

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**



MONOGRAFÍA

***“LA JUSTICIA MATERIAL O DEBIDO PROCESO
SUSTANTIVO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL”***

**POSTULANTE : LUIS GUILLERMO CHURA FLORES
TUTOR : DR. JOSÈ MARIA RIVERA**

La Paz – Bolivia

2012

INDICE:

1.- Introducción

2.- Planteamiento del problema.

2.1.- Sobre el Conflicto entre la justicia material y la legalidad procesal.

3.- El Debido Proceso Formal como antecedente del Debido Proceso Sustantivo.

4.- Concepto de Debido Proceso Sustantivo o Justicia material.

5.- Institutos Procesales que resienten los efectos del debido proceso sustantivo.

5.1.- Afectación del Debido Proceso Sustantivo en la Teoría de la Exclusión Probatoria.

5.2.- Afectación del Debido Proceso Sustantivo en la Teoría del Derecho Punitivo del Estado. (Jus puniendi)

6.- Doctrina jurisprudencial en aplicación del Debido Proceso Sustantivo o Justicia Material.

7.- Conclusiones.

8.- Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Me llamó la atención con vehemencia, el saber que ciertos conflictos legales se resolvían por mecanismos que distaban en demasía de los principios rectores que había aprendido en las aulas universitarias y en procura de resolver mi propio conflicto de aprendizaje descubrí que el derecho en general había sido más dinámico de lo que pensaba; ello explica la profusa literatura jurídica que nos aporta cada día más, con nuevas concepciones procesales o sustanciales que se alinean a la búsqueda de la paz social y la justicia.

Cuando tuve la oportunidad de leer algunos fallos de los más altos tribunales de justicia de mi país, Bolivia, encontré que ciertos problemas jurídicos encontraban respuesta en la razón, más que en el positivismo jurídico; en efecto, ciertas decisiones se apartaban del sentido literal de una norma para ser resueltas por la vía de la razón pura.

Así, en el área procesal penal, que fue el área escogida para mi titulación de pregrado, encontré que ciertos casos de suma injusticia, podían consumarse por la simple omisión o torpeza de los órganos de aplicación jurídica o agencias de persecución penal, llámese Ministerio Público o FELC-C, debido a que la producción de pruebas en deficiencia del método previsto por legislador, podían declarar inocente a una persona, en la certeza jurídica de un tribunal, aunque el mismo sea culpable en la certeza racional del mismo tribunal y ello comportaba un conflicto a resolverse por una vía, en principio asistemática o incoherente con el sistema procesal, con respuestas tan arbitrarias como el resultado injusto que pretendían salvar y considero que fue ello lo que motivó que naciera en la mente ilustrada de quienes expresan solvencia en la materia, el DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO o JUSTICIA MATERIAL, que parte de una necesidad axiológica no aprehensible por la mera forma, para acceder al fundamento final de todo derecho procesal penal, la justicia.

No escabulle a nuestro saber ordinario el hecho de ser, la seguridad jurídica un principio rector de todo Estado, la certeza sobre la obligatoriedad en la aplicación de la Ley, nos faculta a exigir este cumplimiento y el mismo es considerado en la actualidad como un derecho de rango constitucional, cuya inobservancia afecta absolutamente la validez de un acto como bien refiere el Artículo 169 del CPP.

Si bien existen otros matices a observar antes de afectar un acto de nulidad, aunque se infrinja la seguridad jurídica, es importante resaltar que, cuando el defecto atinge al contenido esencial de un derecho constitucional, el problema resulta hercúleo, pues se antepone un concepto de dignidad de la persona procesada que es respetada únicamente por medio de la forma procesal o debido proceso, en colisión con una corrección material de la sentencia, es decir que la misma sea correcta en su efecto de justicia y por ende procure la tan ansiada paz social que es la finalidad del proceso en general.

A esta dinámica conflictiva se añade la delgada línea entre la paz social y la justicia, pues un proceso correcto procesalmente hablando, de no saciar la avidéz de justicia de la sociedad, no aportara la paz social que es el sentimiento filosófico que funda el contrato social; como dice Tomas Hobes, el acuerdo social nace del miedo al miedo y del amor a la paz.

Ello así, me impulsé a encontrar los motivos por los que las autoridades judiciales, se decantan por una decisión justa en holocausto de ciertas normas procesales que incluso comprometen el contenido esencial de ciertos derechos constitucionales; ello con la finalidad de publicitar la virtualidad del actual derecho procesal penal, cuya pertinencia de su origen etimológico, se encuentra cuestionada en la actualidad, más que en cualquier otro tiempo; pues si bien aprendimos que la palabra derecho, significa directum o directo; ahora Claus Roxin nos dice que el proceso penal no puede alcanzar su meta por un camino recto.

Luis Guillermo Chura Flores

2.- Planteamiento del Problema

2.1.- Sobre el conflicto entre la justicia material y la legalidad procesal.

En el Sistema Procesal Penal, se impone la aplicación de varios principios constitucionales como el principio de legalidad procesal, por cuyo cumplimiento las autoridades judiciales están obligadas a la observancia del método previsto por el legislador para el juzgamiento de los delitos, es decir la aplicación ordenada y sistemática de la Ley procesal, no obstante, cuando la aplicación ordenada y mecánica de la Ley no garantiza una sentencia justa o se opone a la justicia material, ¿Se impone la aplicación mecánica de la Ley o se debe priorizar el debido proceso sustantivo o justicia material?

El principio de legalidad en el Procedimiento penal, impone el cumplimiento y aplicación de las normas que rigen el proceso de cognición de los hechos a juzgarse, no obstante, cuando la aplicación mecánica de la Ley se antepone a la búsqueda de la justicia, nos encontramos en un conflicto de operatividad procesal, pues el juzgador está obligado a aplicar la Ley, empero en esa aplicación puede perecer la justicia material o debido proceso sustantivo; por ello resulta determinante conocer si las normas actuales en vigencia y la doctrina académica y jurisprudencial permiten o imponen al juzgador decantarse por una de ambas alternativas.

Un ejemplo vivificador de esta antagonismo es el que expresa Claus Roxin en su obra Derecho Procesal Penal en el que considera que el fin del proceso penal tiene, naturaleza compleja: la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión; concluye mencionando que todas estas exigencias son igualmente significativas para una comunidad organizada desde el punto de vista del Estado de Derecho. Su realización simultánea y su equilibrio en caso de conflicto, constituyen el atractivo y dificultad de esta rama jurídica. Por ello, el proceso penal tampoco puede alcanzar la meta por un camino recto, como si fuera una flecha.¹

Como se aprecia, no resulta ajeno a la percepción de la doctrina académica el conflicto que existe entre el proceso legal y la justicia material, siendo uno de los

¹ Derecho Procesal Penal de Claus Roxin Pag. 4, Editores el Puerto, Buenos Aires Argentina.

primeros métodos de su conciliación, la apreciación de las particularidades de cada caso en cuestión.

Sera nuestro esfuerzo develar el alumbramiento de este nuevo concepto procesal que al parecer no está conformado por los criterios generales del proceso legal, sino en base a principios básicos que debe instrumentar toda decisión como efecto derivativo de la pruebas, así como toda interpretación y ejercicio de aplicación jurídica.

3.- El Debido Proceso Formal como antecedente del Debido Proceso sustantivo.

El Debido Proceso, surge como una alternativa ilustrada al ejercicio totalitario del poder estatal, para el juzgamiento de los delitos, ello a partir de las primeras declaraciones de derechos que incluso, le concedieron al Debido Proceso, (*due process of law*) su terminología actual, recordemos para ello a la Carta Magna Inglesa, concedida por Juan Sin Tierra, en la que es el poder monárquico quien concede facultades a los señores ingleses de ser juzgados por sus pares, iniciando con ello el enjuiciamiento por jurados.²

La construcción de las vertientes del debido proceso, fue desarrollándose a la par de la evolución constitucional en Europa y el mundo, ello así, el procedimiento penal fue conceptualizado como “el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución.”³

Con ello se demuestra que el proceso penal es un reflejo de las garantías y criterios básicos de enjuiciamiento penal que determina su constitución, siendo aquellos sistemas inquisitoriales una imagen de la endeble estructura garantista de su propia constitución.

Ahora bien el justo proceso o debido proceso comprende numerosas instituciones, relacionadas tanto con las partes (actores que intervienen en la causa), como con la jurisdicción, que han de preservar, la certeza en el proceso,

² Alvarado Beloso, Mariana Alvarado, Los Sistemas Procesales.

³ Julio B. Mayer. Fundamentos de Derecho Procesal Penal.

busca, en suma circundar el proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan en legitimidad la certeza en derecho de su resultado.⁴

Aquellas garantías que deben circundar el proceso para concederle la categoría de justo, son en principio, las que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos imponen, así el artículo 8 de la Convención Americana reafirma los derechos consagrados en el artículo XXVI de la Declaración Americana, durante un proceso que pueda resultar en una sanción toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho a una audiencia sin demora con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial; notificación previa en detalle de los cargos que se le imputan; derecho a no ser obligado a declararse culpable de los cargos que se le imputan; derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos; derecho a la representación letrada; derecho a reunirse libremente y en forma privada con su abogado; derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.⁵

A partir del glosario de derechos transcritos, éstos comportan una exigencia para el estado, de garantizar su ejercicio, para ello entendamos la triple dimensión que la doctrina jurisprudencial le otorga al debido proceso, a tal propósito, el Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, aclara éstas diferencias de la siguiente forma:

*“ En el ámbito normativo, el **debido proceso** se manifiesta en una **triple dimensión**, pues por una parte, se encuentra reconocido como un derecho en el art. 115.II de la CPE, así como por instrumentos internacionales en materia de derechos humanos como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (art. 14), que conforme al art. 410.II de la CPE forman parte del bloque de constitucionalidad; por otra, como garantía jurisdiccional en el art. 117.I de la CPE que dispone: "Ninguna*

⁴ El Sistema Procesal Penal acusatorio, Martin Eduardo Botero Cardona. ARA Editores E.I.R.L. 2009, Pag. 155.

⁵ Informe sobre migración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH.

persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso".

Finalmente, también se configura como un principio que emerge del Estado de Derecho y del principio de legalidad en su vertiente procesal, que está expresamente previsto como principio procesal de la jurisdicción ordinaria por el art. 180.I de la CPE; sin embargo, por su origen y derivación, no solamente debe ser observado en dicha jurisdicción, sino en toda aquella en la que se vaya imponer una sanción o afectar un derecho.⁶

Anotado el origen histórico del Debido Proceso, sus implicancias prácticas como vertientes que direccionan toda actividad de persecución penal, pasemos a enfatizar las diferencias del mismo, con el Debido Proceso Sustantivo o justicia material.

4.- Concepto de Debido Proceso Sustantivo o Justicia material.

Ciertamente, resulta moderno el concepto de debido proceso sustantivo, no obstante encuentra su justificativo teórico en el valor de justicia que es principio y fin de toda política criminal, partiendo del justificativo de la pena para alcanzar la justicia como un imperativo categórico en la forma que explica Emanuel Kant.⁷

Puesto que el debido proceso o proceso legal, comprende un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a disposiciones jurídicas generales, aplicables a todos los que se hallen en situación similar; no obstante el cumplimiento de los componentes del debido proceso. ¿Se garantiza una sentencia justa?

