



# 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 2785

Madrid, martes 26 de enero de 2010



2009/225087

TS Sala 2ª, Sentencia 24 septiembre 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

## Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa Delitos contra la salud pública, atentado, resistencia y lesiones

*Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra la salud pública, atentado, resistencia y lesiones. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa acordada respecto del recurrente, pues la pena privativa de libertad impuesta no es "superior" a cuatro años, sino justamente de cuatro años, pero el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

DUODÉCIMO.- El motivo sexto con amparo en el art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley, en concreto del art. 53 CP. por imponer al recurrente responsabilidad personal subsidiaria al impago de la multa, no obstante haberse impuesto pena superior a cinco años.

El motivo, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En efecto como hemos dicho en sentencias 252/2008 de 22.5 y 826/2008 de 12.12, esta Sala sobre este punto ha seguido criterios interpretativos distintos:

a) Un primer criterio que interpreta que la limitación del apartado 3º debe extenderse a todos aquellos arrestos sustitutorios derivados de multas, aunque sean por delitos san-

cionados con penas inferiores, siempre que alguno de ellos o la suma penológica de los apreciados en la sentencia excede del límite indicado, pues se trata de una de las limitaciones que tienen las penas privativas de libertad en que, al igual de lo dispuesto en los artículos 75 a 78 (anteriormente art. 70 y 71 CP. 1973) ha de tenerse en cuenta tanto la conexidad material como la procesal, SSTs. 19.12.85, 12.9.86, 22.12.97, 8.6.88, 11.10.89, 15.4.91, 13.4.93, 1.12.94 y 16.1.95, que literalmente dice:

"... La responsabilidad personal y subsidiaria que el art. 91 CP. (actual art. 53.2, 2,3) prevé entre las disposiciones sobre la ejecución de las penas, para el caso de que el condenado a una pena de multa, una vez hecha exclusión de sus bienes, dejase de abonar la multa impuesta, constituye un modo sustitutorio de ejecución de esa pena que aparece condicionado, en el propio precepto

que lo regula, con dos limitaciones: una, que tal responsabilidad personal o arresto sustitutorio de la multa en ningún caso podrá tener una duración que exceda de seis meses cuando se hubiere procedido por razón de delito ni de quince días cuando hubiere sido por falta; (actualmente el límite es de 1 año ó 1 año y 3 meses, art. 70.3.9), y otra, que tal responsabilidad subsidiaria no se impondrá al condenado a pena privativa de libertad que exceda de seis años, (límite que el CP. 1995 redujo a 4 años y la LO. 15/2003 elevó a 5 años). Y es este último veto legal el que ha olvidado la Sentencia recurrida, pues si bien, en principio, al condenar a la imputada a la pena de ocho años y un día de prisión mayor, por el delito contra la salud pública de que era acusada, y a una multa conjunta de un millón de pesetas, no le impuso para el caso de impago de esa multa arresto sustitutorio alguno, también la condenó después a otra pena de privación de libertad de 2 años, 4 meses y 1 día de prisión menor y sendas penas de multa de cuatro millones de pesetas y doscientas mil pesetas por otros dos delitos de contrabando y uso de documento falso, por las que impuso dos arrestos sustitutorios de 60 y 16 días respectivamente.

El art. 81 C.P. (en el CP. actual art. 3.2), proclama la legalidad de las penas también en la fase de ejecución, impidiendo lo sean en alguna otra forma que la prescrita por la Ley. En consecuencia es evidente que la Sala "a quo" vulneró aquel principio de legalidad e infringió el último párrafo del art. 91 C.P. (actual art. 53.3), al imponer a la penada los arrestos sustitutorios citados y que la Ley prohíbe para el caso y circunstancias en que aquella pena de multa debía ejecutarse, pues el Tribunal había castigado previamente con una pena de prisión que excedía de seis años, lo que ya sería suficiente para inhibir la ejecución sustitutoria de la multa por la vía de arresto, tanto más cuanto, que esta Sala ha venido declarando desde la importante Sentencia de 19 de diciembre de 1985 (así, Sentencias de 12 de septiembre de 1986; 10 de abril de 1991; 14 de abril de 1993; 25 de enero de 1994 p.ej.) que en modo alguno podrá aumentarse con un arresto adicional sustitutorio la privación de libertad del reo, cuando

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Inexistente responsabilidad del árbitro al no existir grave negligencia **12**

#### PENAL

Delitos contra la salud pública, atentado, resistencia y lesiones **1**

#### SOCIAL

Innecesaria sentencia en proceso por despido para el abono de indemnización por el FOGASA **15**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

**16**

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

sumadas las distintas penas de privación de libertad impuestas por los diferentes delitos objeto de condena en una única sentencia, el periodo en que el penado va a verse privado de libertad excede de seis años. En otras palabras, para determinar la procedencia del arresto sustitutorio de la multa en función de la declaración de la pena conjunta de privación de libertad debe estarse no a la penalidad de cada delito concreto penado -como erróneamente ha hecho la Sala "a quo"- sino al conjunto o suma de las penas de privación impuestas por los distintos delitos objeto de condena e, incluso, no procede tal arresto si, de imponerse, adicionado a las penas privativas de libertad cuyo total no exceda de seis años, la suma definitiva de la privación de libertad a cumplir excedería de tal límite peno lógico (Sentencias de 14 de abril de 1993 y 1 de febrero de 1994).

b) Una postura más restrictiva que entiende que la limitación solo pro-

cede cuando la multa sea pena conjunta, en el mismo delito y la pena de prisión, por sí sola, supere el límite del art. 53.3 CP.

Podemos citar la STS. 693/2000 de 24.4 que en su caso, en que se había impuesto responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa, no obstante que la pena privativa de libertad establecida era de 4 años de duración -es decir el límite del art. 53.3 en su anterior redacción- desestimó el motivo, que habría sido apoyado por el Ministerio Fiscal, argumentando: "Los precedentes citados por el recurrente (SSTS 13-4-93; 1-2-94; 16-1-95 y 23-4-96) se refieren a cuestiones diversas de las aquí planteadas. Se trata en ellas de si el condenado a varias penas privativas de la libertad de ejecución acumulativa, pero menores cada una del límite legal que excluye la responsabilidad subsidiaria y mayores conjuntamente consideradas, permitiría establecer un arresto sustitutorio en caso de impago de la multa.

En el presente caso, la única pena impuesta no supera los cuatro años y, por lo tanto, la decisión del Tribunal a quo es correcta, dado que la Ley aplicada no ha sido infringida. Es cierto que existen precedentes en el sentido de entender que el arresto sustitutorio, sumado a la pena privativa de libertad impuesta, no debe superar el límite de 4 años (SSTS. 119/94 de 1.2, 357/96 de 23.4, 629/96 de 26.9, 772/97 de 30.5). Sin embargo, es indudable que de esta manera, en los casos en los que la pena alcance a los cuatro años, el cumplimiento de la multa solo dependería de la voluntad del acusado. Por un lado, el legislador no puede haber querido renunciar al cumplimiento de las penas de multa conjuntas establecidas para cada delito en particular en forma conjunta con la de prisión, sino solo cuando se superan los cuatro años. Si así fuera podría haberlo dicho claramente sin ninguna dificultad. Por otro lado, una renuncia de esta naturaleza no aparece impuesta por ningún principio concerniente a la aplicación de las penas.

c) Finalmente una postura intermedia parece limitar la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa, cuando dicho arresto sustitutorio unido a la pena de prisión rebasa aquel límite, en la actualidad de 5 años, (SSTS. 1.2.94, 14.4.95, 23.4.96, 26.9.96, 6.3.97, 30.5.97). Postura que explica y motiva la STS.

803/2000 de 16.5, en los siguientes términos:

"El segundo motivo del recurso, por infracción de Ley al amparo del número 1 del art. 849 de la L.E.Criminal, denuncia la infracción del art. 53.3 del Código Penal de 1995, por estimar que al imponerse una pena de cuatro años de prisión no debió establecerse adicionalmente el cumplimiento de dos meses adicionales de arresto sustitutorio en caso de impago de la multa.

El art. 53.3 del Código Penal de 1995 establece que la responsabilidad personal subsidiaria que proceda por impago de la pena de multa no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años. Una interpretación literal o meramente formal de la norma conllevaría la desestimación del recurso, como interesa el Ministerio Fiscal, pues en el caso actual la pena privativa de libertad impuesta no es "superior" a cuatro años, sino justamente de cuatro años, pero si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionalidad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesorias como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta.

Es por ello por lo que la doctrina de esta Sala (Sentencias núm. 872/1993, de 13 de abril de 1993, núm. 886/1993, de 14 de abril del mismo año, núm. 1994, de 1 de febrero de /1994, ó núm. 629/96 de 26 de septiembre de 1996, entre otras), ha estimado, en relación con el Código Penal anterior, que" cuando la pena privativa de libertad no alcance los 6 años, si existe arresto sustitutorio de una pena de multa, dicho arresto no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, a los seis años porque, en otro caso, se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de 6 años y 1 día que el que lo fue a pena, por ejemplo, de 5 años y 11 meses, sin arresto sustitutorio aqué-

lla y con un posible arresto sustitutorio ésta que pudiera exceder en su cómputo de los 6 años y 1 día" (S.T.S. 872/1993), lo que vulneraría el principio de culpabilidad al resultar más sancionado de modo efectivo quien ha cometido un ilícito de inferior gravedad, doctrina que resulta igualmente de aplicación respecto del Código Penal de 1995, al subsistir las razones que la fundamentan.

En consecuencia el art. 53.3 del Código Penal debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados en la medida en que, junto con la pena de prisión impuesta, resulte una pena privativa de libertad superior a cuatro años, límite que no se podrá rebasar nunca como consecuencia de dicha responsabilidad personal.

Ello implica necesariamente que, en supuestos como el actual en los que la pena privativa de libertad impuesta es precisamente de cuatro años, no procede imponer el cumplimiento de responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad, pues en cualquier caso se superaría el citado límite legal.", criterio reiterado en la STS. 1184/2003 de 18.9.

Estos distintos criterios interpretativos han resultado unificados en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 1.3.2005, que acordó: "La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 CP".

Acuerdo que ha sido desarrollado en la STS. 358/2005 de 22.3, en el sentido de considerar que el límite de cuatro años (ahora 5), establecido en el núm. 3 del art. 53 C.P., sólo tendrá lugar para la pena privativa de libertad y pecuniaria, conjuntamente previstas por la comisión de un delito, pero no debe operar la suma de las penas privativas de libertad impuestas por distintos delitos en una misma sentencia para alcanzar este tope.

Pues como también se acordó en el referido Pleno de 1.3.2005 "en los casos de prisión distintas, cada pena es independiente y no se suman a los efectos del art. 53.3 CP.", ello implica que si no puede sumarse a estos efectos las penas privativas de libertad de todos los delitos, tampoco podrá sumarse una responsabilidad personal subsidiaria acordada para el impago de una multa impuesta en un delito distinto del sancionado con la

pena privativa de libertad (STS. 131/2007 de 16.2).

Consecuentemente impuesta al recurrente por el delito contra la salud pública una pena privativa de libertad de cinco años de prisión, precisamente el límite previsto en el art. 53.3 CP, no es procedente la imposición de la responsabilidad subsidiaria, dos meses, por la pena de multa, también impuesta, 60.000 euros.

DÉCIMO TERCERO.- Dada la identidad de objeto, contenido y desarrollo argumental de los recursos interpuestos por Serafín y Aurora, procede su análisis conjunto.

El motivo primero por infracción de Ley prevista en el art. 849.1 LE-Crim. por la no aplicación del art. 18 CE. con infracción del derecho a las comunicaciones y vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Se dice en el motivo que el teléfono de Serafín no resultó objeto de intervención sino hasta el 22.9.2007, es decir dos días antes de la detención, y no existe conversación alguna que revele o presente indicios que el mismo, solo o en compañía de terceras personas, estuviera dedicándose al tráfico de drogas.

Se cuestiona que la voz que aparece en la conversaciones sea la del recurrente, pues no se ha practicado prueba alguna al respecto y se considera que todas las intervenciones telefónicas son nulas al no haber sido notificadas al Ministerio Fiscal, y no resultan ajustadas y proporcionadas al fin que se persigue al no existir indicios reveladores de la existencia del delito de que se trate así como de la implicación en el mismo de la persona cuyos derechos han de quedar afectados.

