticos motivos que los ahora articulados, siendo estimado por la sentencia de contraste, la que apoyó su decisión en el hecho que el trabajador hubiera renunciado al contrato para obra o servicio y suscrito uno de interinidad por vacante, poniendo de relieve que en la fecha del acto del juicio no estaba ya vigente la relación laboral amparada por los contratos de obra y servicio determinado. Eso llevaba a la Sala de suplicación a considerar que la pretensión de declaración de la naturaleza indefinida de la relación laboral carecía ya de incidencia directa en la relación de trabajo, constituyendo una pretensión declarativa no admisible.

3.- Existe la contradicción exigida en el art. 217 LPL, puesto que no cabe duda que estamos ante sentencias que, “ en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales “, han llegado a “ pronunciamientos distintos “: a) las pretensiones de los demandantes son idénticas; b) los fallos son de signo contrario; c) los hechos plasmados de forma definitiva en la narración de las sentencias mantienen una gran proximidad, sin que tenga trascendencia la circunstancia de la renuncia del contrato para obra o servicio del supuesto de la sentencia de con-

traste, también producida después de iniciado el proceso, pues lo relevante es que, en ambos casos, el trabajador había pasado a ser contratado a través de la modalidad de interinidad por vacante en el momento de dictarse sentencia, y es esta nueva calificación jurídica del contrato la que constituye el elemento decisivo de la argumentación de la empresa sobre la imposibilidad de seguir manteniendo la acción declarativa; y d) el debate sostenido en el recurso de suplicación era sustancialmente el mismo. Coincidimos, por tanto, en este punto con el criterio del Ministerio Fiscal, plasmado en su preceptivo informe, favorable a la admisibilidad del recurso por concurrencia de la preceptiva contradicción.

SEGUNDO.- 1.- El análisis del motivo único del recurso nos lleva a recapitular la doctrina sobre la admisibilidad de las acciones meramente declarativas en el proceso laboral, al sostenerse que, dado que el actor está vinculado por un contrato de interinidad por vacante desde el 1 de abril de 2005, “ en el momento de celebrarse el juicio, la petición había devenido meramente declarativa sin que se diese en aquel momento la existencia de un derecho insatisfecho que haya de ser objeto de tutela, un interés actual y efectivo con una utilidad o efecto práctico de la pretensión “.

2.- Hemos de recordar que el Tribunal Constitucional ha admitido el ejercicio de ese tipo de acciones en el proceso laboral. Así, la STC 71/1991, de 8 de abril, en relación al entonces vigente art. 71.4 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, señaló que “ no puede ponerse en duda la admisibilidad de las acciones declarativas en el proceso laboral “, añadiendo que “ dado que el art. 24.1 CE impone que cualquier interés legítimo obtenga tutela judicial efectiva, es claro que el citado precepto no puede ser interpretado como excluyente en todo caso de las acciones declarativas, de modo que un interés legítimo quede sin tutela judicial “ (criterio reiterado en las STC 210/1992, de 30 de noviembre, y 65/1995, de 8 de mayo).

3.- Por su parte, esta Sala ha matizado que tal ejercicio se halla condicionado a que la acción esté justificada por:

a) La existencia de una verdadera controversia: “ Por ello, se entiende que no pueden plantearse «cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor; se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera «litis», pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo “ (sentencia de 6 de marzo de 2007 -rec. 4163/2005 -). Esta doctrina se reitera en las sentencias de 26 de junio de 2007 (rec. 856/2006), 18 de julio de 2007 (rec. 1798/2006), 7 de noviembre de 2007

(rec. 2263/2006), 27 de noviembre de 2007 (rec. 2691/2006) y 12 de febrero de 2008 (rec. 33/2007 -casación ordinaria-), por citar sólo las más recientes.

b) La concurrencia de una necesidad de protección jurídica: Se precisa de la “ existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción “ (sentencias de 18 de julio de 2002 -rec. 1289/2001 (casación ordinaria) -, 30 de enero de 2006 -rec. 183/2005- y 20 de septiembre de 2006 -rec. 81/2005 -).