En el frontispicio de este reto, es decir, conocer si el debido proceso, no requiere de algo más para alcanzar el valor superior de justicia, centramos nuestra atención a lo que se conoce en el derecho contemporáneo como Debido Proceso Sustantivo o Justicia Material, que parte de una exigencia de razonabilidad en la aplicación de las normas procesales, para alcanzar en mayor medida el valor

⁶ Sentencia Constitucional No. 154/2011-R de 21 de febrero de 2011, Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia.

⁷ Santiago Mir Puig, Maestría en Derecho Penal, Mexico.

justicia, incluso en desmedro del sentido literal de las normas que regulan el procedimiento.

Efectivamente, no todo proceso legal o armónico con sus componentes, garantiza una sentencia justa y no toda sentencia justa proviene de un proceso legal, alternativas que nos permiten definir que, el debido proceso sustantivo, constituye una respuesta ilustrada a la necesidad de alcanzar uno de los valores supremos del Estado, cual es la justicia, entendiendo el carácter instrumental del proceso y de las normas que disciplinan su desarrollo; en ese sentido, la exigencia de razonabilidad en la aplicación de las normas, permite en determinados momentos, buscar la verdadera justicia, por encima de la legalidad formal que en su aplicación mecánica no garantiza la plasmación positiva de éste valor.

Dentro de la teoría del Debido Proceso, encontramos dos categorías de este derecho, una categoría adjetiva o formal y otra categoría sustantiva o material.

La que más se ha estudiado, desarrollado y regulado ha sido la primera de ellas, que comúnmente se conoce como el conjunto de reglas procesales de obligatorio cumplimiento que regulan un procedimiento para que formalmente sea válido (por ejemplo prohibición de indefensión, motivación de resoluciones, igualdad entre las partes, juez imparcial, entre otros).

Sin embargo, en cuanto al estudio de la dimensión sustantiva (en adelante debido proceso sustantivo) poco se ha avanzado y su desarrollo en las fuentes del derecho es todavía embrionaria.⁸

Como fuera desarrollado, el Debido Proceso Sustantivo encuentra engarce conceptual con el criterio de justicia material pues es una finalidad del proceso sustantivo el alcanzar el valor de justicia en su mayor expresión.

Por ello, para ensayar con un concepto básico de Debido Proceso Sustantivo, diremos que es una de las dimensiones de la Teoría del Debido Proceso que direcciona la actividad de los órganos de aplicación jurídica, dentro los límites de

⁸ Lenny Palma Encalada, El debido Proceso Sustantivo como instrumento para asegurar una sentencia justa.

proporcionalidad, racionalidad e interdicción de arbitrariedad, para procurar en mayor medida, la emisión de una decisión justa o la composición de un conflicto en una forma justa.

Como prueba de ello y la moderna alternativa asumida por el derecho comparado, encontramos las dos dimensiones, que en interpretación del Tribunal Constitucional del Perú, asisten al Debido Proceso, en su estado formal y su dimensión sustantiva, así tenemos:

EXP. N.º 3075-2006-PA/TC

LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 29 días del mes de agosto de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados García Toma, Alva Orlandini y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

“Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y

con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas.”⁹

Como se aprecia, el Debido Proceso Sustantivo, fue asumido por la doctrina jurisprudencial, dentro el derecho comparado, como una segunda dimensión del Debido Proceso Constitucional, que partiendo como la exigencia del cumplimiento de normas formales de un procedimiento; culmina su físico jurídico siendo una exigencia de razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, en la aplicación o interpretación de normas y decisorios judiciales.

La compatibilidad de las leyes con el sentido axiológico de la CPEP, constituyen el objeto de aplicación del debido proceso sustantivo, el valor justicia del cual deriva la paz social y otras finalidades del proceso penal, ingresan en una dialéctica que justifica todo trabajo acerca del debido proceso sustantivo.

Un fallo judicial o Sentencia que está destinado con comprobar la culpabilidad del encausado, debe contener tres requisitos, el primero que sea materialmente correcto, el segundo que haya sido obtenido de conformidad al ordenamiento jurídico procesal y la tercera que restablezca la paz jurídica.¹⁰ Estos tres requisitos del fallo judicial de culpabilidad interactúan entre si y resaltan la importancia del estudio del debido proceso sustantivo, pues como se dijo anteriormente, no todo proceso conforme a las reglas de enjuiciamiento, garantiza una sentencia justa; y no toda sentencia justa puede ser obtenida mediante un debido proceso.

Así por ejemplo, la solución a éstos conflictos, puede ser muy diversa; si una confesión ha sido obtenida a través de métodos de interrogación prohibidos, ella no puede ser aprovechada; entonces, el acusado debe ser absuelto, aunque sea culpable, a menos que su culpabilidad pueda ser establecida de otra manera. El principio de formalidad del procedimiento, que en realidad no es una mera

⁹ Tribunal Constitucional del Peru, Exp. 3075.2006-PA/TC

¹⁰ Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal 1º, ed, 2º, 3º, 4º, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor.

categoría formal, sino que aquí sirve directamente a la protección de la dignidad humana es antepuesto, en este caso, a la meta de la corrección material de la sentencia. Esto no es siempre así: la citada antinomia, por ejemplo es resuelta en sentido contrario para la opinión dominante en tanto se trate de pruebas obtenidas indirectamente de métodos de interrogación prohibidos. Por consiguiente, si bajo la influencia de una amenaza, el imputado sospechoso de un asesinato no solo confiesa, sino que también indica donde ha ocultado el cadáver, se considera admisible utilizar al menos esta última prueba para declararlo culpable. La meta de corrección material de la sentencia obtiene en este caso prioridad, a pesar de su contrariedad con las reglas formales del procedimiento.¹¹

Este último criterio que en voz de Claus Roxin, resulta contrario a la opinión dominante para acceder a una decisión materialmente correcta, resulta la antípoda de otro criterio formal y propio del debido proceso, como es la Eficacia Refleja, o conocida como el Fruto del Árbol envenenado.

Dicha doctrina tiene su origen en la *fruit of the poisonous tree doctrine* elaborada por el Tribunal Supremo Federal norteamericano. Así en el caso *Silverthorne Lumber Co. Vs, US*, de 1920, referente a la aprehensión ilícita de documentos por parte de agentes federales cuyo examen permitió el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo, el Tribunal Supremo Federal norteamericano consideró que no solo los documentos sino que el resto de las pruebas obtenidas o logradas a partir de los mismos no eran utilizables.¹²

Éste criterio procesal resulta contrario al nuevo entendimiento expuesto por Claus Roxin como de reducida preferencia contemporánea; es decir, la posibilidad de condenar a una persona en base a los efectos diferidos de una declaración ilícita, ello para lograr una sentencia materialmente correcta.

¿Acaso sea ésta una muestra de la expresión más pura del debido proceso sustantivo o justicia material.?

¹¹ Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal 1º, ed, 2º, 3º, 4º, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor

¹² Manuel Miranda Estrampes, legitimidad de la prueba, Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, ARA Editores 2009. Pag. 52.

Como se aprecia, el debido proceso sustantivo o justicia material, modera los efectos que de una aplicación mecánica de la Ley, resultarían contrarios al sentido axiológico de la constitución y procura en determinadas circunstancias, someter la legalidad formal a la justicia material, analizada en éste trabajo.

5.- Institutos Procesales que resienten los efectos del debido proceso sustantivo.

5.1.- Afectación del Debido Proceso Sustantivo en la Teoría de la Exclusión Probatoria.

Ahora bien, los alcances del debido proceso sustantivo, que como se tiene dicho procura una sentencia materialmente correcta en base a criterios de razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de arbitrariedad; incluso sometiendo el sentido literal de la normas, es advertido por la moderna jurisprudencia comparada y conocida como excepciones a la teoría de exclusión probatoria, uno de los institutos procesales que experimenta los efectos del debido proceso sustantivo.

Estas excepciones alcanzan no sólo al reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita, sino a la propia vigencia y aplicación de la regla de exclusión, esto es, a la prohibición de valoración de la prueba ilícita, en algunas ocasiones, en contra del propio tenor literal de la regla tal como ha sido configurada legalmente.¹³

Una de esas excepciones a la teoría de exclusión probatoria es la Buena Fe, por cuyos alcances, una prueba que fue obtenida, en buena fe de la legalidad de la orden judicial que la permitió (Ej. Orden de Allanamiento), pese a la posterior declaración de ilegal de su antecedente, (Ej. Nulidad de la orden de allanamiento) la misma puede ser apreciada y valorada por haber sido obtenida en buena fe de sus ejecutantes.

¹³ Manuel Miranda Estrampes, legitimidad de la prueba, Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, ARA Editores 2009. Pag. 54.

Cabe resaltar que el fundamento y finalidad de la teoría de exclusión probatoria es el carácter disuasorio de la misma, respecto a los actos arbitrarios de la función policial (*deterrent effect*).

Cuando los oficiales de policía ingresaron a un domicilio creyendo en buena fe que el mandamiento de allanamiento era correcto, la regla de exclusión carece, en estos casos, de eficacia disuasoria,¹⁴ por ello es posible la admisión y valoración de la prueba, aun haya tenido un antecedente ilícito o contra lege procesal.

En este ejemplo, en mi percepción, opera uno de los criterios determinantes del debido proceso sustantivo, cual es el principio de proporcionalidad, entendiendo el mismo como una correspondencia entre medios y fines, que se explicaría de la siguiente forma.

Si la finalidad del instituto de exclusión probatoria es el carácter disuasorio respecto a los actos arbitrarios en la función investigativa de la policía, se excluye la prueba con la finalidad de demostrar a los oficiales de policía que sus actos arbitrarios para la obtención de la prueba no tendrán eficacia procesal (*carácter disuasorio*), empero, si los oficiales de policía ingresaron entendiendo que el mandamiento de allanamiento era legal, al obrar de buena fe se encontraban seguros de no lesionar ningún derecho, por ello la exclusión de esa prueba obtenida no tendría el carácter disuasorio que es una de las finalidades de la exclusión probatoria, pues ellos obraron seguros de estar en lo correcto; aquí se presentaría la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación del instituto de la exclusión probatoria.

La exclusión de esa prueba carecería de objetivo sustancial, puesto que no tiene el efecto disuasorio que motivó al legislador a incorporar este instituto procesal.

Otra de las excepciones al instituto de exclusión probatoria en cuya concepción opera el Debido Proceso Sustantivo o Justicia material, es la prueba ilícita a favor del imputado; en ésta teoría se pondera el fundamento constitucional que preserva el instituto de exclusión probatoria, pues el mismo procura salvar una posible condena de un inocente en base a prueba ilícitamente obtenida; empero

¹⁴ Idem. Pag. 55.

cuando se trata de la prueba de descargo presentada por el imputado para desvirtuar la acusación intentada en su contra, no debiera aplicarse taxativamente el citado instituto, pues la finalidad es evitar la condena de un inocente por medio probatorios ilícitos, empero cuando la prueba es de descargo debe valorarse, aunque en menor intensidad y con las cierto celo procesal, pues la interpretación del instituto de exclusión probatoria debe hacerse en favor del procesado.

El principio de proporcionalidad desde la óptica del derecho a la defensa informado por el principio de *favor rei* avala la admisión de la prueba ilícitamente obtenida cuando beneficie al acusado.