El motivo deviene inadmisibile.

a) En cuanto a la alegación de la falta de prueba fonométrica de reconocimiento de voces, es doctrina de esta Sala -por todas STS. 705/2005 de 6.6 -, que cuando el material de las grabaciones está a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar aquella prueba y no lo hicieron, reconocieron implícitamente su autenticidad (SSTS. 3.11.97, 19.2.2000, 26.2.2000), sin olvidar que la identificación de la voz de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes.

En efecto la identificación subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial caso de falta de reconocimiento identificativo realizado por los acusados, pero la STS 17.4.89, ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con la adveración por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por la Tribunal Constitucional en S. 190/93 de 26.1.

En definitiva, en relación al reconocimiento de voces, el Tribunal puede resolver la cuestión mediante el propio reconocimiento que se deriva de la percepción inmediata de dichas voces y su comparación con las emitidas por los acusados en su presencia o mediante prueba corroboradora o periférica mediante la comprobación por otros medios probatorios de la realidad del contenido de las conversaciones.

En síntesis, a falta de reconocimiento, la prueba pericial no se revela necesaria o imprescindible, otra cosa es que sea conveniente, si el Tribunal ha dispuesto de los términos de comparación necesarios o de otras pruebas legítimas que corroboren el contenido de lo grabado, como acontece en el caso presente, en el que la sentencia (F.J. 8) destaca la correspondencia entre las personas de las conversaciones telefónicas y las que acudían a las citas concertadas, debiéndose destacar en relación a estos recurrentes que renunciada en el plenario por su defensa a la audición de las cintas, no puede ser instrumentalizada tal renuncia para alegar los interesados posteriormente vulneración por no estar correctamente introducidas las conversaciones en el plenario.

b) Respecto a la falta de notificación al Ministerio Fiscal de las intervenciones telefónicas, ante todo no puede sostenerse, STS. 1013/2007 de 26.11, la ausencia de control judicial de la injerencia por el solo hecho de que se haya omitido la notificación del auto autorizante al Ministerio Fiscal. El art. 18.3 CE subordina la medida a la existencia de “resolución judicial” que la autorice y en línea de principio ello parece suficiente para alcanzar la garantía constitucional. La notificación al Ministerio Fiscal puede ser un “plus” de garantía procesal pero no tiene en rigor rango de exigencia constitucional.

En segundo lugar, siendo una medida secreta por su propia naturaleza, y por ello necesariamente temporal, no es desorbitado posponer su revisión o crítica a un momento posterior, sin causar por ello indefensión alguna al investigado, ejerciendo el Ministerio Fiscal de esta forma la defensa de la legalidad, subsanándose plenamente la posible omisión inicial. Por otra parte, el auto se dicta en el seno de las diligencias previas correspondientes, cuya incoación

hay que entender puesta en conocimiento obligatoriamente del Ministerio Fiscal, que a partir de dicho momento está personado permanentemente en la causa.

Por último, la jurisprudencia de esta Sala sostiene esta línea interpretativa en SSTS. 1246/05, 138 y 1187/06, y 126/07, 1013/2007, siendo particularmente explícita la STS. 793/2007. que tras examinar la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala, llega a la conclusión que “no cabe afirmar que exista una doctrina jurisprudencial que haya establecido que ese defecto procesal, por sí solo, pueda llevar consigo la vulneración del derecho del art. 18.3 CE con los consiguientes efectos de prohibición de valoración de la prueba previstos en el art. 11.1 LOPJ “. Pasa revista a continuación a cinco SSTC referidas a esta cuestión.

Así, en relación con la 126/00, lo que se dice a título de “obiter dicta” en su fundamento de derecho quinto es que “el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas “diligencias indeterminadas” no implica, “per se”, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues... lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control. Tanto el control inicial, pues aún cuando se practique en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE, como el posterior (cuando se alza la medida) por el propio interesado que ha de poder reconocerla e impugnarla. Por ello, en la citada resolución (se refiere al fundamento sexto de la STC 49/99) consideramos que no se había quebrado esa garantía al haberse unido las diligencias indeterminadas, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito...”. Lo transcrito anteriormente, no es desde luego incompatible con lo afirmado más arriba puesto que la garantía judicial no excluye ni mucho menos la intervención del Ministerio Fiscal en todo momento, conste o no la diligencia de notificación del auto.

La STC 205/02, también en el fundamento de derecho quinto, se refiere a un caso en el que nunca llegó a incorporarse al proceso judicial el auto que autorizó la intervención telefónica, lo que determina la vulneración del derecho fundamental. Una vez declarado lo anterior, sostiene que ello queda reforzado porque se trataba de un modelo estereotipado “y que contiene una errónea referencia a la investigación del delito de tráfico de estupefacientes” y porque “no fue notificado el Ministerio Fiscal”, además de la omisión de otros datos en el auto referido, “por lo que todas estas circunstancias conocidas a “posteriori” abundarían en la pertinencia del otorgamiento del amparo del derecho al secreto de las comuni-

caciones telefónicas”. La cuestión aquí debatida no es el fundamento esencial de la sentencia.

La 165/05, se refiere a un defecto de motivación y “como causa concurrente... la falta de notificación al Ministerio Fiscal...”. También la STC 259/05, igual que la anterior, establece junto al defecto de motivación de las resoluciones judiciales “como causa concurrente... la falta de notificación al Ministerio Fiscal... lo que ha impedido a aquél ejercer la función de promoción de la defensa de los derechos de los ciudadanos”. O la STC. 146/06, en la misma línea de apreciar la falta de motivación imprescindible, añadiendo la falta de notificación al Ministerio Fiscal.

Esta última omisión, según se desprende de lo anterior, es causa concurrente, pero no decisiva por sí sola para declarar la vulneración del art. 18.3 CE por falta de garantía del control de la medida autorizada con motivación suficiente por el Juez de Instrucción, como señala la mencionada STS 793/07 máxime cuando el propio Ministerio Fiscal, que no formuló protesta alguna, sostiene en la impugnación del recurso, la legalidad de las intervenciones.

Por todo ello, el razonamiento invalidante de las escuchas esgrimido por los recurrentes -la garantía judicial para ser tal exige el conocimiento previo del Fiscal de la adopción de la medida-, no se deduce de la norma constitucional ni directamente de la doctrina que la interpreta, lo que ha de conllevar la desestimación de la queja planteada, máxime cuando la sentencia recurrida (F.J.5) resalta que conste a los folios 38, 48, 112 y 118, que las resoluciones judiciales que acordaron las intervenciones telefónicas de los móviles de los acusados, entre ellos Serafín, fueron comunicadas al Ministerio Fiscal, por fax tal y como se desprende de los reportes con resultado OK obrantes en autos.

c) Por último, y con referencia a la falta de motivación del auto inicial que acordó las primeras intervenciones telefónicas e inexistencia de indicios que justificaban la medida y su proporcionalidad, nos remitimos, en aras de la brevedad y para evitar innecesarias repeticiones a lo ya razonado en el ordinal tercero del recurso interpuesto por Eladio.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo segundo por infracción de Ley prevista en el art. 849.1 LECrim. por la no aplicación del art. 24.1 CE. sobre el derecho a la presunción de inocencia, relacionado con la infracción de Ley prevista en el art. 849.1 LECrim. por la indebida aplicación del art. 368 CP, todo ello además en relación con el art. 5.4 LOPJ., habida cuenta que la sentencia recurrida funda el fallo condenatorio del recurrente sin que los elementos objetivos del delito que se reputa cometido, medie una actividad probatoria

mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida de las necesarias garantías constitucionales y procesales que la legitimen, quedando, por ende, transgredido el derecho del acusado a que se le presuma inocente, mientras no se acredite su culpabilidad.

Retomando lo ya argumentado en el motivo cuarto del recurso del anterior acusado Eladio, a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre:

a) Los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas.

b) Que los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria.

Como se dijo en las SSTC. 135/2003 de 30.6 y 263/2005 de 24.10, el control constitucional, de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, (no siendo pues, razonable, cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto, que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediatez, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

En similar sentido la STS. 745/2008 de 25.11 nos dice que el ámbito de conocimiento de esta Sala de casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia queda delimitado por estos tres aspectos:

a) La comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos.

b) La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediatez y contradicción, a salvo de lo previsto en la

prueba preconstituida en los casos permitidos en la Ley.

c) Constatación de la racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria.

En efecto esta Sala -por todas STS. 1372/97 de 11.11- tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:

a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.

b) Los hechos constitutivos de delito debe deducirse a esos indicios (hechos completamente probados), a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas de criterio humano, explicitado en la Sentencia.

Por tanto la prueba indiciaria o por presunciones queda ceñida a dos puntos: desde el punto de vista formal a verificar la expresión de los indicios o hechos-base acreditados que partiendo de ellos, lleguen al hecho-consecuencia; y desde un punto material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios, o uno de singular potencia acreditativa, y que no estén destruidos por contraindicados, y fundamentalmente a la expresión del juicio de inferencia y que éste sea razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", en términos del art. 1253 del Código Civil (SSTS. 1085/2000 de 26.6, 1364/2000 de 8.9, 24/2001 de 18.1).

En el caso presente los recurrentes cuestionan la prueba que la Sala valora en el Fundamento jurídico 9 en relación a la participación de los hoy recurrentes Serafín y Aurora, en concreto el resultado de las conversaciones telefónicas mantenidas por Serafín con el coacusado Aureliano -en particular la del día 22.9 en que quedan en verse al día siguiente, comprobándose en la vigilancia policial del domicilio de Aureliano que en efecto, a él acudieron Serafín y Aurora -; las vigilancias y seguimientos efectuados por los agentes policiales que pusieron de relieve las reuniones mantenidas entre estos dos acusados y Amparo, la primera el 18.9 en el aparcamiento de Carrefour existente en la localidad de Tomares, y las siguientes en tres días consecutivos 23, 24 y 25 de septiembre en el domicilio de Aureliano, siendo este último día cuando también acudió Eladio, el cual salió del citado domicilio portando una caja de zapatos conteniendo cocaína en su interior.

De todos estos indicios la conclusión de la Sala de que Serafín y Aurora suministraron la droga a Eladio con la intermediación de Aureliano que los concertó y puso de acuerdo -

Eladio y el matrimonio colombiano no se conocían de antes, ni habían mantenido contacto personal ni telefónico- es conforme a las reglas de la lógica y máximas de experiencia.

Los recurrentes se limitan a cuestionar el valor de cada indicio olvidando que esta Sala SSTS. 1012/2003 de 11.7, 260/2006 de 9.3, 1057/2006 de 3.11, 487/2008 de 17.7, 56/2009 de 3.2, ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS. 14.2 y 1.3.2000). Es decir la recurrente se limita a analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien a aislarlos del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pero sabemos que la fuerza convictiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los indicios probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en si mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despegue del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (SSTS. 19.10.2005, 4.7.2007).

No otra cosa acaece en el caso que se analiza. Se está en presencia de una prueba indiciaria compuesta por varios hechos base totalmente acreditados, no desvirtuados por indicios de signo adverso, que en una global y conjunta valoración ha permitido a la Sala de instancia construir un juicio de inferencia y llegar al hecho consecuencia que se quería acreditar y que se describió en el "factum", cual es que estos recurrentes suministraban la cocaína que le fue ocupada a Eladio, al salir del domicilio de Aureliano.

DÉCIMO QUINTO.- Respecto al desconocimiento que se dice que la recurrente tenía de las actividades ilícitas a su marido, debemos efectuar dos precisiones previas:

1º Es cierto -como se afirma en el motivo- que esta Sala tiene declarado -por todas STS. 778/2007 de 9.10, Los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser per-

ceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados (STS. 22.5.2001).

En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10, considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión -se afirma en las SSTS. 120/2008 de 27.2 y 778/2007 de 9.10, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ., como por la del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTS. 30.10.95, 31.5.99).

Por tanto, los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim, y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTS. 151/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2).