TERCERO.- 1.- La cuestión ahora planteada ya ha sido resuelta por esta Sala en su STS/IV 16-septiembre-2009 (rcud 2570/2008), recaída en un supuesto análogo entre la misma Administración autonómica y trabajadores de ella dependientes que prestaban servicios en un centro penitenciario mediante contratos de interinidad por vacante tras sucesivas contrataciones temporales; y ha dicha doctrina debe estarse, por razones de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso de casación unificadora y por no existir circunstancias que aconsejen el cambio de la misma. Conforme la doctrina de esta Sala, reflejada en la cita sentencia, cabe entender que:

“ Es, sin duda, el trasfondo de la declaración pretendida con la demanda la que justifica la búsqueda de la tutela por parte del trabajador. Se trata, pues, de examinar si su estatuto se ve alterado según sea la calificación de la relación laboral que le vincula a la parte demandada.

Es cierto que •el alcance real de la distinción entre fijeza e indefinición temporal de la relación, según se desprende de nuestra doctrina, se refiere esencialmente a la extinción del vínculo porque, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores fijos, los indefinidos pueden ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado• (sentencia de 29 de enero de 2009, rec. 326/2008). Asimismo, la sentencia de 27 de mayo de 2002 (rec. 2591/2001) señaló que •No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad•. Pero añadía que •Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato•; se niega así que en el segundo caso puedan derivarse consecuencias negativas en los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador por una pretendida e inexistente temporalidad•.

El contrato de interinidad por vacante se encuentra hoy regulado en el art. 4 del Real Decreto 2720/1998,

dictado en desarrollo del art. 15 del Estatuto de los trabajadores - en donde únicamente se hace referencia a la interinidad para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, si bien fue, al amparo de la Ley 14/1994 que, en el Real Decreto 2546/1994 se produjo su admisión para todas las Administraciones Públicas -. Se circunscribe a la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva y está sujeto a la exigencia de identificación del puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se ha de producir mediante el proceso de selección o promoción (sentencias de esta Sala de 20 de junio de 2000 -rec. 4282/1999-, 21 de marzo de 2005 rec. 1198/2004- y 29 de junio de 2005 -rec. 2170/2004 -, dictadas para supuestos de relación laboral personal civil no funcionario al servicio de la Administración Militar, por ser ese el marco en que aparece por vez primera esta figura, a raíz del art. 9.2 del Real Decreto 2205/1980), coincidiendo su duración, en el caso de las Administraciones Públicas, con la del tiempo de tal proceso de selección o promoción, según la normativa correspondiente en cada caso.

La identificación del puesto de trabajo actúa de requisito esencial en esta modalidad contractual temporal, hasta el extremo que de que el uso de una modalidad errónea, como la obra o servicio, ha llevado a esta Sala a señalar que, acreditada la identificación del puesto de trabajo, no queda desvirtuada •la naturaleza de la interinidad por vacante, ni que pueda, por ello transformarse un contrato temporal para la cobertura personal de una vacante en un contrato por tiempo indefinido, pues lo que prevalece a la hora de la calificación jurídica del contrato es el contenido obligacional del mismo, no la denominación dada por las partes• (sentencia de 14 de mayo de 2008 -rec. 1923/2007 -, que recoge la doctrina anterior).

De todo ello se desprende, con claridad, una nítida diferencia entre el trabajador indefinido (no fijo) y el interino por vacante, como se colige, además, del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, que, al regular la relación jurídica laboral en las Administraciones Públicas, distinguiéndola de la relación funcional, es contundente a la hora de aceptar •cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral• (art. 11.1). Esto implica aceptar tanto los contratos de duración indefinida, como los de duración determinada, con sometimiento, en este último caso, a la causalidad que rige en la contratación temporal laboral ordinaria, a la que la ley especial se remite.