El único límite a la admisibilidad de la prueba ilícita *in bonam partem*, cuyo fundamento podría encontrarse también, en el propio principio de proporcionalidad, vendría representado por aquellos supuestos en que la ilicitud hubiera sido provocada a propósito por el propio imputado o acusado con la finalidad de impedir o neutralizar el ejercicio del *jus puniendi* por parte del Estado.¹⁵

Avanzando en el análisis de los criterios de exclusión probatoria que someten su consideración a los límites del debido proceso sustantivo, encontramos a otra excepción a éste instituto procesal, denominado; **los cursos de investigación hipotéticos o inevitable discovery.**

Recordemos que por imperativo literal del CPP, no tendrá eficacia probatoria las pruebas obtenidas en vulneración de la forma y de alguno de los derechos constitucionales que operan a favor del justiciable, ello se encuentra descrito en el Artículo 172 del ritual procesal penal, por cuya consideración, no puede ser tomada en cuenta la prueba que se obtenga en merito de alguna de las irregularidades descritas, no obstante, experimentando la influencia del Debido Proceso sustantivo, la doctrina jurisprudencial, especialmente la Norteamericana y otro tanto la Alemana, a asumido excepciones a éste imperativo normativo,

¹⁵ Manuel Miranda Estrampes, legitimidad de la prueba, Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, ARA Editores 2009. Pag, 57

atendiendo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad; a ello se conoce como excepciones al instituto procesal de exclusión probatoria.

El referido a los cursos de investigación hipotéticos o *inevitable discovery*, hace referencia a la validez y eficacia probatoria de una prueba, que habiendo sido obtenida en irreverencia de las formas establecidas por el legislador, (Ej, escucha telefónica sin autorización judicial), pueda establecerse que la misma, hubiera sido aprehendida igualmente por el investigador, si se hubiera solicitado la autorización correspondiente y su obtención hubiera sido inevitable por el curso mismo de la investigación.

La análisis lógico al respecto versa en la irracional exclusión de una prueba que solo pretenda ser apartada, por no haber mediado una exigencia formal, en su obtención, cuando la misma y con los mismos resultados hubiera sido igualmente obtenida, salvando el defecto de forma en su obtención, en cualquier momento.

Aquí, se somete el principio de legalidad procesal, descrita en el Artículo 173 del CPP, al principio de razonabilidad, integrante del debido proceso sustantivo, pues una evidencia que resulte descollante en la condena de un delito de alta lesividad social, no puede ser excluida, si solo se alega un defecto de forma en su obtención, cuya concurrencia en nada hubiera alterado la conclusión probatoria.

Un ejemplo lo encontramos en la doctrina jurisprudencial del Supremo Tribunal Español, que en una explicación extensa de ésta excepción a la institución de exclusión, manifiesta los avances en su entendimiento general, como ser el tránsito de la inevitabilidad de la obtención de la prueba a un criterio de probabilidad en la misma obtención, ampliando la excepción y limitando la regla legal de la exclusión, veamos.

Tribunal Supremo Sala II de lo Penal. Sentencia 53/2011, de 10 de febrero

QUINTO: El motivo sexto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim . en relación con el art. 5.4 LOPJ . se denuncia transgresiones del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE , así como la vulneración del derecho de defensa reconocido en el art. 24.2 CE .

a) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la regularidad de la prueba conexa e influencia de la ilicitud del auto de 26.12.2007 con la consiguiente nulidad de todo lo instruido con posterioridad. Auto éste en el que se acordó la intervención, grabación y escucha de los teléfonos NUM014 de la operadora Movistar y NUM015 de France Telecom y que de acuerdo con el Fundamento Jurídico primero de la sentencia recurrida entiende vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas consagrado en el art. 18.3 CE . por lo que declara la nulidad del referido auto de 26.12.2007, y de acuerdo al art. 11.1 LOPJ . de todas las pruebas derivadas de dicha resolución al haber sido obtenidas indirectamente con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (restantes autos de intervención telefónicas, declaraciones de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía actuantes a las vigilancias y seguimientos efectuados a los acusados), **pero no así otras como las declaraciones de contenido autoincriminatorio** -cuya problemática será analizada en el recurso del otro acusado- **ni a la prueba testifical practicada en relación a la interceptación el 26.3.2008 del paquete remitido a través de Seur por D. Carlos Francisco por producirse la misma, a juicio de la fe "... de forma casual, apareciendo desconectada de las intervenciones telefónicas y de la investigación que se venía llevando a cabo en las Palmas de Gran Canaria".**

El recurrente discrepa de esta interpretación por entender que si se declara la nulidad del auto de 26.12.2007, la nulidad alcanza a todo el procedimiento, al no existir de forma diferenciada un auto de incoación de Diligencias Previas y un auto de intervenciones telefónicas, los efectos de la nulidad se comunican a todas las diligencias que sean vinculadas al existir entre unas y otros no solo una conexión natural sino lo que se ha venido a denominar como "conexión de antijuricidad", dado que si no hubiera sido por las pruebas declaradas judicialmente nulas jamás se hubiera identificado al recurrente, ni conocido que éste había remitido el 25.2.2008 un paquete con destino a Gran Canaria, tampoco se hubiera tenido constancia de la existencia de interceptación el 26.3 en Getafe ni el contenido de las diligencias policiales practicadas por el Grupo II, de la Policía Nacional de Getafe que soportan el fallo condenatorio, y se habría encargado de tramitar la instrucción del proceso el Juzgado de Instrucción nº 6

de Getafe y caso de acordarse la apertura del juicio oral, se hubiera celebrado ante la Audiencia Provincial de Madrid.

Las SSTC. 66/2009 de 9.3 y 28/2002 de 11.4 , recuerdan que desde la STC. 114/84 de 9.11 , hemos sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una **ignorancia de las garantías** propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de **la desigualdad entre las partes** en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de " **proceso justo** ", debe considerarse prohibida por la Constitución (SSTC 114/1984 , 81/1998 , 69/2001 , 28/2002 , y 66/2009). Tal prohibición atañe no solo a los resultados directos de la intervención, sino que se extiende a "cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios (STC. 49/96 de 26.3), aunque derive indirectamente de aquella (SSTC. 85/94 de 14.3 , 86/95 de 6.6 , 181/93 de 11.12 , 54/96 de 26.3). Junto a esta regla general en supuestos excepcionales hemos considerado lícita la valoración de pruebas que, aún cuando se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (SSTC. 86/95 de 6.6 , 81/98 de 2.4 , 151/98 de 13.7 , 166/99 de 27.9 , 136/2000). La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras, radica en que las pruebas derivadas son desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (STC. 184/2003 de 23.10). "Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuricidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del

conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones (STC. 81/98 de 2.4).

Al amparo de esta construcción constitucional se han incorporado dos tipos de excepciones: la de confesión voluntaria del acusado y la del descubrimiento probablemente independiente o prueba hipotéticamente independiente. La primera no afectaría al recurrente quien en ningún momento durante la instrucción o en el juicio oral, realizó declaración autoincriminatoria reconociendo haber remitido en el paquete una bolsa con anfetaminas. La segunda se aplicó por primera vez en la STC. 81/98 al estimarse que el delito obtenido con la intervención telefónica ilícita era un dato "neutro", pues no fue indispensable un determinante por sí solo de la ocupación de la droga en poder del acusado. Dicha excepción se aplicó también en las SSTC. 171/99 y 238/99 . Esta construcción produce, defecto, según la doctrina, sin reducción del estándar de inevitabilidad exigido en la excepción norteamericana del "inevitable discovery", que obliga a las acusaciones a acreditar de forma fehaciente que la prueba se hubiera obtenido necesariamente aún cuando la inicial ilicitud no hubiera tenido lugar, esto es, la inevitabilidad del descubrimiento por medios lícitos. Por tanto, el estándar de inevitabilidad se sustituye por el menos exigente de "probabilidad", ampliándose de esta forma el campo de aplicación de la excepción y reduciéndose, correlativamente, el ámbito de operatividad e la regla de exclusión. Dicha excepción parece inspirarse en la doctrina alemana de los "cursos de investigación hipotéticos según la cual la utilización del material probatorio obtenido ilícitamente debería aceptarse en los supuestos en que el mismo pudo haber sido obtenido sin una lesión de las prohibiciones establecidas para la obtención de pruebas".

En definitiva se ha mantenido la posible independencia y validez de la diligencia de entrada y registro de las evidencias obtenidas en ella -en el caso presente sería la apertura del paquete- respecto de las intervenciones telefónicas ilícitas, si la misma se pudiera haber obtenido de un modo lícito por el órgano judicial, de haberse conocido por éste la circunstancia de la lesividad de su derecho fundamental (STC. 22/2003 de 10.2 , FJ. 10 y 11, contenida en el FJ. 10 de la STC. 49/99 de 5.4 , 171/99 de 27.9), o examinando la valoración individualizada

de las pruebas efectuada por el Tribunal penal para condenar (STC. 87/2001 de 2.4).

Doctrina que sería aplicable al caso presente, el hallazgo de la droga en la sede de la empresa Secur en Getafe se produce en las diligencias previas incoadas por el Juzgado Instrucción nº 6 de dicha localidad -quien posteriormente se inhibió a favor del Juzgado Instrucción nº 1 Las Palmas-. La forma en que se produjo tal ocupación -al pasar el paquete por el scanner y detectar su vigilante de seguridad que contenía una bolsa que no se correspondía con lo declarado, revela que el hallazgo se produjo de forma casual e inevitable, con independencia de que hubiera mediado inhibición o se hubiera finalizado la instrucción y enjuiciado el hecho en Madrid, la desconexión con las intervenciones ilícitas del Juzgado Instrucción nº 1 Las Palmas aparece de forma evidente.

La pretendida conexión que se relata en el motivo fue descartada por la sentencia impugnada y al tratarse de una mera hipótesis, su comprobación pudo hacerse por el recurrente señalado qué conversaciones telefónicas en concreto avalaban esa conexión o relación y el previo conocimiento policial del envío del paquete que, de ser cierto, hubiera posibilitado su entrega vigilada, art. 263 bis LECrim . y la intervención policial antes de la llegada del paquete a Getafe.¹⁶

En la experiencia española se ejerce una aplicación detallada a la excepción al instituto de exclusión probatoria, denominada, **cursos de investigación hipotéticos o inevitable discovery**, haciendo incapié en que el descubrimiento de la sustancia controlada, tuvo un curso inevitable, al haber sido advertida por el funcionario encargado de verificar el contenido de la encomienda o equipaje, es decir que la posibilidad de su aprehensión fue inevitable y si bien existe una conexión material a la escucha telefónica que fue declarada ilegal, el descubrimiento no podía suspenderse, por ello no puede ser excluida la prueba.

Se aprecia una directa contradicción al imperativo legal de exclusión probatoria, pues si el elemento de juicio fue obtenido en infracción a las formas, no debiera

¹⁶ Sentencia del Tribunal Español, Sala Penal II No. 53/2011 de 10 de febrero.

valorarse su contenido, empero, esta oscilación se inspira en los nuevos paradigmas del Debido Proceso Sustantivo.