En definitiva la revisión de los denominados juicios de valor e inferencias se refieren a los elementos internos del tipo -como el dolo, el animo que guía al acusado, el conocimiento de determinada cuestión o posesión para el tráfico- no a cualquier actividad deductiva o inferencia. Estos elementos internos al no ser propiamente hechos sino deducciones derivadas de hechos externos pueden ser revisables en casación, controlando la suficiencia del juicio de hecho, la inferencia en sí, que no es más que una forma de prueba indirecta de hechos internos que han de acreditarse a través de hechos externos, por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Tribunal de instancia no es vinculante y es revisable vía art. 849.1 LECrim. si bien en estos casos la Sala casacional ha de limitarse a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas

de experiencia o los conocimientos científicos..." pero no puede confundirse con la actividad valorativa que realiza el Tribunal de las pruebas practicadas en orden a un hecho externo, cual es que Margarita no es que tuviera un simple conocimiento de las actividades ilícitas de su marido, sino que participaba activamente en las mismas.

2º Que aun cuando la coautoría en la tenencia de drogas para el tráfico no puede darse por la simple convivencia familiar bajo un mismo techo en relaciones familiares cercanas, como son entre cónyuges, pues es preciso tener participación efectiva en alguna de las conductas tipificadas (SSTS. 1459/2005 de 4.11, 408/2006 de 12.4), ello es a condición de que la conducta desarrollada sea de un mero encubrimiento y no en aquellos casos en que la recurrente realice más que eso, con actos de promoción, facilitación o favorecimiento del tráfico ilícito que exceden notoriamente de tal encubrimiento, para convertirse en actos de autoría delictiva (SSTS. 16.7.2001, 25.6.2003, 5.7.2004).

Conducta ésta que será la desarrollada por Aurora por cuanto, tal como destaca la sentencia recurrida, su intervención no puede calificarse como de casual o de mera acompañante de su marido, carece de toda lógica pensar que una persona que se mantiene al margen de las actividades ilícitas de su cónyuge acuda junto a éste a todas las citas y reuniones que éste mantiene con tal motivo, lo que lleva a la Sala a concluir, de forma lógica y racional, que si lo hace es porque está al corriente de la operación de compraventa de droga que se va a llevar a cabo y porque va a colaborar con su marido en materializarla, labor de apoyo y colaboración que entiende corroborada por la llamada que el día 25.9, Aurora realiza, desde el móvil de su marido, a Amparo avisándole de que estaban llegando a Mairena.

DÉCIMO SEXTO.- Por último en el recurso interpuesto por Aurora se recoge la doctrina de esta Sala sobre la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, y en este sentido la diferencia entre la coautoría y la cooperación o la participación rádica, como hemos dicho en SS. 581/2009 de 2.6 y 825/2009 de 16.7 en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría (STS. 590/2004 de 6.5); y se concreta que "existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (te-

oría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10, 891/2006 de 22.9)".

En la STS. 699/2005 de 6.6, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, "la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última", que permite a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que "el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Esta Sala en sentencia 677/2003 de 7.3, recoge de forma detallada la doctrina de la Sala expresada en varias resoluciones sobre la diferencia entre cooperación necesaria y complicidad.

Así, en la Sentencia 1338/2000, de 24 de julio, se declara que la participación en el hecho delictivo mediante la cooperación necesaria tiene dos vertientes que es preciso delimitar: por una parte con la autoría en sentido estricto (artículo 28.1 C.P.) -se dice que es autor aquél que realiza el tipo previsto en la norma como propio-; por otra parte con el cómplice, artículo 29 C.P. (el aplicado), a cuyo tenor son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. El cooperador, sea necesario o cómplice participa en el hecho típico realizado por otro. A su vez, la coautoría implica la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente no jugando con ello el principio de la accesoriidad de la participación. La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado al respecto que "la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad re-

sulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo", refiriéndose a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación, la de la "conditio sine qua non", la del "dominio del hecho" o la de las "aportaciones necesarias para el resultado", resultando desde luego todas ellas complementarias. Por lo que hace a la participación a título de cómplice se habla de una participación de segundo grado, que implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente fundamental y esencial que va embebida en la autoría (S.T.S. de 6/11/96 y las recogidas en la misma).

Y la Sentencia 123/2001, de 5 de febrero, también entra en el examen de la participación delictiva y expresa que una reiterada doctrina de esta Sala ha señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad.

Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las Sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 enero 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad. En primer lugar se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas.

De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho. Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito. Como señalan las resoluciones citadas, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, sin adscribirse

a ninguno de ellos en exclusiva. Sin embargo, una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho.

En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho. Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o co-

■

*"...la doctrina de esta Sala (...), ha estimado, en relación con el Código Penal anterior, que" cuando la pena privativa de libertad no alcance los 6 años, si existe arresto sustitutorio de una pena de multa, dicho arresto no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, a los seis años porque, en otro caso, se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de 6 años y 1 día que el que lo fue a pena, por ejemplo, de 5 años y 11 meses..."*

■

operadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar.

La teoría de la participación en sentido estricto -excluida la autoría- se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles acce-

sorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito. Esta Sala viene declarando (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesoria o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario.

Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido, como ya dejamos expuesto más arriba, a distintas teorías que fundamentan esa diferenciación. De una parte la de la "conditio sine qua non", para la que será necesaria la cooperación sin la cual el delito no se habría cometido, es decir, si suprimida mentalmente la aportación del sujeto el resultado no se hubiera producido; la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito; y la teoría del dominio del hecho, para la que será cooperación necesaria la realizada por una persona que tuvo la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, si bien un importante sector doctrinal emplaza las situaciones de dominio funcional del hecho dentro de la coautoría. En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible.

Por ello la complicidad "requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comitivas" (STS. 1216/2002 de 28.6). Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, que han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriidad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (STS. 888/2006 de 20.9).

Ahora bien en el delito del art. 368 CP. al penalizar dentro del mismo



marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto ha definido un concepto extensivo de autor. Por ello la doctrina de esta Sala, SSTS. 1069/2006 de 2.11, ha establecido el criterio, según el cual y como regla general, en el tipo delictivo y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley, y solo en supuestos excepcionales se llega a la mera complicidad, que se ha apreciado solamente en casos de colaboración mínima, entre ellos los que se ha denominado "conducta de favorecimiento al favorecedor del tráfico". La sentencia 312/2007 de 20.4, resume la doctrina jurisprudencial, destacando como supuestos de complicidad, la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas. (STS. 28.1.2000), también facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25.2.2003); realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS. 23.1.2003), y el mero acompañándolo y traslado en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS. 17.3.2003).

Conductas éstas que no pueden equiparse a la descrita en el "factum" como atribuible a Aurora, presente en todas las conversaciones en las que se fijó la fecha de la transacción y su precio y vendedora de la cocaína junto con su marido y Juan María.

El motivo, por lo razonado, se desestima.

**DÉCIMO SÉPTIMO.-** El motivo tercero (en el recurso se articula como segundo) por infracción de Ley, art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de las pruebas.

Se señala en el motivo que en el fundamento jurídico noveno (párrafo 2º) al referirse a la participación de Aurora en el delito, se alude a que "de las vigilancias policiales" y "reuniones concertadas", por lo que está dando a entender que las pruebas existentes derivan de la vigilancia policial y de la estancia en los encuentros, y sin embargo, del acto del plenario y de las declaraciones de los agentes núm. 009 y núm. 003 se ha de deducir lo contrario. Igualmente en el mismo fundamento noveno se recoge que Aurora avisó a Aureliano, no correspondiéndose ello con la verdad, pues según consta en el atestado y especialmente en las transcripciones de cintas, se recibió una llamada en el teléfono de su marido, siendo una mujer la que contesta, sin que pueda identificarse en la persona de la recurrente, al seguir faltando el elemento probatorio del cotejo de voces.

El motivo deviene improsperable.

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

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

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

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

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

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

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

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

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

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

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

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

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad

para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

En el caso presente, la parte señala como documentos las testificales policiales en el plenario, el atestado y las transcripciones de las cintas.

Pues bien no son documentos, aunque se hallen documentados en la causa bajo la fe pública las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado, ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, SSTS. 26.3.2001 y 3.12.2001). No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 "ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECrim. En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LECrim. Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio.

Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al

recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001. y 22.5.2003).

Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004, con cita de las SS. 15.3.91, 12.11.92, 1.4.96, señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12, que precisa que "incurrir la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, -y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial- a quien compete valorar con inmediatez la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LECrim), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediatez que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 y 219/96 de 1.4 entre otras).

Respecto al testado policial, por regla general, esta Sala (STS. 96/2000 de 6.5), no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento es el atestado policial, pues con independencia de su consideración material de documento no tiene el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, su declaración tiene la consideración de prueba testifical (STC. 217/89).

Y similar consideración debe hacerse con referencia a las transcripciones de las cintas para acreditar que no era Aurora la mujer que contestó a la llamada telefónica, pues aún cuando falte la prueba de identificación de voces, tal correspondencia se deduce de ser el móvil de su marido el teléfono utilizado, y de la fecha, 25.9.2007, y el propio contenido de la llamada, avisando a Aureliano de que estaban llegando a Mairena, lugar de residencia de éste último, lo que fue comprobado por la vigilancia policial que constató cómo ese día, a las 18 horas, llegaron al domicilio de Aureliano, los acusados Serafín y Juan María, y una única mujer, Aurora, esposa del primero.

Recurso interpuesto por Aureliano.

DÉCIMO OCTAVO.- El motivo primero por infracción de preceptos constitucionales, al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del art. 18.3 CE. en relación con los arts. 11.1, 238 y 240.1 LOPJ, todo ello en relación con el art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, por cuanto en la obtención de la prueba de cargo intervenciones telefónicas, que conduce a la detención del recurrente no se respetaron los requisitos jurisprudencialmente establecidos: finalidad limitada a establecer la existencia de un delito concreto y descubrimiento de las personas responsables del mismo; proporcionalidad de la medida; excepcionalidad de la medida; que recaiga únicamente sobre teléfonos de las personas de las que existan indicios claros de estar implicados en los concretos delitos investigados; concreción sin que sea posible una intervención que pretendiera el descubrimiento general e indiscriminado de actividad delictiva genérica, existencia de verdaderos indicios de comisión de delito y no sólo meras sospechas o conjeturas; suficiente y motivada resolución judicial acordando la medida, y control judicial efectivo de las escuchas especialmente si sirven de base para acordar nuevas prórrogas.

En definitiva se argumenta que los motivos expuestos en la solicitud policial inicial en la que se fundamentan las sucesivas autorizaciones judiciales resultan insuficientes para justificar la injerencia realizada en el derecho al secreto de las comunicaciones protegido en el art. 18 CE, al basarse de forma exclusiva las meras suposiciones y conjeturas acerca del delito y de la participación en el mismo de los afectados, lo que provoca su nulidad radical, por imperativo del art. 11.1 LOPJ, a lo que contribuyó el hecho de que el Ministerio Fiscal en ningún momento fue informado de la intervención telefónica en cuestión.

El motivo en cuanto plantea las mismas cuestiones analizadas en el motivo tercero del recurso interpuesto por el coacusado Eladio debe ser desestimado, remitiéndonos a lo ya expuesto para evitar innecesarias repeticiones, máxime cuando la intervención telefónica acordada respecto de este recurrente se basa en indicios y datos objetivos derivados de las escuchas telefónicas ya acordadas de los telefónicos de aquel acusado Eladio, contrastadas por los seguimientos y vigilancias efectuadas, en concreto la conversación mantenida el 29.8.2007, la reunión celebrada, al día siguiente entre ambos, en un lavadero de coches de Mairena del Aljarafe y momentos después en el domicilio del recurrente y las posteriores conversaciones telefónicas en las que hacen cuentas relativas a la operación que se ha llevado a cabo y asimismo se destaca como este recurrente y Eladio ya fueron detenidos en el año 2004 en una operación anterior.

Por último en cuanto a la falta de notificación de las intervenciones al Ministerio Fiscal, damos por reproducido lo ya razonado en el motivo primero de los recursos interpuesto por Serafín y Aurora.

DÉCIMO NOVENO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del art. 24.1 CE que consagra el derecho a un proceso con todas las garantías legalmente establecidas.