Aceptada ahora ya por el ordenamiento jurídico positivo la contratación laboral indefinida por parte de

las Administraciones Públicas no cabe negar el distinto régimen jurídico que, a priori, se otorga a esta relación laboral en comparación con las de carácter temporal. La remisión que el Estatuto Básico del Empleado Público hace a la legislación laboral conduce a ello sin ningún género de dudas.

Es cierto que la Ley 7/2007 no dio respuesta alguna a la situación de quienes hayan podido ser considerados trabajadores indefinidos como consecuencia del uso irregular de la contratación temporal por parte de los empleadores públicos, pero esa falta de expresa mención supone, precisamente, la equiparación entre tales trabajadores y los contratados de forma indefinida ab initio, con independencia de que estos últimos se hallen sometidos al proceso de determinación de puestos de trabajo regulado en el art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

La figura del trabajador indefinido, no fijo, de las Administraciones Públicas surgió como creación jurisprudencial para dar respuesta, precisamente, a la situación de los contratos temporales en fraude de ley suscritos por las Administraciones Públicas, de forma que la conversión en contratos de duración indefinida, por aplicación de las reglas del art. 15 del Estatuto de los trabajadores, propició una doctrina que buscaba acomodar la indefinición de la duración de la relación laboral con las especiales particularidades del acceso al empleo público y el respeto a los mandatos constitucionales sobre este punto. Tras pasar por diversos estadios en la aproximación jurisprudencial a la cuestión, la Sala dejó sentada la ya consolidada doctrina sobre la matización entre los trabajadores indefinidos y los fijos de plantilla, precisamente para adecuar la situación al empleo público (sentencia de 20 de enero de 1998 rec. 317/1997 -).

En suma, si bien los trabajadores indefinidos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, vienen prestando servicios sin causa de temporalidad alguna, sin vinculación directa con vacante concreta. No hay, por tanto, equiparación mimética a los interinos por vacante, ligados estrictamente a un proceso de cobertura “, concluyendo que “ Por ello, entendemos, que la pretensión del actor contiene un interés real y susceptible de acceder a la tutela “.

2.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado, comporta, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación unificadora y la conformación de la sentencia de instancia; con imposición de costas (art. 233.1).

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



EL DERECHO

Año XVII. Número 2868

Madrid, 13 de septiembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación de la GENERALITAT DE CATALUNYA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en fecha 11- mayo-2009 (rollo 1830/2008), recaída en el recurso de

suplicación interpuesto por los trabajadores D^a Carmela, D. Faustino, D. Leoncio, D. Secundino, D^a Maite y D^a Zaida, contra la sentencia de fecha 22-noviembre-2007, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 27 de Barcelona (autos 487/2007), en procedimiento seguido a instancia de los referidos trabajadores contra la Entidad ahora recurrente. Confirmamos la sentencia recurrida; con

condena en costas a la parte recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LE-

GISLATIVA, 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. Fernando Salinas Molina 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.



2010/92245

TS Sala 1^a, Sentencia 5 mayo 2010.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Falta de constitución de depósito en preparación de recurso de casación

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que, estimando parcialmente el rec. de apelación, condenó solidariamente al conductor del vehículo y a su aseguradora a abonar a la actora, víctima del accidente, los intereses del art. 20 LCS desde la fecha del accidente. Declara la Sala que es suficiente para la desestimación del presente recurso el defecto de forma en su preparación, no subsanable, consistente en no haber constituido la parte recurrente depósito por el importe de la condena impuesta en la sentencia de apelación.

2010/19162

TS Sala 1^a, Sentencia 18 marzo 2010.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Remuneración en contrato de mediación en compraventa de acciones

El TS declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó a las demandadas al pago al actor de la cantidad fijada en concepto de remuneración por las gestiones realizadas, considerando que la venta de las acciones se llevó a efecto como consecuencia de la mediación del actor, de forma que las partes compradora y vendedora

se pusieron de acuerdo realizando el negocio final como consecuencia de la previa intervención del mediador cuyas gestiones fueron aprovechadas para dicho acuerdo. La Sala confirma que la consumación del contrato se produjo en la fecha fijada, pero las referencias a la venta incluidas en el contrato de mediación no pueden interpretarse en el sentido de que en tal acto el mediador debiera representar a las demandadas sino que, habidas las gestiones de aquél, las vendedoras finalmente cobraron el precio de la compraventa.