A ésta conclusión se arriba, a partir de las críticas que se oponen a ésta teoría de excepción, al instituto de exclusión probatoria, así, por ejemplo Jager C, en su obra Problemas Fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal, al respecto refiere que: *nunca puede determinarse con la necesaria seguridad si la prueba pudo ser obtenida por una vía legítima; así mismo, califica a ésta doctrina de jurídicamente antisistémica, ya que el resultado de un proceso consiste en el mantenimiento de sus garantías y no pueden ser estas sustituidas mediante reflexiones hipotéticas en torno a un comportamiento alternativo.*¹⁷

En mi percepción, el Autor Jager C. retoma el conflicto dialéctico suscitado entre medios y fines; en sentido de ser las garantías constitucionales o procesales un fin en sí mismo dentro del proceso o un medio para la consecución de fines superiores como ser la paz social o la justicia.

Desde un razonamiento básico, el respeto de los derechos procesales de origen constitucional debieran ser el principio y fin de toda política criminal de un Estado, empero nos convencemos de manera más abrumadora que, esta premisa exhibe oscilaciones más profundas que las que hubiéramos vaticinado.

El derecho de un acusado a que una garantía procesal le sea respetada y aplicada, sucumbe ante la lesividad del acto a juzgarse y la razonabilidad aplicada, a la necesidad de hacer justicia y recobrar la paz social.

Con ello no pretendo asumir la postura, que el arbitrio de maldad operante en la acción criminal, engeezca la visión del juzgador sobre el elenco de derechos humanos erigidos desde antiguo; sino que, la ponderación debe ser permanente, entre la razonabilidad del derecho del acusado en aplicación, con la justicia material como valor supremo del Estado.

Otro criterio limitativo del instituto legal de exclusión probatoria, es el referido a **la excepción de la fuente independiente.**

¹⁷ Jager C. Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal, Fabián J. Di Placido, Editor Buenos Aires 2003, pag. 112.

En principio recordemos que por la teoría de la prueba contaminada, aquellas pruebas que secundan a una inicial que fue ilegalmente obtenida, carecen de valor legal; a ello se denomina eficacia refleja de la ilegalidad, no obstante, la excepción que ahora se explica, se basa en la independencia de la prueba posterior que no guarda nexo causal con la primera prueba obtenida ilegalmente.

El ejemplo que nos ofrece Manuel Miranda Estrampes en su trabajo Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, corresponde a la jurisprudencia Norteamericana en la que se fundó la citada excepción.

Se aplico en el caso Segura vs. U.S, de 1984 en un supuesto relacionado con la investigación de un delito de tráfico de drogas en donde la policía entro en un domicilio sin mandamiento judicial, procediendo a la detención de los ocupantes y permaneciendo en el lugar por varias horas hasta que se obtuvo el preceptivo mandamiento. Dicha autorización judicial se obtuvo gracias a los datos indiciarios antes del registro ilegal, por lo que solo se excluyo como fuente de prueba aquellos elementos que se habría encontrado con la entrada inicial, a la vez que admitió lo descubierto tras ejecutarse el mandamiento de entrada válido.¹⁸

En el caso glosado por el autor Estrampés, en mi entender es de aplicación el criterio de proporcionalidad como integrante del Debido Proceso Sustantivo, proporcionalidad entre los actos de investigación ilegales y aquellos que si bien tienen un vinculo material de conexitud, no guardan relación de antijuricidad con él mismo, como bien menciona la Suprema Corte de España en un caso transcrito con anterioridad, puesto que, los actos derivados del primer ingreso ilegal, no fueron tomados en cuenta, empero, los elementos de prueba obtenidos en forma posterior, con la debida orden de allanamiento, completamente válidos, más aún cuando la decisión de allanamiento se basó en causas probables anteriores al acto ilegal de ingreso al inmueble.

¹⁸ Manuel Miranda Estrampes, Comentarios al Nuevo Código de Procesal Penal, ARA Editores, 1º Edición 2009, Peru, Pag. 60

No resulta proporcional, excluir una prueba que se obtuvo en base a un mandamiento de allanamiento correcto que se basó en causas probables anteriores al acto ilegal denunciado del primer ingreso.

Si la posterior orden de allanamiento se hubiera fundado en elementos de prueba indiciarios obtenidos en el primer ingreso ilegal al inmueble, en ese supuesto, sí, existiría una relación causal de antijuricidad, empero, al haberse basado en una causa probable obtenida en forma anterior al ingreso ilegal, no resulta proporcional su exclusión, por ser ésta una fuente independiente.

Si bien existen otras excepciones al instituto de exclusión probatoria, como ser el nexo causal atenuado y la excepción del descubrimiento inevitable, en honestidad a la coherencia del presente trabajo no requieren ser desarrollados, pues el objeto del mismo es ejemplificar la inherencia de los barómetros del debido proceso sustantivo, en ciertos institutos procesales que se someten al principio de legalidad procesal.

El absolutismo de la regla de exclusión probatoria, tal como había sido configurado en el Artículo 173 del CPP, aquí, se ha transformado en un mando de ponderación de los intereses o valores en juego. Ponderación que se deja en manos de los órganos judiciales.¹⁹

5.2.- Afectación del Debido Proceso Sustantivo en la Teoría del Derecho de Persecución Penal. (Jus Puniendi)

Otro de los institutos procesales que experimentaron cierta influencia de la Teoría del Debido Proceso Sustantivo es la referida al Derecho de Persecución Penal del Estado, conocido como Jus Puniendi, pues impone el imperativo de persecución penal obligatoria ante cualquier noticia criminal o *notitia criminis*.

Debemos considerar que existieron dos sistemas procesales penales que dieron origen al modelo actual que fuera asumido por el Estado Plurinacional, a saber el Sistema Inquisitivo y el Sistema Acusatorio, éste último propio de la derecho germano antiguo, cuya pretensión de justicia estaba liberada a la voluntad del

¹⁹ Manuel Miranda Estrampés, Comentarios al Código Procesal Penal, ARA Editores, 1⁹ Edición 2009, Pag. 65

accionante, mas no al imperio del Estado, que era simplemente un receptor de la pretensión acusatoria del ciudadano.

En las sociedad primitivas que no poseían todavía ni un atisbo de poder político central (según sucedía en el primitivo derecho germano), la reacción privada o popular se canalizó por la vía de la regulación normativa), allí nació el “juicio” con intervención del ofensor frente a un árbitro, el tribunal, el cual de alguna manera decidiría la cuestión.²⁰

No podemos dejar mencionar algunas peculiaridades del sistema inquisitivo, aunque es bien sabido que su característica fundamental es la concentración de los niveles de decisión y acusación en un solo actor procesal, cual es el juez inquisidor.

Al respecto y considero con amplia exposición de su origen y sus implicancias, Martin Eduardo Botero Cardona, refiere en su trabajo “El sistema procesal Penal acusatorio”, que; en la primera mitad del siglo XIII sobreviene orgánicamente la revolución inquisitiva, profetizada en el cuarto Concilio Luterano. De espectador impasible como era, el Juez se vuelve en campeón del sistema, extirpa herejías o exhume delitos, Mudan las técnicas, no existe contradictorio; adviene todo en secreto; al centro esta pasivo, el indagado; culpable o no, sabe algo y está obligado a decirlo; la tortura estimula flujos verbales coactivos.²¹

De ambas modalidades, que marcaron el inicio de la evolución procesal en el mundo, se asume una postura ecléctica como en la mayoría de los esfuerzos de interpretación de derechos humanos; una síntesis que, al extraer lo mejor de ambos sistemas culmina con un modelo de enjuiciamiento criminal que no limita la intervención del estado, pero que a su vez procura una plasmación positiva de los derechos subjetivos declarados en el plexo constitucional vigente.

Éste sistema se denomina mixto, es decir de corriente acusatoria pero con matices del sistema inquisitivo, pues se resiste al abandono de la obligatoriedad

²⁰ Julio B. Maier. Derecho Procesal Fundamentos, Editores del Puerto srl, 2004, Pag. 444.

²¹ Martin Eduardo Botero Cardona, El Sistema Procesal Penal acusatorio, El Justo Proceso, ARA Editores, pag, 165.

en la persecución penal que la asume el mismo Estado; empero no concentra la facultad de decisión con la facultad acusatoria.

De la Inquisición perduran hasta nuestros días sus dos máximas fundamentales; la persecución penal pública de los delitos, por lo menos como regla, considerados los máximos exponentes del comportamiento desviado en el seno social, y, por ello, intolerables para el orden y la paz social, al punto de que deben ser perseguidos por el mismo Estado y sin atención a ninguna voluntad particular; y la averiguación de la verdad histórica, como meta directa del procedimiento penal, sobre cuya base se debe fundar la decisión final.²²

Nótese que para mantener la obligatoriedad de la persecución penal pública, asume descollante importancia la gravedad del delito como de lesa sociedad, por cuya intolerabilidad mantiene al Estado como su principal represor en exclusión de cualquier voluntad particular.

Éste es uno de los caracteres del sistema mixto actual que nos conducen a descubrir la implicancia del Debido Proceso Sustantivo en la interpretación de la política procesal del Estado, para limitar el positivismo jurídico procesal, imperante hasta el momento.

Efectivamente, apreciemos cómo nuestra estructura procesal criminal constitucional, hasta las regulaciones ordinarias, asumen el principio de obligatoriedad como un imperativo de actuación para el Ministerio Público, veamos.

La Constitución Política del Estado Plurinacional, en su Capítulo Segundo denominado Función de Defensa de la Sociedad, incorpora en su sección segunda al Ministerio Público y en su Artículo 225, menciona lo siguiente:

El Ministerio Público defenderá la legalidad y los intereses generales de la sociedad, y ejercerá la acción penal pública.

Posteriormente en su apartado II, menciona lo que sigue;

²² Julio B. Maier. Derecho Procesal Fundamentos, Editores del Puerto srl, 2004, Pag. 449

El Ministerio Público ejercerá sus funciones de acuerdo con los principios de legalidad, oportunidad, objetividad, responsabilidad, autonomía, unidad y jerarquía.

Nótese que la actual constitución Política del Estado, incorpora el término oportunidad para sustituir al principio de obligatoriedad que fuera incorporado en pasadas legislaciones.

Al respecto, tomemos en consideración el Código de Procedimiento Penal que en su Artículo 21, establece el principio de obligatoriedad, declarando lo siguiente:

La Fiscalía tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente.

Ahora bien, establezcamos la dimensión exacta del principio de obligatoriedad, que fue nutrido con los efectos del Debido Proceso Sustantivo, en ese propósito acudimos a Martín Eduardo Botero Cardona que citando a Hurtado Pozo en el estudio del Procedimiento Penal Italiano, refiere.

Para apreciar mejor desde esta perspectiva la función del PM (Ministerio Público), hay que tener en cuenta que rige en nuestro ordenamiento procesal penal el principio de obligatoriedad de la acción penal, que el P.M. procederá en todos los casos que llegue a su conocimiento, de cualquier manera la realización de un delito, pues será suficiente que el hecho conocido o denunciado reúna las características de una figura delictiva, y que existan elementos mínimos referentes a su ejecución. No es necesario, por el contrario, que se tenga la seguridad plena de la naturaleza delictiva del hecho y se conozca a los responsables pues la comprobación de esto, es materia precisamente de la investigación judicial.²³

En palabras de éste autor se dimensiona de manera certera la aplicación del principio de obligatoriedad que al estar positivado en el CPP y en cierta medida en la CPEP, resultan acciones de las que se nutre el principio de legalidad

²³ Martín Eduardo Botero Cardona, El Sistema Procesal Penal Acusatorio, ARA Editores, Pag. 261.

procesal, por el que el Ministerio Público está obligado a cumplir con las normas que rigen su accionar.