El motivo reitera lo expuesto en el anterior en cuanto que no sólo el carácter prospectivo de las intervenciones telefónicas sino la no división de las diligencias previas desde el momento en que el Juez instructor se encuentra ante delitos diferentes,

■

*"En consecuencia el art. 53.3 del Código Penal debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados en la medida en que, junto con la pena de prisión impuesta, resulte una pena privativa de libertad superior a cuatro años, límite que no se podrá rebasar nunca como consecuencia de dicha responsabilidad personal."*

■

personas distintas y hechos radicalmente diferenciados, supone la definitiva ruptura de las normas que garantizan la legalidad de un proceso judicial.

El motivo, desestimado que ha sido el precedente, deviene improperable, por cuanto no se razona en que medida el momento -providencia de 12.5.2008- en que por el Instructor se acordó la separación de las presentes diligencias previas 1483/2008 de las previas inicialmente incoadas el 14.8.97, 1936/2007, ha podido vulnerar el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías, ni cual de los hechos que comprende -derecho al juez predeterminedo por la Ley, a la defensa y asistencia letrada; a ser informado de la acusación contra él formulada; a

utilizar los medios de prueba para su defensa; a no declarar contra sí mismo y a ser presunto inocente; a un proceso público con igualdad procesal entre las partes y a permitir al acusado participar y contradecir la prueba de las partes acusadoras; a ser juzgado por un Tribunal imparcial y en un plazo razonable, con estricto respeto al principio acusatorio se ha podido ver infringido.

VIGÉSIMO.- El motivo tercero por infracción de preceptos constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del art. 24.1 CE. que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los arts. 120 y 23 CE.

El motivo debe ser desestimado.

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido genérico y complejo que se proyecta a lo largo de todo el proceso desde su inicio (el acceso a la jurisdicción) hasta el final (la ejecución) y comprende, por ello:

a) El derecho a acceder a los Jueces y Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos.

b) El de tener oportunidad de alegar y probar las propias pretensiones en un proceso legal y en régimen de igualdad con la parte contraria sin sufrir indefensión.

c) El de obtener una respuesta razonada y fundada en derecho dentro de un plazo razonable.

d) El de ejercitar los recursos establecidos frente a las resoluciones que se consideren desfavorables.

e) El de obtener la ejecución del fallo judicial ya que si no fuera así las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna.

El derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el art. 24.1 CE. comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales y exige que las sentencias explíciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además ya venía ya preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE. y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y ra-

ziones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque “La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial”, ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo “comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada” (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que “en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”. (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva “no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las

disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 “solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento”.

Por ello cuando se trata de la llamada motivación fáctica, la STS. 32/2000 de 19.1, recuerda que la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y de que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico.

En el caso presente, en el desarrollo del motivo y desde el prisma de la presunción de inocencia, se insiste en que la Sala de instancia en la valoración de la prueba, no ha seguido un proceso racional y coherente, olvidando que la sentencia, Fundamento Jurídico octavo, partiendo de la validez de las intervenciones telefónicas, considera prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el contenido de las conversaciones telefónicas mantenidas por este recurrente con el acusado Eladio los días 18 y 19 septiembre, y con el acusado Serafín los días 17 y 22 del mismo mes; las vigilancias y seguimientos realizados a Aureliano por los funcionarios policiales, de forma coordinada con las escuchas, así como el resultado de la diligencia de entrada y registro practicada en su domicilio, en la que se intervinieron 22 gramos de cocaína con pureza del 45%, 74 gramos de sustancia adulterante, varios trozos de hachís, una balanza de precisión, una pistola limitada y 1.250 euros.

Pruebas éstas que acreditan la participación del recurrente, en calidad de intermediario, concertando y preparando la reunión en su propio domicilio, en la que tuvo lugar la adquisición de la cocaína por Eladio.

VIGÉSIMO PRIMERO.- El motivo cuarto por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim.

El recurrente se emite a lo anteriormente expuesto en cuanto que la intervención telefónica, obtención de prueba de cargo y su condena, se ha

producido con infracción de principios de legalidad ordinaria.

El motivo, consecuentemente, debe ser desestimado, máxime cuando no se señala que norma de derecho sustantivo considera infringida.

Recurso interpuesto por Juan María.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El primer motivo por el cauce establecido en el art. 5.4 LOPJ. por la vulneración del art. 18.3 CE, derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Se alega, en síntesis, en el motivo que los datos ofrecidos en el oficio policial que dio lugar a la primera intervención telefónica de los móviles de José Ramón no suponían indicio objetivo alguno con contenido incriminatorio para en base al mismo limitar un derecho fundamental, por lo que el auto de 16.8.2007 que se remitió a los datos expuestos en el oficio policial es nulo, privando de validez jurídica a las conversaciones, grabaciones y transcripciones obtenidas, y como en la presente causa penal no nos encontramos ante el supuesto del “hallazgo inevitable” sino que la aprehensión de la droga se llegó a través de la intervención telefónica, nos encontramos ante lo que la jurisprudencia denomina “conexión de antijuricidad”, con nulas las declaraciones de los Guardias Civiles intervinientes en las actuaciones, por haber tomado datos, para las vigilancias y seguimientos e, incluso para la aprehensión de la droga, procedentes de las intervenciones telefónicas, e incluso las propias declaraciones autoinculpatorias de cualquier procesado porque las mismas tendrían como origen la intervención telefónica operada en relación con la droga.

Supeditado el motivo a la nulidad de las primeras intervenciones telefónicas mediante auto de 16.8.2007, nulidad que ha sido desestimada al analizar el motivo tercero del recurso interpuesto por Eladio, su improspereabilidad deviene necesaria, dando por reproducido lo ya argumentado para evitar innecesarias repeticiones.

VIGÉSIMO TERCERO.- El motivo segundo por el mismo cauce, art. 5.4 LOPJ, denuncia la vulneración del art. 24.2 CE. derecho fundamental a la presunción de inocencia por cuanto no existe prueba de cargo válidamente obtenida.

Se argumenta en el motivo que Juan María ni al inicio, ni en el desarrollo de la investigación policial, fue objeto de la misma, ni era conocido por la Policía, ni había sido objeto de seguimientos ni de vigilancias, su teléfono no fue objeto de intervención, ni había mantenido conversaciones telefónicas con el resto de los investigados e inculcados, apareciendo por primera vez en la causa, cuando acudió, dos días antes de la intervención policial, al domicilio del también imputado Aureliano,

al que no conocía de nada, llevándolo a dicho lugar el también imputado Serafín, con la única finalidad de venderle un Renault Clío de segunda mano, actividad profesional a la que el recurrente se dedica, visita que repitió el 25.9, día en que se produce la intervención policial, al decirle el Sr. Serafín que acuda nuevamente al domicilio del Sr. Aureliano para concretar la venta del vehículo, llegando, pasado unos minutos, el también imputado Eladio, al que el recurrente no conocía de nada, saliendo al poco tiempo del interior del bloque Juan María no llevando nada ni al entrar, ni al salir.

Asimismo en relación al delito de resistencia destaca que en el momento en que los agentes núm. 001 y núm. 010 iban a proceder a su detención, de noche y en una barriada de un pueblo de Sevilla, éstos iban de paisano, sin distintivo policial alguno y cuando uno de ellos portando una pistola le dice que son policías, se asustó y salió corriendo, pensando que iba a ser objeto de un atraco, sin menospreciar el principio de autoridad, pues simplemente no les creyó y salió huyendo asustado, hasta que finalmente fue reducido por la fuerza actuante.

Como hemos afirmado al analizar el motivo articulado por igual vía, presunción de inocencia, por los anteriores recurrentes, el ámbito de conocimiento de esta Sala de casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia queda delimitado por estos tres aspectos:

a) La comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión concretada en la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos.

b) La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción, a salvo de lo previsto en la prueba preconstituida en los casos permitidos en la Ley.

c) Constatación de la racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria.

Y el límite del control casacional en materia de presunción de inocencia está precisamente en el intento de nueva valoración de la prueba, lo que pertenece en exclusiva al Tribunal sentenciador (STS. 1231/2000 de 3.7).



En este sentido no cabe confundir presunción de inocencia con la disconfiabilidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por la Sala, como recordó la STC. 36/83 señaló que: "cuando en la instancia judicial se produce una actividad probatoria y el resultado de tal actividad es apreciado por el órgano judicial en uso de su libertad de apreciación, como expresivo de la culpabilidad del antes presuntamente inocente, no puede entenderse vulnerado tal derecho, pues la presunción que solo lo es con el carácter de iuris tantum, queda destruida por la prueba apreciada libremente por el Juzgador.....".

Y en igual sentido la STC. 205/98 de 26.10 recuerda que cuando lo que se denuncia no es la ausencia de actividad probatoria, sino la discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia pues "no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas hacen los órganos judiciales una vez verificada la existencia de actividad probatoria directa respecto de los hechos objeto de condena y de la participación del condenado en los mismos (entre otras SSTC. 17/84, 177/ (7, 150/89, 82/92, 70/94 y 82/95). Por ello, la prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia debe estar encaminada a fijar el hecho inculpativo que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por una parte, y por otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad (SSTC. 33/2000 de 14.12, 171/2000 de 26.6).

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

De modo que "solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya prueba de cargo válida, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha

valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (STC. 8/2006 de 16.1, 92/2006 de 27.3).

En el caso actual la sentencia de instancia, Fundamento Jurídico noveno in fine, valora el testimonio prestado por los agentes policiales intervinientes en el dispositivo de vigilancia del domicilio de Aureliano en orden a la presencia de Juan María, en compañía del matrimonio colombiano y Serafín y Aurora, en dicho domicilio los días 23, 24, y 24 de septiembre, y como aquellos, Serafín y Aurora esperaban en la puerta del bloque a Juan María para subir los tres juntos, extremo éste que se refleja en las conversaciones telefónicas mantenidas el día 23, a las 10,45 y 10,50 entre Serafín y Aureliano.

Asimismo el día 23 de septiembre, día en que tuvo lugar la operación de compraventa en el domicilio de Aureliano por parte de Eladio, el hoy recurrente acudió a dicho domicilio en unión del matrimonio colombiano, subiendo los tres juntos, extremo acreditado por el testimonio del agente policial núm. 002. Igualmente el Policía núm. 007 comprobó como posteriormente Juan María marchó del domicilio de Aureliano, en compañía de éste y de Serafín y Aurora, y los agentes policiales núm. 010 y núm. 001 como, transcurridas un par de horas, Juan María volvió a las inmediaciones del domicilio de Aureliano, momento en que se procedió a su detención.

De todos estos datos objetivos acreditados por prueba directa, cual es el testimonio en el plenario de los agentes de la Policía Nacional, que la Sala considera prestado "con total seguridad, honestidad, firmeza y objetividad, dando razón en todo momento a su actuación". Así como del hecho de volver el recurrente al domicilio de Aureliano y su reacción oponiendo resistencia a su detención, la Sala infiere de forma lógica, racional y conforme a las reglas que ofrece la experiencia sobre la forma en que ordenamiento se desarrollan los acontecimientos, que este acusado estuvo presente y colaboró con el matrimonio colombiano, Serafín y Aurora, en la venta a Eladio en el domicilio de Aureliano, de aproximadamente un kilogramo de cocaína.

VIGÉSIMO CUARTO.- Proceso deductivo que debe considerarse racional por cuanto el Tribunal sentenciador ha valorado la falta de explicación seria y razonable por parte del acusado que se acogió a su derecho a no declarar en el juicio oral.

Sobre este particular la sentencia de esta Sala 830/2006 de 21.7 proclama que "La negativa a contestar en el acto del juicio oral, permite la entrada en juego de las previsiones del art. 714 L.E.Cr. (véase STS de 6 de febrero de 2001), teniendo en

cuenta, por otra parte, que carece de lógica que si el testigo o coacusado no comparece o no está localizable, se puede dar lectura a sus declaraciones anteriores y si comparece y se niega a declarar, no sea factible someter a contraste sus manifestaciones precedentes.

En este sentido, esta Sala ha reiterado que "no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por parte del tribunal que le juzga. Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión, o la inconsistencia de la versión de los que hechos que aporta el acusado, habrán de ser tenidas en cuenta por el órgano judicial. La lícita y necesaria valoración del silencio del acusado como corroboración de lo que ya está acreditado es una situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas ya practicadas".

"...en supuestos como el actual en los que la pena privativa de libertad impuesta es precisamente de cuatro años, no procede imponer el cumplimiento de responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad, pues en cualquier caso se superaría el citado límite legal."...."