2010/62028

TS Sala 2^a, Sentencia 13 abril 2010.
Ponente: D. Joaquín Giménez García

Inexistencia de engaño antecedente, causante y bastante para la condena por delito de estafa

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delito de estafa. El Alto Tribunal verifica que en el hecho probado se reconoce que las plazas no tienen acceso si el vehículo de la plaza número tres está en la misma, pero también se dice que ni el perjudicado ni su hija comprobaron la ubicación de las plazas ni su estado antes de la firma del contrato. Más aún, se dice en la argumentación que la denuncia se puso a los tres años de la realización del contrato, de suerte que "cuando comprueban que nadie quería adquirirles las plazas de garaje y que las mismas solo estaban generando gastos y ningún ingreso", es entonces, y no antes, cuando se consideraron estafados. Nada hay en

el relato de hechos ni mínimamente sugerente de la existencia de un engaño anterior, causante y bastante, sobre el que se vertebra el delito de estafa.



2010/84335

TS Sala 3^a, Sección 6^a, Sentencia 25 mayo 2010.
Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Improcedente pronunciamiento condenatorio contra aseguradora no demandada

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad aseguradora contra la sentencia del TSJ de Galicia que estimó parcialmente la demanda de responsabilidad patrimonial sanitaria, por entender que se debería haber realizado inmediatamente una operación quirúrgica y que, al no haber procedido así, se agravó la situación de la recurrente y se incrementó su sufrimiento, aunque al considerar que el mal padecido por la recurrente existía ya antes de ponerse en manos de la Administración sanitaria gallega, establece una indemnización de 30.000 euros. La Sala considera que la sentencia impugnada incurre en incongruencia por exceso, pues dirigida la demanda únicamente contra el Servicio Galego de Saude, dependiente de la Xunta de Galicia, no resultaba procedente hacer un pronunciamiento condenatorio también contra la aseguradora no demandada, pues aunque exista una acción directa contra el asegurador, si el perjudicado no lo demanda, no es posible que el órgano judicial extienda al asegurador la condena pronunciada contra el causante del daño. Por lo expuesto, la Sala concluye que el único reproche



2010/84360

TS Sala 4^a, Sentencia 21 abril 2010.
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Atribución a ayuntamiento de la opción entre readmisión o indemnización tras despido improcedente

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que, declarando la improcedencia de su despido, por entender concurrente fraude de ley en su contratación en prácticas por falta de correspondencia entre las tareas realizadas y el nivel de estudios cursados, concedió a la Corporación demandada la opción entre la readmisión y la extinción indemnizada. La Sala señala que la doctrina del TC y del TS lleva a concluir que el beneficio opcional entre la readmisión y la indemnización únicamente se confiere a quienes ya ostentasen la cualidad de trabajadores indefinidos antes del cese y precisamente por reconocimiento efectuado por previa sentencia, de forma que los restantes trabajadores -aquellos cuya cualidad contractual indefinida sea atribuible a irregularidades negociales apreciadas en la sentencia que declara la improcedencia del despido- no disfrutan del indicado beneficio y han de regirse por la norma general que dispone el art. 56,1 ET, esto es, de que sea la empleadora quien opte entre indemnizar o readmitir, tal y como establece la sentencia impugnada; tal afirmación no supone violación del derecho a la igualdad de trato porque se trata de situaciones distintas debido a que los trabajadores fijos obtienen tal condición tras superar las pruebas públicas pertinentes.

que debía hacer a la sentencia impugnada y ahora casada es haber hecho extensiva la condena al pago de la indemnización a la aseguradora, en consecuencia procede mantener el fallo dictado en su día por el tribunal "a quo", eliminando únicamente del mismo a la entidad aseguradora.