Delimitado el principio rector de estas funciones del Ministerio Público, el Debido Proceso Sustantivo, que emula los criterios de proporcionalidad, razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad, ejerce cierta influencia en la concepción final de éste principio, pues habrá que preguntarse.

¿Será razonable y proporcional que el Ministerio Público persiga todos los delitos obligatoriamente sin potestad de decisión alguna de las partes en conflicto.?

La respuesta fue dada, a partir de la crisis del principio de legalidad, que establece Jose Daniel Cesano en su trabajo denominado El Nuevo Derecho Procesal Penal, que sin hacer una mención específica del Debido Proceso Sustantivo, como barómetro de decisión legislativa, acepta la injerencia de una actividad crítica y razonable para someter el principio de legalidad procesal, al referir que:

*La crisis que evidencia el principio de legalidad nos habla a las claras de la necesidad de buscar otra alternativa que permita mejorar la eficacia de la Administración de Justicia Criminal, a través de una cierta disponibilidad reglada de la acción penal **que posibilite una razonable selectividad** en la persecución²⁴. (El resaltado es mío)*

Como se aprecia, los componentes del Debido Proceso Sustantivo, someten al principio de legalidad procesal, para alcanzar mayores resultados de justicia, no solo en la eficacia de la persecución penal, sino también en la modernización del sistema procesal mixto, asumido por gran parte del continente.

La particularidad de éste último ejemplo es que, el juicio crítico de razonabilidad respecto a la inmutable norma procesal, no parte de un principio constitucional correspondiente a la Teoría del Debido Proceso, pues ello no es aceptado por los autores citados, sino por un ejercicio cognocitivo natural de los operadores de justicia; naciendo con ello, la importancia de positivizar estos criterios de justicia

²⁴ José Daniel Cesano, el Nuevo Derecho Procesal Penal, ARA Editores, Pag. 76

en la sistemática procesal, limitando así, no solo la actividad de los órganos de aplicación jurídica sino los del mismo legislador.

Efectivamente, uno de los fenómenos del Estado Constitucional de Derecho es que los atributos humanos declarados en su constitución, obligan al Estado, en sentido negativo a no limitar el ejercicio de éstos derechos y en sentido positivo a garantizar su ejercicio, procurando medios políticos para su consecución más plena.

Estos derechos constitucionalizados, no solo restringen el ámbito de liberalidad administrativa del Estado, sino que limitan al mismo legislador a dictar leyes que contradigan o menoscaben el contenido esencial de estos derechos, entre los cuales, a partir de este trabajo y muchos otros, podría considerarse como integrante de estos límites infranqueables al Debido Proceso Sustantivo o Justicia Material.

6.- Aplicación del Debido Proceso Sustantivo en la Jurisdicción del Estado Plurinacional.

Establecido el sentido y alcance del Debido Proceso Sustantivo y sus implicancias procesales, pasemos a develar si el mismo, como una dimensión particular dentro de la Teoría del Debido Proceso, es aplicable o puede ser considerado dentro de la Jurisdicción del Estado Plurinacional, en ese propósito debemos determinar si la Constitución Política del Estado Plurinacional, recoge algunas previsiones sobre la razonabilidad y las constituye como mandatos imperativos para la administración del Estado, procuramos en principio, identificar si las resoluciones judiciales de interpretación constitucional así lo establecen, en ese sentido tenemos la Sentencia Constitucional de Bolivia No. 2045/2010-R de 10 de noviembre de 2010, que respecto a éste principio menciona lo siguiente.

*“.....por tanto, es imprescindible señalar que el interprete de legalidad, puede utilizar criterios de interpretación, entre los cuales, se encuentra verbigracia la interpretación exegética o gramatical; teleológica; sistemática entre otras; entonces, solamente cuando el intérprete de esta legalidad, en sus decisiones, utilice algún criterio de interpretación que implique vulneración a un **principio***

constitucional, como ser el **de** igualdad, legalidad, **razonabilidad** o proporcionalidad; o cuando su interpretación afecte algún elemento del derecho al debido proceso, podrán ser tutelados los mismos a través del amparo constitucional.”²⁵

Como se aprecia, los fallos del mayor intérprete de la Constitución del Estado, incorporan, como principios rectores de toda aplicación jurídica a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuyos alcances conceptuales emulan la verdadera finalidad del Debido Proceso Sustantivo.

No obstante, en forma textual, no encontramos cita concreta de éstos principios en el plexo constitucional vigente, puesto que los Artículos 178 y 180, hacen referencia a otros principios, como ser los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

Pese a la omisión de cita independiente de estos principios, integradores del Debido Proceso Sustantivo, la moderna concepción de la otra dimensión del Debido Proceso, fue asumida por el actual Tribunal Constitucional Plurinacional, en efecto, son dos los fallos constitucionales que declaran en forma diáfana la vigencia de un Debido Proceso Sustantivo, aquí se muestra uno de ellos, veamos:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2062/2010-R, Sucre, 10 de noviembre 2010

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía -la perfección- el pleno cumplimiento de los procedimientos -debido proceso adjetivo-, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho

²⁵ Sentencia Constitucional de Bolivia No. 2045/2010-R de 10 de noviembre de 2010.

*a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso. Por otra parte, el debido proceso también es considerado como un principio, que emanó del principio de legalidad penal en su vertiente procesal, y que figura como una directriz de administración de justicia en el art. 180 de la CPE. Concluyendo este punto, debe remarcarse que, como se aprecia de las citas de los artículos 115.II y 117.I de la CPE, efectuadas anteriormente, la Constitución Política del Estado vigente en el marco de las tendencias actuales del Derecho Constitucional ha plasmado de manera expresa el cumplimiento de los preceptos informadores y la objetivización de valores superiores-**debido proceso sustantivo**-reconocimiento del **debido proceso**; derecho, garantía y principio, respecto al que existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al contenido e implicaciones guardando estrecha congruencia con la Ley Fundamental, siendo plenamente aplicable, a pesar de haber sido desarrollada en el marco de la Constitución abrogada, resaltando que su carácter de derecho fundamental lo hace exigible ante cualquier procedimiento, sea público o privado.²⁶*

Con este criterio constitucional, emanado del mayor interprete de la Constitución Política del Estado Plurinacional, podemos asegurar que, el Debido Proceso Sustantivo o Justicia Material se encuentra previsto en los Artículos 115.II y 117-I, de la CPEP, que si bien garantizan al ciudadano el derecho al Debido Proceso, en sentido genérico, debe interpretarse esta declaración constitucional en sentido amplio a la consecución de los fines y valores del Estado, ello quiere decir, en todas las dimensiones en las que el debido proceso debe aportar a este propósito, incluyendo al Debido Proceso Sustantivo.

6.- Doctrina jurisprudencial en aplicación del Debido Proceso Sustantivo o Justicia Material.

Ahora analicemos algunos ejemplos de la doctrina jurisprudencial que ejercitaron, directa o indirectamente los criterios básicos del Debido Proceso Sustantivo, ello dentro de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

²⁶ Sitio Web del Tribunal Constitucional de Bolivia, www.tribunalconstitucional.gob.bo Sentencia Constitucional No. 2062/2010-R de noviembre de 2010.

A continuación tenemos un fallo del Tribunal Constitucional que ejercita el debido proceso sustantivo, o la justicia material en desmedro de la exigencia formal de la Ley, ello en un caso de asistencia familiar y aprehensión del obligado, veamos.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0989/2011-R, Sucre, 22 de junio de 2011

*En mérito a lo anteriormente desarrollado, tenemos que los supuestos fácticos que fueron el motivo para el precedente establecido en la SC 1550/2005-R han cambiado, tanto formalmente como en el objeto del derecho protegido, ya que el debido proceso, tal y como lo reconoce nuestra propia jurisprudencia, no sólo es el cumplimiento mecánico de reglas formales, sino lo que se vela por un orden más justo, por la **justicia material**, y por otro lado la interpretación constitucional siempre debe estar orientada para proteger al más débil, o vulnerable, que en los casos de asistencia familiar son los niños, por lo que un requisito formal como es la homologación no puede convertirse en un impedimento o traba que impida el cumplimiento de la asistencia familiar.*

III.2. Análisis del caso denunciado

De la revisión de los antecedentes, el accionante alegó que el 20 de julio de 1999, suscribió el documento transaccional con Ana María Rosmery Ortuño Orellana, su actual esposa, en la que se acordó como pago de asistencia familiar la suma de Bs600.- en beneficio de sus tres hijos; por otra parte, el 1 de febrero de 2003, mediante providencia la autoridad demandada aprobó la documentación transaccional y con respecto a la homologación señaló que se tenía presente para la Resolución, sin embargo, emitió la liquidación sin haber homologado el acuerdo transaccional de asistencia familiar suscrito entre las partes, en tal sentido expidió el mandamiento de aprehensión el 1 de diciembre de 2009, que fue ejecutado el 6 de abril de 2010, sin haberse homologado el documento transaccional.

Tenemos en el presente caso la falta de homologación por parte de la autoridad demandada, un requisito formal, frente al derecho superior de los menores de edad a recibir la asistencia familiar incumplida por el accionante, reconocido constitucionalmente -cabe hacer notar que el accionante en ningún momento manifestó sobre la falsedad del documento transaccional aludido-, ante este

panorama, la jurisdicción constitucional debe obligatoriamente velar por los intereses de los niños a tener una vida digna ante el incumplimiento de pago de asistencia familiar a pesar de no haberse cumplido con este requisito formal. Por lo que en aplicación de los argumentos vertidos en el Fundamento Jurídico III.1 debe denegarse la tutela solicitada.

Por lo precedentemente señalado, el caso no se encuentra dentro de las previsiones y alcances de la acción de libertad, por lo que el Tribunal de garantías al haber declarado “improcedente” la acción, ha efectuado una adecuada compulsión de los antecedentes procesales y aplicado debidamente los alcances de esta acción tutelar.²⁷

Como se aprecia, el Tribunal Constitucional asume la moderna dimensión del Debido Proceso, como un mecanismo que no solo opera para el respeto de las formas procesales, sino que se constituye en un instrumento para el verdadero acceso a la justicia, en defensa de los más débiles, incluso sometiendo el sentido literal de una norma procesal.

En el evento judicial transcrito, la norma básica obliga a obtener una homologación del acuerdo de asistencia familiar, por la autoridad judicial, en forma previa a su ejecución compulsiva, ello de acuerdo a los artículos 314 y 315 del Código Civil, en aplicación supletoria por mandato del Artículo 383 del Código de Familia, no obstante se hacen precisiones sobre la nueva Constitución Política del Estado y los alcances del principio de igualdad, que para ser respetados deben considerar a los sectores desfavorecidos y endebles dentro de la sociedad como son los niños, las mujeres y los ancianos, cuya vulnerabilidad los hace objeto de constantes lesiones a sus derechos elementales, para ello se hace referencia los principios interpretativos de pro homine, interpretación progresiva, favor libertatis y favor debilis.