En definitiva, el silencio del acusado en ejercicio de un derecho puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación por su parte de los hechos. Pese a su silencio puede deducirse una ratificación del contenido inculpativo resultante de otras pruebas (véase SSTC de 29 de septiembre de 2000 y de 27 de junio de 2002).

Este criterio se sustenta también en la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas presentadas por la acusación, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación incurriese fuese irrazonable o arbitraria (TC 220/1998, FJ 4, por todas) o bien fuese la consecuencia del solo

hecho de haber optado la recurrente por guardar silencio. Por lo demás, sin perjuicio de la razonabilidad de la valoración de la negativa inicial a prestar declaración, la condena se ha fundamentado en otras pruebas de cargo válidas que el demandante no ha cuestionado y a cuya valoración judicial, por no ser arbitraria ni irrazonable, nada cabe oponer en amparo (véase STC de 24 de julio de 2000)."

El ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del acusado en una causa penal en el acto del juicio oral, no puede ser interpretado sino como un acto neutro. No supone una negación o rectificación de lo declarado hasta ese momento, pero tampoco se puede valorar como una aceptación o ratificación tácita de lo dicho con anterioridad. Se trata del ejercicio de un derecho fundamental, al que no pueden anudarse efectos negativos para su titular con carácter automático. Esto no impide que, si existen otras pruebas de cargo suficientes para acreditar el hecho y su intervención en él, de modo que pudiera entenderse que reclamaban una explicación por su parte, su silencio pueda ser valorado como demostrativo de la inexistencia de esa explicación exculpativa. Pero aún en estos casos, la prueba de cargo es independiente de la valoración del silencio.

Asimismo la inexistencia de una explicación alternativa de alguna solidez por parte del recurrente que justifique su presencia en el piso de Manuel, siempre en compañía del matrimonio colombiano puede valorarse como dato corroborador de la conclusión condenatoria alcanzada, debiendo recordarse al respecto que, de acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, "la futilidad del relato alternativo del acusado, si bien es cierto, que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad, (Sentencias de Tribunal Constitucional 220/1998, de 16 de noviembre, F. 6; 155/2002, de 22 de julio, F. 15; 135/2003, de 30 de junio, F. 3)".

Supuesto que sería contemplado en autos por cuanto la versión exculpativa que se ofrece en el recurso no merece credibilidad por su incoherencia interna, falta de consistencia y contradicción con aquellos datos objetivos debidamente acreditados, no siendo, en modo alguno, habitual que las conversaciones o tratos previos para la compraventa de vehículos de segunda mano entre personas que previamente no se conocen, se lleven a cabo o tengan lugar en el domicilio particular del comprador, y si lo es, por el contrario, que las operaciones relacionadas con el tráfico de drogas se verifiquen en lugares privados, por obvias razones de seguridad y de dificultar la acción policial.

VIGÉSIMO QUINTO.- Respecto del delito de resistencia la Sala de instancia (Fundamento Jurídico décimo tercero) forma su convicción a partir del testimonio de los funcionarios policiales núm. 001 y núm. 010 en el juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción, y entiende acreditado que dichos agentes dieron el alto policial al recurrente y se identificaron como policías, momento en que Juan María salió huyendo y los agentes le persiguieron hasta que lograron darle alcance, iniciándose un forcejeo entre el acusado y el Policía núm. 001, en el curso del cual éste resultó lesionado.

Siendo así la concurrencia de los elementos subjetivos del delito de resistencia, art. 556 CP, resulta indiscutible.

En efecto, el conocimiento por parte del sujeto activo de la cualidad y actividad del sujeto pasivo, no puede depender del uso del uniforme en el momento en que se ejerce la autoridad, dado que el uniforme sólo permite el inmediato reconocimiento del agente, siendo indiscutible que habiéndose identificado el agente como tal, y habiendo tenido conocimiento de ello el acusado se cumplieron todas las exigencias del elemento cognitivo del mismo.

Y el elemento subjetivo del injusto integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, que “va insito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido”, entendiéndose que quien agrede, resiste o desobedece conociendo la condición del sujeto pasivo “acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado”, matizándose que “la presencia de un animus o dolo específico... puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aún persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder” (STS 431/94, de 3 de marzo; SS.T.S. 602/95, de 27 de abril y 231/2001, de 15 de febrero, 778/2007 de 9 de octubre).

Y ésta precisión -recuerda STS. 8.10.2004- es la que nos lleva a concluir que el ánimo de huir no elimina el conocimiento de que se está actuando de modo violento contra unos funcionarios que se encuentran en el ejercicio de los deberes de su cargo. Esa intención final en la conducta (huir), eliminará el dolo directo de primer grado, pero no el dolo directo de segundo grado, también llamado también de consecuencias necesas-

rias, por cuanto el recurrente sabía que con ese concreto modo de comportarse inevitablemente estaba vulnerando el principio de autoridad o de la función pública.

El motivo, por lo expuesto, no puede merecer favorable acogida.

VIGÉSIMO SEXTO.- El motivo tercero por el cauce establecido en el art. 5.4 LOPJ, por vulneración de precepto constitucional, en concreto art. 24.1 CE, derecho fundamenta a la tutela judicial efectiva por cuanto la conclusión condenatoria a que llega la Sala es arbitraria ilógica y se ajusta más a las reglas de la lógica y de la experiencia del criterio humano, el entender que el recurrente Juan María, del que no se ha probado concierto previo anterior con el resto de los imputados, se limitó a acudir al domicilio de Aureliano con la única intención de venderle un vehículo Renault Clío por valor de 6.000 euros a un conocido de éste.

Retomando lo ya argumentado en relación al motivo tercero del recurso interpuesto por Aureliano por la misma vía de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, la motivación requiere del Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que, junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera, la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permite conocer las pruebas en virtud de las cuales se condena (motivación fáctica) y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica) al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y, finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

Por ello la cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias no es una cuestión que atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE.), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE.). El Tribunal Constitucional ha reiterado que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio. Como se afirma en la STC. 145/2005 de 6.6, existe una “intima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación de modo que sin motivación se produce ya una

vulneración del derecho a la presunción de inocencia. así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no solo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a este supuesto, en los supuestos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC. 189/98 de 28.9, FJ.2, 120/99 de 28.6 FJ. 249/2000 de 30.10 FJ.3, 155/2002 de 22.7 FJ. 7, 209/2002 de 11.11 FJ.3, 163/2004 de 4.10 FJ.9).

Una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la Sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC. 151/97 de 18.6, FJ.5, para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 CE. y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva.

De ahí que puede afirmarse que por exigencias del modelo cognitivo constitucional la motivación fáctica, adquiere, al menos, la misma centralidad que previamente tenía la motivación en derecho.

El incumplimiento de dicho deber o su cumplimiento defectuoso ya no solo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia sino la absolución del inculcado (SSTC. 5/2000, 139/2000, 149/2000, 202/2000).

En el caso presente, tal como hemos explicitado en el anterior motivo, el Tribunal de instancia expone -Fundamento Jurídico noveno- las razones de su convicción sobre la participación de éste acusado: testimonio de los policías que efectuaron los servicios de vigilancia, corroborado por el contenido de algunas de las conversaciones telefónicas mantenidas por otros acusados: Serafín y Aureliano, y la falta de explicación coherente del propio recurrente en orden a su presencia en las reuniones de los otros coimputados durante tres días seguidos -el último precisamente el día en que la operación de compraventa de cocaína tuvo lugar- en el domicilio de Aureliano.

Consecuentemente no se ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal “a

quo” ha expuesto las razones en que funda su convicción, siendo posible el control de su razonabilidad en sede casacional.

VIGÉSIMO SEXTO.- El motivo cuarto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim., aplicación indebida del art. 368 CP.

Se argumenta en el motivo que el recurrente de ninguna forma ha cometido el delito contra la salud pública ya que no ha promovido, favorecido y facilitado el tráfico de drogas, de ninguna manera se ha probado que llevase la sustancia estupefaciente que le fue intervenida posteriormente a Eladio al domicilio de Aureliano en las ocasiones en las que acudió al mismo, ni que le entregase sustancia estupefaciente alguna a dicha persona. Por último, tampoco se ha probado la existencia de un concierto previo entre el recurrente y alguno de los otros imputados para llevar a cabo el acto de tráfico, ni contactos previos con el resto de los imputados para llevar a cabo dicha actividad.

El motivo desestimado que ha sido el motivo segundo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, debe seguir igual suerte desestimatoria.

En efecto, decir admitiendo que el recurrente en ningún momento fuese quien materialmente entregó la cocaína a Eladio, es difícil que en cualquier acción dirigida a acercar las sustancias estupefacientes al adquirente, no pueda subsumirse en alguno de los verbos nucleares de “promover”, “facilitar” o “favorecer”, habiendo entendido esta Sala -STS. 1415/2005 de 28.10-, habiendo entendido esta Sala que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, siempre que se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda consumado.

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

En el caso examinado hemos de recordar que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las previsiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, al no constituir este motivo, ni una apelación, ni una revisión de la prueba. Se trata en este supuesto, de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza

za se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juricidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiera hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

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

Consecuentemente, cuando se utiliza la vía del art. 849.1 LECrim. el relato fáctico tiene que ser aceptado por entero y no sólo en la parte que directa o indirectamente pudiera favorecer su tesis, ignorando los que abiertamente le perjudican, pues las verdades a medias se alejan de la realidad, y lo mismo se contrarían los hechos probados formulando alegaciones contrarias a las bases fácticas del fallo recurrido como basando el recurso en una parte de los hechos probados con olvido de los restantes.

Siendo así en el relato fáctico de la sentencia se recoge como "La primera cita tuvo lugar el día 23 de septiembre de 2007 en el domicilio del acusado Aureliano, a la misma acudieron los acusados Serafín, Aurora y Juan María, no asistiendo a la misma el acusado Eladio. El día 24 de septiembre volvieron a quedar en el mismo lugar, si bien no asistió el acusado Eladio. Finalmente, el día 25 de septiembre de 2007, sobre las 18 horas, llegaron al domicilio del acusado Aureliano, por un lado, los acusados propietarios de la sustancia estupefaciente: Serafín, Aurora y Juan María. Por otro lado, una hora después, llegó el acusado Eladio, que se había trasladado desde su domicilio en la calle 001 de El Puerto de Santa Mª en su vehículo "Volkswagen Passat".... MCP. El citado acusado se bajó del vehículo sin portar riada en sus manos y se dirigió al domicilio de Aureliano. Una vez allí el acusado Eladio, a cambio de una cantidad de dinero no determinada,

recibió de los acusados Serafín, Aurora y Juan María dos envoltorios que contenían respectivamente 508 gramos de cocaína con una pureza de 20,2 % y 497 gramos de la misma sustancia con una pureza de 21,9 %."

Del anterior relato fáctico los presupuestos para la aplicación del tipo delictivo, resultan incuestionables. El resto de las afirmaciones que se contienen en el motivo, cuestionando la valoración de la prueba de la Sala de instancia y la prevalencia de su versión exculpatoria, son ajenas al cauce procesal del art. 849.1 LECrim., por lo que el motivo debe ser desestimado.

VIGÉSIMO OCTAVO.- El motivo quinto por igual cauce procesal que el anterior, art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 556 CP., por cuanto el recurrente con cometió el hecho delictivo a resistirse a agente de la autoridad, ya que con su comportamiento no menospreció el principio de actividad, que es el requisito fundamental que exige el tipo penal para poder ser condenado por la perpetración de dicho delito.

El motivo reproduce la argumentación ya expuesta en el motivo segundo en relación a la vulneración del derecho de presunción de inocencia respecto a este delito, por lo que debe ser igualmente desestimado.

En efecto la actual jurisprudencia - por todas STS. 778/2007 de 9.10- ha atenuado la radicalidad del criterio anterior por entender que el delito de resistencia se caracterizaba por un elemento de naturaleza obstativa, de no hacer, de pasividad, contrario al delito de atentado que exigía, por el contrario, una conducta activa, hostil y violenta, dando entrada en el tipo de resistencia no grave "a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan acometimiento propiamente dicho (S.S.T.S. de 3/10/96 u 11/3/97). La S.T.S. de 18/3/00, como recuerda la de 22/12/01, se refiere a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física (...) de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra la figura del artículo 550 C.P. Por ello, los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas". La STS. 996/2000 de 5.6, aplica el art. 556 un supuesto en que el detenido "aprovechando que le quitaron los grilletes para firmar una diligencia, dio un ti-

rón para desasirse del agente que le tenía cogido e intentó golpearle, tirándose al suelo, donde fue reducido por varios agentes, mientras daba patadas a los mismos sin llegar a producirles lesiones", en similar sentido STS. 370/2003 de 15.3.

Como analizan las sentencias de esta Sala, de 25 de noviembre de 1996 y 19 de noviembre de 1999, ya ha señalado que el riguroso tratamiento penal del delito de atentado impone "una interpretación del tipo sujeto al fundamento material de su incriminación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad" lo que obliga a excluir aquellas "conductas de menor entidad

■

*"...como también se acordó en el referido Pleno de 1.3.2005 "en los casos de prisión distintas, cada pena es independiente y no se suman a los efectos del art. 53.3 CP.", ello implica que si no puede sumarse a estos efectos las penas privativas de libertad de todos los delitos, tampoco podrá sumarse una responsabilidad personal subsidiaria acordada para el impago de una multa impuesta en un delito distinto del sancionado con la pena privativa de libertad."*

■

que ni gramatical ni racionalmente puedan ser calificadas de atentado sin forzar exageradamente el sentido del término" (STS. 740/2001 de 4.5), de modo que en el ámbito de resistencia del art. 556, tiene cabida, junto a los supuestos de resistencia pasiva, otros de resistencia activa como no estén revestidos de dicha nota de gravedad (SSTS. 1828/2001 de 16.10, 361/2002 de 4.1, 670/2002 de 3.4).

En definitiva se produce "una ampliación del tipo de la resistencia... que es compatible... con actitudes activas del acusado; pero ello sólo cuando éstas sean respuesta a un comportamiento del agente o funcio-

nario, por ejemplo... cuando la Policía trata de detener a un sujeto y éste se opone dando manotazos o patadas contra aquél", pero no en los casos "en que sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo" (STS. 819/2003 de 6.6).

Por ello el artículo 550 se refiere a la resistencia activa y grave, por lo que el artículo 556 debe entenderse referido a la resistencia pasiva, aunque también grave, compatible con comportamientos activos no graves, y la resistencia leve a cumplir el mandato de los agentes podrá constituir una modalidad de la desobediencia prevista en el artículo 634 (STS. 776/2005 de 22.6).

En definitiva aunque la resistencia del art. 556 es de "carácter pasivo y donde no existe agresión o acometimiento, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad (STS. 912/2005 de 8.7), en que "mas que acometimiento concurre oposición ciertamente activa", que no es incompatible con la aplicación del art. 556 (STS. 607/2007 de 4.5).

E incluso se ha llegado a apreciar la falta del art. 634 en la "actitud forcejeante con los policías, leve forcejeo", al ser separado el acusado de su contendiente al que "continuaba intentando golpear", por lo que hubo de ser esposado (STS. 703/2006 de 3.7), también leve forcejeo calificado como falta en STS. 364/2002 de 28.2.

Supuestos estos a los que pueden equipararse a la conducta del hoy recurrente recogida en el hecho probado -cuyo respeto escrupuloso exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim - quien "Sobre las 21 horas,.... estacionó su vehículo en una calle cercana al domicilio de Aureliano, siendo abordado por funcionarios de Policía que iban de paisano. Cuando éstos se identificaron, el acusado Juan María emprendió la huida a pie y una vez que fue alcanzado opuso resistencia a su detención, manteniendo un forcejeo con el funcionario con carnet profesional núm. 001, al que golpeó en la rodilla. A consecuencia de ello le causó una contusión en la rodilla izquierda de la que curó con una asistencia en 14 días, sin estar impedido para su trabajo habitual...".

El motivo por lo expuesto se desestima.

VIGÉSIMO NOVENO.- Estimándose parcialmente el recurso de Eladio se declaran de oficio las costas del mismo, y desestimándose el resto de los recursos interpuestos por Serafín, Aurora, Juan María y Aureliano, se les condena al pago de las costas devengadas (art. 901 LECrim.).

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la parcial estimación del recurso de casación, interpuesto por Eladio, contra sentencia de 8 de enero de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, en causa seguida contra el mismo y otros por delitos contra la salud pública, atentado y resistencia y en su virtud casamos y anulamos meritada resolución, dictando a continuación nueva sentencia con declaración de oficio costas recurso; y

Debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos contra la misma sentencia por Serafín, Aurora, Juan María, Aureliano, condenándoles al pago de las costas causadas en la tramitación de sus 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.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- Siro Francisco García Pérez.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil nueve

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Jerez de la Frontera, y fallada posteriormente por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz; y que fue seguida por delitos de contra la salud pública, atentado, resistencia y lesiones, contra Eladio, nacido en Jaén el día 23 de enero de 1934, hijo de Manuel y Encarnación, con DNI. núm. 017 y domicilio en calle calle001 núm. 005 de El Puerto de Santa Mª (Cádiz), Aureliano, nacido en Sevilla el día 18 de agosto de 1977, con DNI núm. 018 y domicilio en cl direccion000 núm. 000 de Mairena del Aljarafe (Sevilla), Juan María, nacido en Roubaix (Francia) el día 12 de noviembre de 1965, con DNI núm. 019 y domicilio en cl direccion001 núm. 020 de Bormujos (Sevilla), Serafín, nacido en Palmira del Valle (Colombia) el día 20 de agosto de 12963, con domicilio en cl calle000 núm. 004, núm. 021 El Arahal (Sevilla) y NIE núm. 022 y Aurora, nacido en Palmira del Valle (Colombia) el día 26 de enero de 1971, con el mismo domicilio que el anterior y NIE núm. 023, cuya solvencia no consta, y en libertad provisional por esta causa, a excepción de Serafín y Aurora; 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, incluidos los hechos probados.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha explicado en el Fundamento Jurídico de la sentencia precedente, conforme lo dispuesto en el art. 53.3 no procede imponer responsabilidad civil subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta a Eladio.

## PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que manteniendo la totalidad de los pronunciamientos condenatorios relativos a Aureliano, Serafín, Aurora, Juan María, Eladio, debemos modificar la sentencia dic-

tada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª de fecha 8 de enero de 2009, en el único extremo de suprimir en relación al acusado Eladio el arresto sustitutorio de 60 días impuesto en caso de impago de la multa de 60.000 euros.

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

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

pensación al precio de la mitad indivisa de la casa cuya participación a ella correspondiente ha cedido a su hermano en méritos de lo convenido en el pacto primero»). También deduciría otros gastos que ella hubiese tenido que hacer en los bienes de la herencia y el saldo resultante se lo repartirían por mitades.

3. En el año 1974 la hermana vendió la primera parcela de los solares y se la repartieron a partes iguales entre los hermanos. En el año 1989 la hermana vendió el resto de las parcelas y el hermano reiteró por diferentes medios a su hermana que había que pasar cuentas de acuerdo con lo que habían acordado en 1967. Finalmente el hermano se dirigió al decano del Colegio de Abogados de Girona para que dictase laudo determinando el saldo resultante.

4. El decano dictó laudo en 15 de julio de 2002. Declaró que existía un saldo final favorable al hermano y que su hermana tenía que pagarle 175 811,17 euros más los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha del laudo hasta el pago total.

5. Este laudo no fue objeto de recurso de anulación, por lo que devino firme.

6. La hermana consideró que el árbitro se había equivocado al hacer los cálculos, pues estableció como valor actualizado del precio de la finca urbana la mitad del que resultaba de sus propios cálculos, y redactó un escrito pidiéndole que aclarase el laudo en el sentido fijar un saldo final que resultaba favorable a la solicitante en 84 884,02 euros. El árbitro denegó la aclaración.

7. La hermana formuló entonces una reclamación por responsabilidad del árbitro reclamando la cantidad que ella tendrá que pagar a su hermano y el importe del saldo que ella tendría que haber obtenido.

8. El Juzgado desestimó la demanda.

9. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia considerando, en síntesis, que: ( a) la parte demandante lo que pretende en este juicio de responsabilidad contra el árbitro es que el Juzgado, primero, y la Sala, después, entren en el fondo del contenido del laudo para ver si efectivamente el árbitro ha cometido errores de cálculo o aritméticos; pero, concretada la resolución de los árbitros en la LA 1988 al dolo o culpa en que haya podido incurrir al cumplir fielmente el encargo que se les ha conferido, deben descartarse los errores del árbitro al resolver el litigio; ( b) aunque consideremos el arbitraje equivalente a un mandato, el mandatario, a falta de instrucciones precisas del mandante, está obligado a hacer aquello que sería exigible a un buen padre de familia, de tal suerte que si el árbitro ha querido



TS Sala 1ª, Sentencia 22 junio 2009. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

## Inexistente responsabilidad del árbitro al no existir grave negligencia

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la parte recurrente contra la sentencia dictada por la AP, dictada en los autos seguidos en reclamación por responsabilidad del árbitro; confirma la resolución. El Tribunal considera que no debe ser acogida la pretensión de la parte recurrente, rechazando el motivo de impugnación alegado, al entender que exclusivamente podría apreciarse responsabilidad en la institución del arbitraje -entre otras cuestiones- cuando la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia; circunstancias que no pueden ser apreciadas en el comportamiento del árbitro contra el que se dirige la demanda.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes.

1. El 6 de junio de 1934 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Girona dictó auto en el que se declaraban a dos hermanos herederos abintestato de su padre, fallecido en 1934. Los bienes del caudal hereditario eran dos fincas, una edificada, y la otra un solar. Los dos hermanos otorgaron en el año 1967 un documento de transacción y división en el que determinaban cómo se haría el reparto igualitario de los bienes. Incluyeron una cláusula compromisoria según la cual, en caso de discrepancias en la interpretación, efectividad y alcance del documento transaccional se comprometían a so-

meter la disputa a un arbitraje a cargo del decano del Colegio de Abogados de Girona.

2. Según el documento de 1967 la hermana cedía a su hermano su mitad de la finca urbana (en la que habitaba éste con su familia) y a cambio obtendría la autorización de su hermano para vender los solares de los dos. Del importe de la venta de los solares se deduciría, en primer lugar, el valor que en aquel momento tuviese la mitad de la casa que ella había cedido en propiedad a su hermano («Dª (...), del precio obtenido por la venta que realizare de acuerdo con su hermano (...), retendrá en su poder la mitad a que asciende la valoración de la casa, evaluada al tiempo de vender la primera parcela de Montilivi, que les servirá de com-

dictar un laudo con justicia y a pesar de la buena voluntad ha cometido errores que no son caprichosos, sino que pueden darse en un ciudadano normal, no se le pueden exigir otras responsabilidades; (c) no se puede entrar en si el árbitro hubiera podido equivocarse en el momento de deducir del precio de la venta de los terrenos no la mitad del valor de la casa, sino solo el 50 % de esta mitad; ni en si hubiese podido equivocarse en no deducir también de aquella venta hecha por la hermana la comisión de 2 000 000 ptas. pagadas al intermediario; ni en si hubiera podido equivocarse al descontar sólo de aquel precio de venta de las parcelas la mitad de las inversiones hechas por la hermana, en vez de las inversiones completas. Son extremos, según la sentencia, en los que no se puede entrar porque entran dentro del saber y entender del árbitro de equidad que con buena fe ha querido cumplir fielmente el encargo de hacer la liquidación del saldo resultante en el reparto; (d) las otras dos imputaciones de error como son el anatocismo (que los intereses produzcan también intereses, posibilidad admitida por el artículo 1109 CC) o bien la imposición del pago de los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha del laudo, ya no son considerados por el propio demandante como exigibles de responsabilidad a un árbitro de equidad.

10. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de la hermana, el cual ha sido admitido por razón de la cuantía al amparo del art. 477.2.2.º LEC.