La aplicación de éstos principios para el acceso a la justicia, no son otra cosa que una desmembración del principio de razonabilidad o ponderación de derechos en disputa; ello como un mecanismo integrante del Debido Proceso

²⁷ Sitio Web del Tribunal Constitucional de Bolivia, www.tribunalconstitucional.gob.bo Sentencia Constitucional No. 989/2011-R de 22 de junio de 2011.

Sustantivo, pues el justificativo legal para exigir la homologación judicial del acuerdo de asistencia familiar procura preservar el derecho de las partes a que la asistencia familiar se imponga en base a las necesidades ciertas del beneficiario y las posibilidades reales del obligado; empero, esta exigencia legal colisiona con el derecho del niño a su manutención para su subsistencia, siendo la omisión de éste requisito formal un conflicto que debe resolverse a través de criterios básicos de razonabilidad y proporcionalidad, entre los que se aprecian el monto acordado, las necesidades del niño y una interpretación *in favor debilis*, o atendiendo la vulnerabilidad de los sectores en conflicto, pues no es lo mismo un acuerdo de transaccional de asistencia familiar, como el acuerdo transaccional de pago de una deuda patrimonial; entre ambas posibilidades interactúan sectores diferenciados, cuyas particularidades delimitan los alcances de lo racional.

A continuación veamos otro caso de la jurisdicción constitucional que en una acción tutelar, somete la norma constitucional de subsidiariedad en las Acciones de Amparo, para enaltecer la justicia material o debido proceso sustantivo, veamos:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0532/2011-R, Sucre, 25 de abril de 2011

III.2. Análisis del caso concreto

De acuerdo a los antecedentes que cursan en el proceso, se establece que Gonzalo Fernando Mercado Fernández, desempeñó funciones en la Gerencia Distrital Oruro de la Aduana Nacional, en el cargo de Jefe de la Unidad de Fiscalización, con registro de Funcionario Público de Carrera 335-TC-0702 otorgado por la Superintendencia del Servicio Civil el 16 de julio de 2002; el indicado funcionario, el 3 de agosto de 2007, presentó a Jefatura de Recursos Humanos de la Aduana Nacional copia del Certificado ADD/69/07 emitido por el Responsable del Área de Discapacidad dependiente de la Secretaría Departamental de Desarrollo Humano de la Prefectura de Cochabamba, acreditando la situación de incapacidad de su hijo M.A.M.C. con diagnóstico de epilepsia de difícil control y retardo mental. Sin considerar su condición de funcionario público de carrera ni la situación de deterioro de la salud de su hijo discapacitado, la Gerencia General bajo el

denominativo de comisión de servicios, por memorándum de 11 de julio de 2007, dispuso que Gonzalo Fernando Mercado Fernández preste servicios en la Gerencia Nacional de Fiscalización, en la ciudad de La Paz, a partir del 13 de julio hasta el 12 de septiembre de 2007, donde le asignaron tareas de transcriptor. Ante la representación efectuada por el indicado funcionario, la Gerencia General de la Aduana Nacional, agravando su situación, determinó declararle en comisión por cuarenta y cinco días al puesto fronterizo de San Matías, provincia Ángel Sandoval del departamento de Santa Cruz. El referido funcionario, inmediatamente de recibir la comunicación de su nueva comisión, exponiendo la situación de salud de su hijo que días antes había estado internado en terapia intensiva y con el propósito que le realicen estudios especializados, solicitó licencia sin goce de haberes, empero la Gerencia General de la Aduana negó la licencia solicitada e instruyó el cumplimiento de la comisión a la Administración de Aduana de "San Matías". Constituido en esa, le asignaron tareas de conciliación de inventarios, inicio de procesos legales y control de tranca.

Ante esa situación, dicho funcionario finalmente presentó renuncia el 14 de agosto de 2007, manifestando que la misma se debía a los permanentes actos vulneratorios de sus derechos como funcionario de carrera y por la falta de atención a su solicitud ante circunstancias familiares de fuerza mayor; empero, el Gerente General de la Aduana Nacional, por memorándum de 23 de agosto de 2007 -entregado al interesado el 4 de septiembre de ese año- en respuesta a la renuncia presentada, mas bien señaló haber dispuesto su destitución por abandono de funciones. Lo que demuestra su destitución sin previo proceso, no obstante que en su condición de progenitor de una persona con discapacidad, gozaba de la inamovilidad reconocida por el art. 5.II del DS 27477.

Las autoridades demandadas de la Aduana Nacional aducen que la renuncia formulada por Gonzalo Fernando Mercado Fernández, así como la falta de impugnación al memorándum de destitución, harían improcedente la acción de amparo constitucional. Al respecto es necesario puntualizar lo siguiente: Primero, la renuncia formulada por el indicado funcionario, de ninguna manera puede ser considerada voluntaria, pues conforme se determinó mediante la investigación llevada por la oficina del Defensor del Pueblo, se debió a las

*acciones de acoso laboral desplegadas en su contra, concretadas en cambios constantes del lugar de sus funciones, impidiendo la cercanía con su hijo discapacitado, quien enfrentaba una grave situación de menoscabo en su salud, suficientemente documentada en los antecedentes del proceso. Y segundo, la falta de impugnación al memorándum de destitución, en este caso tampoco puede considerarse un obstáculo para acudir a la jurisdicción constitucional, por cuanto tratándose de la tutela de derechos vinculados a la protección especial a personas con discapacidad, este Tribunal en resguardo de la **justicia material** y especial protección que el Estado otorga a favor de estas personas ha hecho abstracción de la subsidiariedad del amparo, ingresando al análisis de fondo de la problemática expuesta. Más aún tomando en cuenta que estos hechos ya fueron objeto de investigación por el Defensor del Pueblo, autoridad que determinó la vulneración de derechos fundamentales, situación que más bien recae en el ámbito de protección de la jurisdicción constitucional.²⁸*

En el proceso constitucional anotado, la aplicación del principio de justicia material o debido proceso sustantivo, somete a las normas procesales en acciones tutelares, que incluso se encuentran regladas por la propia Constitución Política del Estado, en efecto, una de las reglas básicas en demandas tutelares es el principio de subsidiariedad, Art. 129 CPEP, por las que no puede considerarse una pretensión de amparo que no haya agotado las vías previas, establecidas por la jurisdicción ordinaria para reparar el daño sufrido.

En el caso expuesto, el funcionario público fue destituido y no impugno el memorando de destitución, lo que impide que el tribunal de amparo pueda considerar su pretensión de tutela; empero, en aplicación del Debido Proceso Sustantivo o Justicia material, señalada textualmente por el Tribunal Constitucional, resulta necesario obviar la norma de regulación procesal para acceder a un fallo verdaderamente justo, en base, entiendo, al principio de proporcionalidad, puesto que la exigencia formal constituye un medio de lesión aun superior, al que se pretende evitar con su exigencia.

²⁸ Sitio Web del Tribunal Constitucional de Bolivia, www.tribunalconstitucional.gob.bo Sentencia Constitucional No. 532/2011-R de 25 de abril de 2011.

Y para concluir, veamos otro caso de la jurisdicción penal en la que la exigencia de subsidiariedad en la acción de libertad, se somete al Debido Proceso Sustantivo o Justicia Material, enfatizando el Tribunal Constitucional que el derecho sustancial se antepone a la exigencia formal, veamos:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0897/2011-R, Sucre, 6 de Junio de 2011

III.5.El principio de prevalencia del derecho sustancial respecto al formal

La jurisprudencia glosada -como se observa- guarda coherencia con el principio de prevalencia del derecho sustancial respecto al derecho formal, partiendo de la distinción que efectúa la doctrina entre el derecho material, de fondo o sustantivo y el derecho formal, ritual o adjetivo; el primero, como su nombre lo indica, es sustancial pues consagra en abstracto los derechos; el segundo, establece la forma de la actividad jurisdiccional, cuya finalidad es la realización de tales derechos, es decir se traduce en un medio que tienen las partes para lograr la efectiva tutela de sus derechos. De ahí que el derecho formal tiene una naturaleza instrumental y adjetiva frente al derecho sustancial.

En ese contexto, la doctrina y la jurisprudencia comparada reconocen el denominado “principio de prevalencia del derecho sustancial”, que se ha desarrollado ante la problemática emergente de la prevalencia de lo formal o lo material que tiene particular importancia en materia constitucional. Este principio ha tenido un profuso desarrollo en Colombia, donde se encuentra inclusive consagrado en el art. 228 de su Constitución Política que al respecto estipula: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial (...)”; en el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana a través de la Sentencia C1512/00 de 8 de noviembre de 2000 ha precisado que: “(...) La prevalencia del derecho sustancial, según el mandato del artículo 228 de la Carta, constituye un imperativo dentro del ordenamiento jurídico y, muy especialmente, en lo relativo a las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, pues permite realizar los fines estatales de

protección y realización del derecho de las personas, así como de otorgar una verdadera garantía de acceso a la administración de justicia pronta y cumplida”. (Se añadieron negrillas).

De acuerdo a la doctrina este principio supone que las formalidades no impidan el logro de los objetivos del derecho sustancial, por ello en virtud a él, siempre que el derecho sustancial se pueda cumplir a cabalidad, el incumplimiento o inobservancia de las formalidades no debe ser causal para que aquél no surta efecto. Siguiendo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia glosada, se debe señalar que: (...) Lo anterior no significa que se pueda caer en el permanente error de considerar el principio de la primacía del derecho sustancial sobre el formal como un postulado constitucional excluyente que impide la coexistencia de las normas sustantivas y formales, pues, como se ha visto, con éstas se logra dar vigencia a principios que encuentran sustento constitucional.” (Las negrillas fueron añadidas).

*El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, se desprende del valor-principio justicia, que es uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que se encuentra consagrado por el art. 8.II de la CPE, pues en mérito a éste los ciudadanos tienen derecho a la **justicia material**. Así se ha plasmado en el art. 180.I de la CPE que ha consagrado como uno de los principios de la **justicia** ordinaria el de “verdad **material**”, debiendo enfatizarse que ese principio se hace extensivo a todas las jurisdicciones, también a la justicia constitucional.*

De este modo se debe entender que la garantía del debido proceso, con la que especialmente se vincula el derecho formal, no ha sido instituida para salvaguardar un ritualismo procesal estéril que no es un fin en si mismo, sino esencialmente para salvaguardar un orden justo que no es posible cuando, pese a la evidente lesión de derechos, prima la forma al fondo, pues a través del procedimiento se pretende lograr una finalidad más alta cual es la tutela efectiva de los derechos.

En este sentido, debe considerarse que la Constitución Política del Estado, en el art. 9 inc. 4), establece como fines y funciones esenciales del Estado, “Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y

consagrados en esta Constitución”. En coherencia con dicha norma, el art. 13.I de la CPE, establece que el Estado tiene el deber de promover, proteger y respetar los derechos.

Por otra parte, el art. 196 establece que: “El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales”.

De las normas glosadas, fundamentalmente del art. 9 inc. 4) de la CPE, se puede concluir que, siendo uno de los fines del Estado garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución, la administración de justicia tiene que regirse sobre la base de principios que orienten la actividad del juez constitucional, haciendo efectiva dicha función, debiendo para ello, prevalecer - como se tiene dicho- el derecho sustancial respecto a las formalidades. Esta conclusión, por otra parte, es refrendada por el contenido del derecho de acceso a la justicia previsto en el art. 115 de la CPE, pues la norma constitucional establece que la protección de los jueces y tribunales respecto a sus derechos e intereses legítimos, debe ser oportuna y efectiva; de ahí, precisamente, la necesidad de orientar la labor del juzgador mediante principios que posibiliten la protección del derecho de manera efectiva, sin que las exigencias formales impidan su protección oportuna y efectiva; pues, no debe de olvidarse que una de las finalidades de la justicia constitucional es precautelar el respeto y la vigencia de derechos y garantías constitucionales.

III.6. Análisis del caso concreto

En el caso de autos, la normativa procedimental, así como la jurisprudencia constitucional glosada, es aplicable a la problemática planteada, puesto que la accionante fue “arrestada”, posteriormente aprehendida y una vez puesta a disposición de la Jueza Cautelar demandada, se llevó a cabo la audiencia de medidas cautelares, decidiendo su situación jurídica bajo la medida de detención preventiva; sin embargo, pese a la intervención del Juez encargado del control jurisdiccional de la investigación, y a la existencia del recurso de apelación contra la Resolución que dispuso su detención preventiva, se debe analizar el estado de indefensión absoluto en la que la accionante estuvo a momento de ser

arrestada, quién desconocía el motivo por el que fue privada de libertad, ya que no fue citada ni notificada con ninguna denuncia presentada en su contra.

Asimismo, una vez que intervino el Fiscal, ahora demandado, no dictó ningún requerimiento fundamentado y motivado que sustente la aprehensión a la que se sometió a la accionante antes de ser puesta a disposición de la Jueza cautelar demandado así se tiene también la falta de declaración informativa de la accionante dentro del caso investigado, privándole el derecho a ser oída, respecto a la denuncia presentada en su contra, lesionando de esa manera el debido proceso y el derecho a la defensa de la accionante.

Por otro lado, pese a la existencia del recurso de apelación contra la Resolución que dispuso su detención preventiva, se debe tener presente que en ciertos casos corresponde la prevalencia del derecho sustancial respecto al formal, toda vez que esencialmente lo que se pretende, es precautelar los derechos y garantías lesionados, más aún teniendo en cuenta que en el caso de autos, las lesiones al debido proceso y a sus componentes son evidentes; ilegalidades cometidas que se encuentran directamente vinculadas al derecho a la libertad de la accionante, provocándole estado de indefensión absoluta debido a la falta de citación con la denuncia, a la inapropiada medida de arresto ejercida en su contra, a la falta de declaración informativa de la entonces denunciada -ahora accionante- y a la indebida aprehensión carente de requerimiento fundamentado y motivado.

En tal sentido, se concluye que el Juez Segundo de Sentencia del Distrito Judicial de Santa Cruz, al declarar “procedente” la acción de libertad, ha evaluado correctamente los datos del proceso y las normas aplicables al mismo.²⁹

En el caso de referencia, encontramos una nutrida explicación de los alcances del Debido Proceso Sustantivo o Justicia Material, que ésta vez someten a una norma procesal constitucional que rige las Acciones de Libertad, es decir la existencia de un recurso pendiente en la jurisdicción ordinaria, procesal penal,

²⁹ Sitio Web del Tribunal Constitucional de Bolivia, www.tribunalconstitucional.gob.bo Sentencia Constitucional No. 897/2011-R de 6 de junio de 2011.

para reparar las mismas lesiones denunciadas ante la jurisdicción constitucional, vía Acción de Libertad.

Este imperativo legal, se somete a la justicia material, cuando ingresa en consideración una severa agresión a los derechos de la accionante, como ser la aprehensión sin conocimiento de causa probable, la falta de declaración informativa y otros que enaltecen la arbitrariedad del Ministerio Público y la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen; ejercitándose así, uno de los otros principios rectores del Debido Proceso Sustantivo, cual es la interdicción de arbitrariedad.

Pero no solo ello, en la cita constitucional anotada, encontramos que el principio de justicia material encuentra raigambre constitucional en el valor justicia proclamado por la misma Constitución, al igual que en el principio de verdad material que se encuentra explicitado en la Constitución en vigencia, concretando así todo el sistema doctrinal del Debido Proceso Sustantivo, a partir de su postulación constitucional.

7.- CONCLUSIONES:

La primera conclusión que merece asumirse es que el mandato de legalidad procesal no ha perecido, aunque pareciera experimentar un sutil debilitamiento; y no pereció puesto que el mismo sostiene la estructura normativa de nuestro Estado, tiende la seguridad jurídica en la actividad social y nos aparta de la arbitrariedad plena, de la discrecionalidad pura y la libertad extrema.

Por ello, los criterios de proporcionalidad, razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad que informan el Debido Proceso Sustantivo, para ser ensayados, deberán estar acompañados de la cita normativa expresa que posibilite su invocación y aplicación.

La sistemática legal del Estado Plurinacional, si bien no honra su aparición en sentido literal, su presencia resulta innegable de la interpretación constitucional efectuada por El Tribunal Constitucional.

La arbitrariedad está sometida al principio de legalidad y la legalidad pura, encontrará su límite en la razonabilidad; ese parece ser el criterio evolutivo que inspira la justicia actual.

Si bien por el principio de legalidad, se prohíbe toda imposición de medidas limitativas innominadas, es decir que no puede limitarse un derecho cuando esta restricción no está prevista en la misma ley; como el debido proceso sustantivo exige una sentencia o decisión justa, deberán ponderarse los derechos en juego, para optar por una alternativa que, siendo aún contraria a la ley, resulte armónica con el fin constitucional propuesto.

La justicia material como criterio axiológico de la CPEP, inspira esta interpretación, pues un respeto engeguado a los derechos a la forma y al debido proceso adjetivo, puede causar un mayor daño que el que pretende preservar y ello se muestra en los fallos, que siendo correctos en su método, son un agravio a la paz social y a la credibilidad del sistema.

Ello dentro el sentido negativo que es el que mi persona asigna al debido proceso sustantivo, cuando anula todo alcance de la ley en aras del supremo valor que pretende preservar; empero, en sentido positivo, es decir cuando estando facultada por la misma ley la limitación de un derecho, la validez de esta permisión, solo se activa cuando la medida se encuadra nuevamente en criterios de proporcionalidad o razonabilidad, ello se desprende de la causa probable para el procesamiento o limitación de un derecho que ostenta la jurisdicción norteamericana, por ejemplo.

En cualquiera de ambas alternativas, para no tentar a la extinción total al principio de legalidad, será un reto para la Asamblea Plurinacional el plasmar sintáctica y literalmente los criterios del Debido Proceso sustantivo, para que los mismos no sean una reacción natural del juzgador, sino una verdadera declaración política criminal de nuestro Estado.

Luis Guillermo Chura Flores.

BIBLIOGRAFIA:

- ¹ Derecho Procesal Penal de Claus Roxin Pag. 4, Editores el Puerto, Buenos Aires Argentina.
- ¹ Alvarado Beloso, Mariana Alvarado, Los Sistemas Procesales.
- ¹ Julio B. Mayer. Fundamentos de Derecho Procesal Penal.
- ¹ El Sistema Procesal Penal acusatorio, Martin Eduardo Botero Cardona. ARA Editores E.I.R.L. 2009, Pag. 155.
- ¹ Informe sobre migración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH.
- ¹ Sentencia Constitucional No. 154/2011-R de 21 de febrero de 2011, Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia.
- ¹ Santiago Mir Puig, Maestría en Derecho Penal, Mexico.
- ¹ Lenny Palma Encalada, El debido Proceso Sustantivo como instrumento para asegurar una sentencia justa.
- ¹ Tribunal Constitucional del Peru, Exp. 3075.2006-PA/TC

- ¹ Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal 1º, ed, 2º, 3º, 4º, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor.
- ¹ Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal 1º, ed, 2º, 3º, 4º, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor
- ¹ Manuel Miranda Estrampes, legitimidad de la prueba, Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, ARA Editores 2009. Pag. 52.
- ¹ Manuel Miranda Estrampes, legitimidad de la prueba, Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, ARA Editores 2009. Pag. 54.
- ¹ Idem. Pag. 55.
- ¹ Manuel Miranda Estrampes, legitimidad de la prueba, Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, ARA Editores 2009. Pag. 57
- ¹ Sentencia del Tribunal Español, Sala Penal II No. 53/2011 de 10 de febrero.
- ¹ Jaguer C. Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal, Fabián J. Di Placido, Editor Buenos Aires 2003, pag. 112.
- ¹ Manuel Miranda Estrampes, Comentarios al Nuevo Código de Procesal Penal, ARA Editores, 1º Edición 2009, Peru, Pag. 60
- ¹ Manuel Miranda Estrampés, Comentarios al Código Procesal Penal, ARA Editores, 1º Edición 2009, Pag. 65
- ¹ Julio B. Maier. Derecho Procesal Fundamentos, Editores del Puerto srl, 2004, Pag. 444.
- ¹ Martin Eduardo Botero Cardona, El Sistema Procesal Penal acusatorio, El Justo Proceso, ARA Editores, pag, 165.
- ¹ Julio B. Maier. Derecho Procesal Fundamentos, Editores del Puerto srl, 2004, Pag. 449
- ¹ Martin Eduardo Botero Cardona, El Sistema Procesal Penal Acusatorio, ARA Editores, Pag. 261.
- ¹ José Daniel Cesano, el Nuevo Derecho Procesal Penal, ARA Editores, Pag. 76
- ¹ Sentencia Constitucional de Bolivia No. 2045/2010-R de 10 de noviembre de 2010.
- ¹ Sitio Web del Tribunal Constitucional de Bolivia, www.tribunalconstitucional.gob.bo Sentencia Constitucional No. 2062/2010-R de noviembre de 2010.
- ¹ Sitio Web del Tribunal Constitucional de Bolivia, www.tribunalconstitucional.gob.bo Sentencia Constitucional No. 989/2011-R de 22 de junio de 2011.
- ¹ Sitio Web del Tribunal Constitucional de Bolivia, www.tribunalconstitucional.gob.bo Sentencia Constitucional No. 532/2011-R de 25 de abril de 2011.
- ¹ Sitio Web del Tribunal Constitucional de Bolivia, www.tribunalconstitucional.gob.bo Sentencia Constitucional No. 897/2011-R de 6 de junio de 2011.

EXP. N.º 3075-2006-PA/TC
LIMA
ESCUELA INTERNACIONAL
DE GERENCIA
HIGH SCHOOL OF
MANAGEMENT-EIGER

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 29 días del mes de agosto de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados García Toma, Alva Orlandini y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Manuel Cipriani Nevad, en representación de Escuela Internacional de Gerencia High School of Management - Eiger, contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 160, su fecha 13 de setiembre de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de noviembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra Microsoft Corporation y Macromedia Incorporated, así como contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual (Indecopi) solicitando que se deje sin efecto las Resoluciones de Indecopi N.ºs 193-2004/ODA-INDECOPI y 1006-2004-TPI-INDECOPI, del 30 de julio de 2004 y 4 de noviembre del mismo año, respectivamente, alegando que tales pronunciamientos administrativos vulneran los derechos constitucionales al debido proceso y de defensa de su representada, y amenaza su derecho a la libertad de trabajo.