**SEGUNDO.** - Enunciación de los motivos de casación.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Fundado en la infracción del artículo 1101 CC, en relación con el artículo 16.1 LA 1988.»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que (a) los árbitros deben responder de los errores inexcusables en que incurran en su arbitraje; (b) en el caso examinado se cometió un error aritmético que debió ser corregido mediante su aclaración, pues el árbitro faltó al sentido común al liquidar una herencia que debía ser dividida al 50% entre los hermanos en un 75% y un 25% respectivamente, originando gravísimos perjuicios; (c) concurren los requisitos que la jurisprudencia exige para la apreciación de una responsabilidad extracontractual.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los artículos 1719 y 1726 CC y analógicamente el principio general contenido en el art. 218 LEC.»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que (a) el árbitro debe atender

se a las instrucciones de las partes en el mandato recibido; (b) en el caso examinado se le encargó por los hermanos de manera precisa, en contra de lo que afirma la sentencia, que liquidara equitativamente por mitad la herencia recibida de los padres, por lo que el árbitro faltó a su principal deber, el de congruencia, al incluir en la herencia la totalidad de la finca adjudicada a la recurrente y únicamente la mitad de otra de las fincas, la que había sido adjudicada a su hermano.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del artículo 4 LA 1988 en relación con el artículo 3.2 CC.»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que (a) el arbitraje de equidad no permite al árbitro emitir un laudo manifiestamente injusto, pues el juicio de equidad, según reiterada jurisprudencia, no es más que un modelo de justicia definido por los principios generales del ordenamiento en un tiempo y en un país determinado; (b) en el caso examinado el árbitro calcula los valores de activos y pasivos de la herencia siguiendo en apariencia un método correcto, pero, tras cometer un error de cálculo (contabilizar la casa por la mitad de su valor), justifica su decisión amparándose como excusa en la interpretación del acuerdo transaccional, cuando en el propio laudo dice lo contrario.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los criterios de interpretación del propio laudo y de la voluntad de las partes (art. 1281 a 1284 CC por analogía y como vulneración positiva).»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que (a) la sentencia yerra en la interpretación del laudo, pues éste se contradice en la interpretación del contrato transaccional y en la fórmula aritmética que aplica; (b) la sentencia interpreta también incorrectamente el expresado contrato cuando parece identificar la liquidación efectuada por el árbitro con la interpretación del contrato transaccional, contraria a la intención de las partes, en la que se abstiene de entrar por formar parte del fondo del asunto.

Los motivos de casación, estrechamente relacionados entre sí, deben ser examinados conjuntamente y desestimados.

**TERCERO.** - Admisibilidad del recurso.

No pueden ser aceptadas las alegaciones formuladas por la parte recurrida sobre inadmisibilidad de los motivos de casación por las siguientes razones:

a) La valoración acerca de la concurrencia de los criterios de imputa-

ción determinantes de la responsabilidad civil es susceptible de ser examinada en casación por constituir una cuestión jurídica, tanto si se trata de la valoración acerca de si concurre culpa o negligencia suficiente para la imputación subjetiva, como si se trata de apreciar los aspectos jurídicos del nexo de causalidad para determinar si el resultado dañoso es objetivamente imputable al demandado.

b) Los razonamientos efectuados por la parte recurrente para combatir la argumentación de la sentencia de primera instancia no comportan en el supuesto examinado irregularidad alguna, puesto que los fundamentos de la sentencia de primera instancia son expresamente admitidos por la sentencia de apelación en tanto no se opongan a lo argumentado en ella. No puede estimarse conculcado, en consecuencia, la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual el recurso de casación no es una tercera instancia (entre otras, STS 1 de abril de 2009 RC núm. 1056/2004).

c) El examen del motivo cuarto de casación permite determinar con exactitud cuál es la infracción del ordenamiento denunciada, que coincide con aquella a la que hace referencia al escrito de preparación, por lo que carece de trascendencia el defecto formal consistente en que algunos de los preceptos que se citan como infringidos es el escrito de interposición no aparecen citados en el escrito de preparación, ya que se hallan relacionados con los que se citan en él.

**CUARTO.** - La responsabilidad civil de los árbitros.

Entre otros son criterios generales a los cuales debe ajustarse la exigencia de responsabilidad civil a los árbitros por los daños producidos en el ejercicio de su cometido los siguientes:

a) Desde el punto de vista positivo, la institución del arbitraje, en cuanto comporta materialmente el ejercicio de la función de resolución de conflictos jurídicos en una posición autónoma de imparcialidad, exige que esta no se vea amenazada por reclamaciones de responsabilidad civil por los errores cometidos. Por ello, para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia. La LA, no aplicable por razones temporales al supuesto que examinamos, restringe la responsabilidad a «los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo» (artículo 1 LA), por considerar que sólo los daños causados intencionalmente o mediante grave negligencia pueden determinar la exigencia de responsabilidad a los árbitros sin amenazar la autonomía de actuación necesaria para el ejercicio de la facultad de re-

solución heterónoma de conflictos que se les reconoce de acuerdo con la voluntad de las partes. La LA 1988, aplicable en el caso, considera responsables a los árbitros que no cumplieran fielmente su encargo «por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa». Esta expresión debe también interpretarse como restringida a los supuestos de negligencia grave, pues la imputación al árbitro de los daños causados mediante negligencia que no comporte una infracción suficientemente caracterizada de sus deberes se opone a la autonomía funcional amparada en la autonomía de la voluntad de las partes que constituye la base de esta institución.

La necesidad de que se aprecie un error de carácter manifiesto para que pueda exigirse responsabilidad en relación con los errores judiciales constituye prácticamente una constante en Derecho comparado y se ofrece como una exigencia derivada de los principios del Derecho comunitario cuando se trata de determinar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de aquel mediante actuaciones judiciales. No parece que respecto de los árbitros deba regir un principio distinto, pues, salvadas las distancias que existen entre la naturaleza de la función jurisdiccional y la de arbitraje (la primera tiene su fundamento constitucional en el monopolio de exclusividad de aplicación de las leyes y garantía de los derechos por el poder judicial, mientras que el segundo, según la STC 9/2005, es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento), la actuación del árbitro, limitada a determinadas materias, tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución jurisdiccional.

Por otra parte, la esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990).

Cuando se trata de arbitraje de equidad, la exigencia del carácter manifiesto del error cometido por



negligencia y su incidencia en el carácter injusto del resultado resulta especialmente relevante.

La aplicación de la equidad no supone, como ha declarado esta Sala, prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo (según la STS de 30 de mayo de 1987 la jurisprudencia no declara que los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo, sino que viene a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa), sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extrasistemático para fundar la argumentación, las cuales tienen un valor relevante en la aplicación del Derecho, aunque pueda prescindirse, dado el carácter esencialmente disponible del objeto del arbitraje, de aquellas reglas que tienden a la protección del sistema jurídico como institución, especialmente de aquellas que persiguen salvaguardar la seguridad jurídica, cuando no se advierte que en el caso concretamente examinado tengan más trascendencia que la de garantizar la coherencia institucional y la autoridad del Derecho y de los tribunales.

Resulta, por lo tanto, evidente que cuando el arbitraje es un arbitraje de equidad resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso, por lo que, desde el punto de vista de la responsabilidad de los árbitros, no pueden tomarse en consideración de manera aislada la omisión de reglas o premisas de carácter formal o institucional, aunque pudiera considerarse grave en una resolución jurisdiccional.

b) Desde el punto de vista negativo, la responsabilidad del árbitro no podrá apreciarse en casos en los que no se excedan los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta el carácter necesariamente sujeto a apreciación que la aplicación del ordenamiento jurídico comporta, la aceptación de la posibilidad de error que lleva consigo el convenio arbitral si en él no se establece un sistema de revisión de la decisión arbitral y el carácter del árbitro como persona no dedicada profesionalmente al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

c) De acuerdo con los principios generales en materia de responsabilidad civil, la responsabilidad de los árbitros exige también la existencia de un perjuicio económico efectivo en el patrimonio o en los derechos de los interesados.

d) La apreciación de responsabilidad exige también un requisito de ligamen causal entre la acción u omisión productoras del daño o perjuicio y el resultado. Es particularmente re-

levante en la apreciación del nexo de causalidad la adecuación valorativa del concepto, que se logra tomando en consideración la confluencia de determinados factores, tales como la conducta de las partes o la interferencia de factores externos, que puedan enervar la posibilidad de atribuir razonablemente el daño, causado por una irregularidad en el cumplimiento de los deberes del árbitro, a la conducta del árbitro demandado en el plano de la imputación objetiva, más allá de la pura causalidad fenoménica, si dicha conducta no es suficientemente relevante.

e) El daño o perjuicio económico no debe poder ser reparado de otra forma, por lo que el árbitro deviene responsable en último término, como corresponde a la necesidad de salvaguardar razonablemente, en beneficio de la libertad de disposición de las partes, la autonomía en el ejercicio de su función, lo que quiere decir que la reclamación formulada en contra del árbitro no puede prosperar, por falta de requisitos, sin el agotamiento de los remedios hábiles para revisar la resolución a la que se imputa el perjuicio, bien sea la acción de aclaración y complemento, la acción de anulación prevista en la LA cuando sea procedente y útil o los medios de revisión que se hayan establecido válidamente en el convenio arbitral.

QUINTO. - La aplicación de la anterior doctrina conduce a las siguientes consecuencias:

a) El incumplimiento de los deberes del árbitro que se denuncia, consistente en un cómputo defectuoso del valor de una de las fincas, no aparece en sí mismo como una infracción de carácter manifiesto. El error de cómputo, que puede considerarse evidente aisladamente considerado, tiene la trascendencia propia de una incoherencia en los cálculos matemáticos con los que el árbitro justifica su decisión, pero se encuadra en un proceso de valoración en que intervienen factores de diversa índole que no puede ser enjuiciados a efectos de responsabilidad sino ponderando todas las circunstancias concurrentes.

Entre ellas está, en el caso examinado, que la sentencia recurrida considera probado que el valor de los solares atribuidos a la demandada se consideraba superior al de la finca que quedaba en poder del demandante, de donde se sigue que prima facie el resultado de la liquidación debía ser favorable al demandante y no a la demandada recurrente, como ocurriría en el caso de efectuar los cálculos como ella pretende.

No es suficiente, en suma, justificar la existencia de un error de hecho inexcusable en las premisas de que parte el árbitro o la existencia de un error en la interpretación de un contrato para determinar la existencia de responsabilidad si no se justifica su-

ficientemente que este error trasciende de manera plena en la decisión que comporta el laudo y, si se trata de un arbitraje de equidad, que incide en la arbitrariedad del resultado. Estos razonamientos determinan especialmente la procedencia de desestimar los motivos primero y cuarto de casación.

b) Tratándose de un arbitraje de equidad adquieren una importancia secundaria los elementos de incongruencia o incoherencia interna de la decisión arbitral, dado que, como antes se ha indicado, las reglas de carácter formal o institucional, tendientes a garantizar la seguridad jurídica y la posición formal de las partes, presentan una importancia secundaria en el arbitraje de equidad, en el que razones de justicia material pueden llevar al árbitro a prescindir de ellas. Los razonamientos que éste emplea al resolver la petición de aclaración se orientan implícitamente en este sentido. Este razonamiento determina especialmente la desestimación del motivo tercero de casación.

c) Deben desecharse en el caso examinado las alegaciones sobre la falta de fundamento y carácter ex novo (sin antecedentes) de los argumentos que se esgrimieron en la instancia por la parte demandada para justificar la actuación correcta del árbitro, pues su estimación únicamente conduciría a admitir la existencia de un error en el laudo.

No basta para la existencia de responsabilidad del árbitro con demostrar que se ha cometido un error en el ejercicio del encargo formulado, sino que es necesario justificar que se han rebasado de manera manifiesta los márgenes razonables de error admisibles en la labor del árbitro. Este razonamiento determina la desestimación del motivo segundo.

d) Se cumple el requisito de la existencia de un perjuicio económico de carácter individual y efectivo, pues el que se imputa al árbitro consiste en una disminución patrimonial como consecuencia del contenido del laudo.

e) No se advierte hecho alguno que impida, desde el punto de vista de la concurrencia de un nexo de causalidad, la imputación al árbitro del daño producido en el caso de que se hubiese apreciado un incumplimiento manifiesto de sus deberes con trascendencia en el contenido decisorio del laudo.

f) Se justifica haber agotado la posibilidad de pedir aclaración del laudo, pero no la de haber ejercido la acción de nulidad. No puede descartarse, al menos de manera radical, que mediante la acción de nulidad puedan hacerse valer supuestos de error manifiesto cuando se traduzcan en el ejercicio arbitrario de la función del árbitro suficiente para estimar que éste ha actuado resolviendo

cuestiones no sometidas a su decisión o con contravención de los principios de orden público (artículo 45.1 y.5 LA 1988).

Manifestándose acorde con estos principios la sentencia recurrida, no se aprecia la comisión de las infracciones denunciadas.

SEXTO. - Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.4 LEC, en relación con el artículo 398 LEC.

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

## FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> María Antonieta contra la sentencia de 12 de noviembre de 2004 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona en el rollo de apelación núm. 362/2004, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»1. Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Laura Pagès Aguadé, en representación de María Antonieta.

»2. Confirmamos el fallo de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 Girona en los autos de procedimiento ordinario núm. 290/2003, de las que dimana este rollo.

»No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesus Corbal Fernandez. José Ramon Ferrandiz Gabriel. José Almagro Nosete. Rubricado. Publicación.

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.



2009/259282

TS Sala 4ª, Sentencia 27 octubre 2009. Ponente: D. Víctor Fuentes López

## Innecesaria sentencia en proceso por despido para el abono de indemnización por el FOGASA

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el FOGASA codemandado frente a sentencia que le condenó al abono de las cantidades reclamadas en concepto de indemnización por despido.*

*La Sala señala que no es necesaria una sentencia dictada en proceso por despido para que surja la responsabilidad del FOGASA puesto que si la improcedencia del despido ya ha sido reconocida por las partes deja de existir el objeto principal de la acción por despido y por tanto no sería adecuado exigir entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada; en definitiva, procede mantener la doctrina establecida en la sentencia recurrida teniendo en cuenta además que ni el art. 33,2 ET, ni el 19,2 RD 505/1985 exigen que la sentencia que sirva de base para reclamar al FOGASA tenga que ser dictada en causa por despido, sino únicamente que la cantidad haya sido reconocida en sentencia, cosa que ocurre en el presente supuesto.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante fue despedido por carta en la que la empresa reconocía la improcedencia del despido ofreciéndole la pertinente indemnización luego no abonada.

El trabajador presentó demanda reclamando el pago de la indemnización, obteniendo sentencia que condenaba a la empresa abonarle la suma de 6.345,46 euros, más el 10% por mora; pronunciamiento que fue recurrido por FOGASA confirmado por la sentencia de la Sala de Madrid de fecha 22 de octubre de 2008.

Declara esta sentencia que el reconocimiento privado del empresario de la improcedencia del despido, aceptado por el trabajador, no es el que producía efectos directos ahora pretendidos, sino la sentencia que posteriormente lo declara, en este caso la dictada en la instancia, en proceso ordinario de reclamación de la cantidad adeudada, como consecuencia del despido improcedente.

SEGUNDO.- El Sr. Abogado del Estado ha formalizado el presente re-

curso de casación para la unificación de doctrina, en el que denuncia la infracción de los art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores y 14.2 del Real Decreto 505/1985 de 6 de marzo.

Propone, como sentencia de contraste, la de la Sala de Castilla León, sede de Valladolid, de 26 de septiembre de 2007, resolución que, en supuesto de hecho idéntico al presente, estimó el recurso de suplicación que el Fondo había interpuesto frente a la sentencia de instancia estimatoria de la demanda y absolvió de las pretensiones a la entidad demandada.

Declaró esta sentencia que únicamente una sentencia de despido podía servir de título ejecutivo para exigir al Fondo el montante de la responsabilidad subsidiaria.

Siendo iguales los hechos y pretensiones y contradictorios los pronunciamientos la sentencia invocada cumple la exigencia del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, para la admisión a trámite del recurso, y habiendo cumplido el recurrente las restantes exigencias del art. 222, procede que la Sala se pronun-

cie sobre la doctrina ajustada a Derecho.

TERCERO.- El art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores cuya infracción se denuncia establece que el Fondo de Garantía Salarial en los casos de insolvencia o concurso del empresario, "abonará las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme al art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan.."

Como ya hemos expuesto, el Sr. Abogado del Estado entiende que la única sentencia que puede servir de título ejecutivo para exigirle su responsabilidad es la dictada en causa de despido. Basa su afirmación en el texto del art. 14.2 del Real Decreto 505/1985, cuya infracción denuncia, según el cual

"Se considerará crédito por indemnización la cantidad reconocida a favor de los trabajadores en sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria de estas, a causa de despido o extinción de los contratos de trabajo, conforme a los art. 50 y 51 del Estatuto de los Trabajadores".

El problema litigioso consistente en la alternativa, que ponen de manifiesto las dos sentencias contrastadas, puede resumirse en la idoneidad de cualquier sentencia para servir de título ejecutivo (tesis de la sentencia recurrida) o necesidad de que la sentencia que sirva de base a la reclamación al Fondo haya de ser dictada en causa por despido (tesis de la sentencia invocada de contraste).

Y este dilema ha sido ya resuelto por esta Sala a favor de la tesis de la sentencia recurrida. Así, en la sentencia de 22 de enero de 2007 (recurso 3011/2005) razonábamos que "que el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada.

Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de des-

pido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos". Declaración que hemos reiterado en las posteriores sentencias de 3 de febrero y 4 de mayo de 2009 (recursos 2226 y 2062 ambos de 2008); 10-6 y 6-7 (R-2761/08 y R-1477/08).

Debe destacarse que al igual que en esas sentencias, en el caso presente, el trabajador aceptó la calificación de improcedencia de su despido.

Procede por tanto mantener la doctrina establecida en las sentencias anteriores de la Sala.

Es evidente que ni el art. 33.2 del Estatuto ni el art. 19.2 del Real Decreto 505/1985, exigen que la sentencia que sirva de base a la reclamación al FONDO haya de ser dictada en causa por despido, sino únicamente que la cantidad haya sido reconocida en sentencia, cual ocurre en el presente supuesto.

CUARTO.- Siendo ajustada a Derecho la solución adoptada por la sentencia recurrida, se impone, de conformidad con el razonado informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso. Sin costas.

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

### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, contra la sentencia dictada el 22 de octubre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 4079/08, iniciados en el Juzgado de lo Social núm. 36 de los de Madrid, en autos núm. 895/07, a instancias de Alejandra contra Lorenzo, y la ahora recurrente sobre reclamación de cantidad. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Víctor Fuentes López 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.



2009/217419

TS Sala 1ª, Sentencia 18 septiembre 2009.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

### Correcta minutación de abogado en tasación

Declara el TS no haber lugar a la impugnación de la tasación de costas formulada por el recurrente, frente a la practicada en el presente proceso por considerar indebidos los honorarios minutados por el abogado. Considera el Tribunal que no pueden ser considerados como indebidos los honorarios del letrado incluidos en la tasación de costas por tratarse de una minutación de honorarios por una actuación efectivamente realizada -oposición al recurso de casación-.

2009/245654

TS Sala 1ª, Sentencia 28 octubre 2009.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Inexistente vulneración del derecho al honor por no existir expresiones insultantes

El TS declara haber lugar a los recursos de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, desestimando la demanda, absuelve a los demandados de haber vulnerado el derecho al honor de la actora, al entender la Sala que la información publicada no contiene expresiones insultantes ni difamatorias, estando amparadas por el derecho constitucional a la libertad de expresión y de información de los demandados, condenando a la parte actora al pago de las costas en primera instancia.

2009/225067

TS Sala 1ª, Sentencia 14 septiembre 2009.  
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

### Tasación de costas contraria a la buena fe

El TS acuerda desestimar la impugnación de la tasación de costas formu-

lada por la entidad recurrente condenada al pago de las costas del recurso de casación que interpuso, por ser contraria a la buena fe, así como a la eficacia de la cosa juzgada, alegando la existencia de un acuerdo transaccional logrado fuera del recurso y traído al recurso por la otra parte para provocar un desistimiento, y al que se le negó toda eficacia por el silencio de la ahora impugnante, dando lugar a que se dictara la sentencia en cuya parte dispositiva se le imponen las costas.



2009/234666

TS Sala 2ª, Sentencia 23 septiembre 2009.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

### Delito de falsificación de moneda

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de falsificación de moneda. Dice el TS que resulta incomprensible que el recurrente califique de "absurdo" que se le imponga obligación de indemnizar si no se le condena por estafa. Lo absurdo, continúa la Sala, muy al contrario, es pretender que, establecida su responsabilidad criminal por uso de tarjeta falsa, a través de cuyo uso obtuvo dinero de los bancos titulares de los cajeros, se le reconozca un delirante derecho a disfrutar del ilícito botín.

2009/245668

TS Sala 2ª, Sentencia 8 octubre 2009.  
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

### Abuso de superioridad como forma menor de alevosía

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito de homicidio en grado de tentativa y una falta de hurto. Afirma el TS que el Fiscal acusó por asesinato alevoso, y el abuso de superioridad es, en realidad, una forma menor de la alevosía, en la que la situación de indefensión de la víctima no es considerada total. Por lo tanto, la aplicación de la agravante de abuso de superioridad,

no constituye un acto del tribunal de instancia carente de apoyo en la acusación, sino de estimación parcial de la pretensión del Fiscal.



2009/234793

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 6 octubre 2009.  
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne

### Atribución de competencias al juez de instrucción en servicio de guardia para la tramitación de asuntos urgentes

El TS desestima el rec. contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Pleno del CGPJ que modifica el art. 42,5 del Reglamento 1/2005, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, pues por directa regulación legal corresponde al CGPJ la organización del servicio de guardias, y la LOPJ permite la sustitución de jueces de un orden jurisdiccional por otra de un orden diferente, cuando se agoten las posibilidades de sustitución entre ellos. De ahí que nada parece impedir que el CGPJ, a través del precepto reglamentario recurrido, puede atribuir a los Jueces de Instrucción, cuando realizan las guardias, y en funciones de sustitución, algunas funciones que naturalmente y en principio corresponden a los de otros órdenes jurisdiccionales, en los casos que los jueces de este otro orden no pueden prestarlas, tal como ocurre en los casos del art. 42,5 del Reglamento recurrido, en los que se trata de actuaciones inaplazables y urgentes, solicitadas por causa justificada en días y horas inhábiles.

Por tanto, en el precepto en cuestión no se persigue, como argumentan los demandantes, alterar las competencias legalmente fijadas para los diferentes órdenes jurisdiccionales, y ello porque de la dicción literal del precepto reglamentario se sigue que las actuaciones que se enumeran en el mismo, siguen siendo competencia de los órganos legalmente previstos en cada caso. Únicamente ocurre que en los concretos casos que estricta y precisamente se enumeran en la norma discutida, estos

órganos son sustituidos por los Juzgados de Guardia, y esto por la sencilla razón que no puede exigirse a los titulares de aquellos otros órganos judiciales, que estén disponibles todos los días y horas del año.



2009/217628

TS Sala 4ª, Sentencia 21 julio 2009. Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

### Complemento por IT

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la entidad demandada contra sentencia que acogió la pretensión de la trabajadora accionante sobre complemento de IT establecido en el Convenio Colectivo del sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Asistencia Sanitaria, Consultas y Laboratorios de Análisis Clínicos aplicable. Explica la Sala que la previsión convencional de que el trabajador en situación de IT perciba el salario real significa que en el año en el que ha permanecido durante un cierto tiempo en dicha situación ha de percibir el salario y las pagas extraordinarias en la misma cuantía que si no hubiera estado.

2009/245795

TS Sala: 4ª, Sentencia: 21 julio 2009, Ponente: Benigno Varela Aufrán

### Irresponsabilidad empresarial en abono de prestación por IPT

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mutua codemandada frente a sentencia que rechazó considerar a la empleadora, responsable del pago de la prestación por IPT derivada de accidente de trabajo, por el hecho de haber cotizado por un epígrafe distinto.

La Sala indica que, tratándose de un accidente de trabajo para el que no se exigen periodos previos de cotización y teniendo en cuenta que la base reguladora de la prestación se calcula en función de las retribuciones efectivamente percibidas por el trabajador accidentado, el simple error empresarial en el abono de las cotizaciones correspondientes por un epígrafe o por otro, no puede tener transcendencia en orden a la responsabilidad del pago de la prestación de Seguridad Social correspondiente, siempre, eso sí, que no se demuestre una manifiesta voluntad empresarial de omitir el pago de la cotización adecuada, circunstancia que no se aprecia en el caso de autos.