Manifiesta el recurrente que con fecha 8 de mayo de 2003 la codemandada Microsoft Corporation y otros solicitaron al Indecopi realizar una inspección en la Universidad Privada de Tacna, entidad ubicada en la localidad del mismo nombre, inspección que, sin embargo, fue suspendida por iniciativa de la misma interesada con fecha 15 de julio de 2003, con objeto de variar su solicitud original respecto de otra entidad ubicada dentro de la misma localidad. Refiere que posteriormente y pese a los alcances de dicha petición de variación, Indecopi, a través de su Oficina de Derechos de Autor, y a instancias de un escrito presentado por la codemandada Microsoft Corporation, con fecha 25 de julio del 2003, sin prueba alguna que sustente dicha decisión, varió arbitrariamente de localidad procediendo a ejecutar, con fecha 15 de agosto de 2003, la inspección en contra de su representada, domiciliada en Av. Cuba N.º 699, Jesús María, departamento de Lima. Expone que, producto de los hechos descritos, se levantó un acta de inspección, insertándose en ella hechos falsos, imponiéndosele a su representada una multa indiscutiblemente confiscatoria. Puntualiza que en la citada inspección tampoco participaron peritos o expertos en detectar el uso de los supuestos *software* que aducen los denunciantes, más aún si se toma en consideración que las máquinas de propiedad de la empresa recurrente no están en condiciones de soportar el *software* de Microsoft. Precisa también que en la primera instancia del procedimiento administrativo seguido ante Indecopi no se tomó en cuenta la petición del recurrente a efectos de que se realice una inspección para demostrar que sus equipos no pueden soportar el *software* referido; que ulteriormente, y tras interponer recurso de apelación, tampoco se les concedió el uso de la palabra pese a haberlo solicitado, resultando de todo lo expuesto que su representada, finalmente, ha sido conminada a pagar una multa y un devengado por supuesta violación del derecho de autor, equivalentes a las sumas de 34,02 UIT y US \$ 31.287,58, respectivamente, lo que atenta en definitiva contra sus derechos constitucionales.

El Cuadragésimo Primer Juzgado Civil de Lima, con fecha 29 de noviembre del 2004, de plano declara improcedente la demanda argumentando que la pretensión en el presente caso es la impugnación de una resolución administrativa emitida por Indecopi, por lo que el reclamo es de orden legal y no constitucional, encontrándose regulado en la

Ley sobre derechos de autor o Decreto Legislativo N.º 822, no siendo el amparo la vía idónea.

La recurrida confirma la apelada estimando que la pretensión del actor requiere ser discutida en una etapa probatoria, de la cual el proceso constitucional de amparo carece.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se disponga la inaplicabilidad tanto de la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, emitida con fecha 30 de julio del 2004, por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, como de la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI, emitida con fecha 4 de noviembre del 2004, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de la misma institución. Alega el demandante que tales pronunciamientos administrativos vulneran los derechos constitucionales al debido proceso y de defensa de su representada, y amenaza su derecho a la libertad de trabajo.

Rechazo liminar injustificado. La no exigibilidad de declaratoria de nulidad en el presente caso

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, se hace pertinente precisar que aun cuando en el presente caso se ha producido un rechazo liminar injustificado, habida cuenta de que no se han configurado de forma manifiesta las causales de improcedencia previstas en la ley procesal aplicable, este Colegiado considera innecesario declarar el quebrantamiento de forma y la correlativa nulidad de los actuados, dada la urgente necesidad de tutela que asume el petitorio demandado a la luz de los hechos que lo sustentan. Dicha perspectiva, por lo demás, resulta plenamente congruente con la idea de anteponer los fines de todo proceso constitucional a las exigencias de tipo procedimental o formal, tal cual lo enuncia el tercer párrafo del Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El Debido Proceso como derecho principalmente invocado. Ámbitos y dimensiones de aplicación

3. De lo que aparece descrito en la demanda y de los recaudos que la acompañan se aprecia que lo que principalmente pretende el recurrente es cuestionar las resoluciones administrativas emitidas por las dependencias del Indecopi, no solo por la forma como se ha tramitado el procedimiento que culminó con su expedición, sino por el contenido o los alcances en que han derivado tales resoluciones. En otras palabras, se trata de una demanda que en lo esencial invoca la defensa del derecho al debido proceso administrativo, entendiendo que dicho atributo ha sido vulnerado no solo en términos formales, sino también en términos sustantivos.
4. Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica

como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó, en el caso de autos, se trata de un reclamo por la transgresión al debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal sino también sustantivo. Corresponde, por tanto, a este Colegiado emitir pronunciamiento respecto de ambos extremos invocados.

Análisis de las transgresiones al debido proceso formal

5. En lo que respecta a la dimensión estrictamente procedimental del derecho invocado, este Colegiado considera que la demanda interpuesta resulta plenamente legítima, habida cuenta de que **a)** El Decreto Legislativo 822 o Ley de Derechos de Autor establece, en materia de medidas preventivas o cautelares, diversos criterios que la administración y, dentro de ella, los organismos reguladores como el Indecopi, necesariamente deben tomar en cuenta. En efecto, conforme lo reconoce el artículo 176 de la citada norma *“Sin perjuicio de lo establecido en el Título V del Decreto Legislativo N.º 807 (que regula las facultades, normas y organización del Indecopi), los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en esta ley o sus representantes, sin menoscabo de otras acciones que les corresponda, podrán pedir, bajo su cuenta, costo y riesgo, el cese inmediato de la actividad ilícita del infractor en los términos previstos por este Capítulo. Con este fin, la Oficina de Derechos de Autor, como autoridad administrativa, tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares rápidas y eficaces [...]”*. El artículo 177, por su parte establece que *“Las medidas preventivas o cautelares serán, entre otras: [...] c) La realización de inspección, incautación o comiso sin aviso previo [...]”*. El artículo 179, a su turno, precisa que *“Cualquier solicitante de una medida preventiva o cautelar, debe cumplir con presentar ante la autoridad administrativa, las pruebas a las que razonablemente tenga acceso y que la autoridad considera suficientes para determinar que [...] b) El derecho del solicitante está siendo infringido, o que dicha infracción es inminente [...]”*. El artículo 180, de otro lado, prevé que *“El solicitante de medidas preventivas o cautelares debe proporcionar a la autoridad, además de las pruebas a las que se refiere el artículo anterior, toda información necesaria para la identificación de los bienes, materia de la solicitud de medida preventiva y el lugar donde estos se encuentran”*. Finalmente, el artículo 181 contempla que *“La Oficina de Derechos de Autor tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o*

cautelares en virtud del pedido de una sola parte, sin necesidad de notificar previamente a la otra, en especial cuando haya posibilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular del derecho, o cuando haya un riesgo inminente de que se destruyan las pruebas”; **b)** De los dispositivos legales anteriormente mencionados se desprende con toda precisión que si bien la autoridad administrativa, en este caso la Oficina de Derechos de Autor, tiene la plena facultad de poner en práctica medidas preventivas o cautelares a efectos de cumplir con su función de tutela o protección sobre los derechos correspondientes al autor, no puede ejercer dicha responsabilidad de una manera absolutamente discrecional, sino sujeta a una serie de parámetros mínimos, que no por ser tales dejan de ser una exigencia a la par que una garantía respecto de las personas o entidades a las que dichas medidas son aplicadas. Dentro de dicha lógica y aunque es cierto que entre las medidas preventivas o cautelares se encuentra la diligencia de inspección (artículo 177), esta necesariamente debe ser solicitada por el interesado y sustentada con un mínimo de elementos probatorios o suficientes en la forma en que expresamente lo indica el anteriormente citado artículo 179. La exigibilidad de dichas pruebas elementales no es, por otra parte, un asunto opcional o facultativo, sino plenamente obligatorio, conforme lo ratifica el también citado artículo 180, lo que significa que no cabe un manejo diferenciado donde la norma simplemente no lo precisa o no lo habilita. En el contexto descrito, conviene añadir un detalle sobre en el que posteriormente se incidirá. No existe en el Decreto Legislativo 822 o Ley de Derechos de Autor norma alguna que habilita una diligencia de variación de inspección. Tampoco se encuentra prevista dicha facultad en el Decreto Legislativo N.º 807 o Ley Reguladora de las Facultades, Normas y Organización del Indecopi, lo que supone que su procedencia resulta en el menor de los casos seriamente cuestionable; **c)** De lo señalado en los acápites precedentes, y de lo que aparece de la Solicitud de Inspección formulada por la entidad demandada con fecha 8 de mayo del 2003 (obrante de fojas 25 a 28 de los autos), se observa que no existe un solo elemento probatorio que sustente dicha petición; dicho esto, incluso respecto de la denominada Universidad Privada de Tacna sobre quien originalmente se solicitó dicha medida. En dicho contexto, la simple invocación de normas jurídicas que realiza la entonces peticionante, no puede servir como argumento para convalidar la procedencia de la misma, no solo por las razones de insuficiencia probatoria anteriormente precisadas, sino porque incluso las propias normas citadas (literal f del artículo 169 del Decreto Legislativo N.º 822 y literales a, b y c del artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 807) no suponen excepción alguna, explícita o implícita sobre los mandatos legales establecidos en la tramitación de toda medida preventiva o cautelar; **d)** Tampoco se observa en el posterior escrito de variación de solicitud de inspección, presentado por la actual demandada con fecha 25 de julio del 2003 (ff. 30-31), que exista respaldo normativo alguno que sustente jurídicamente dicha medida, sea en base a la Ley de Derechos de Autor o en base a la Ley Reguladora de las Facultades, Normas y Organización del Indecopi. Por el contrario, este último escrito no solo vuelve a incurrir en una absoluta y clamorosa insuficiencia probatoria, sino que dicha anomalía resulta hasta considerativa o argumental, pues no se da una sola razón que justifique o respalde la diligencia de inspección y ni siquiera la de la consabida y, por demás, irregular solicitud de variación. Lo más saltante resulta siendo la contradicción evidente que existe entre este último escrito y uno anterior sobre suspensión presentado por la misma demandada con fecha 15 de julio del 2003 (f. 29), en el cual, y tras peticionarle a la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi suspender temporalmente la diligencia de inspección en el local de la Universidad Privada de Tacna, ubicado en la ciudad de

Tacna, argumenta que dicha suspensión se realiza a fin de tramitar una variación de solicitud de inspección a llevarse a cabo en otra entidad ubicada en la misma localidad, cuando, al revés de ello y como se aprecia de los autos, la consabida medida termina solicitándose y posteriormente ejecutándose en el local de la actual demandante, ubicado en Lima, esto es, fuera de la localidad para la que supuestamente había sido prevista dicha variación; e) Ni la tantas veces citada variación ni el escrito que pretende respaldarla tienen, como se ha señalado precedentemente, fundamento normativo alguno, constituyéndose, por las consideraciones descritas, en un procedimiento a todas luces irregular, habilitado *ipso facto* por parte de la demandada. Este solo hecho, por lo demás, sería suficiente para considerar nula la diligencia de inspección practicada por la Oficina de Derechos de Autor y cuya acta de fecha 15 de agosto del 2003 obra de fojas 50 a 68 de los autos. Sin embargo, tampoco es el único que merece aquí analizarse; f) A fojas 83 de los autos obra el escrito mediante el cual la demandada, tras haber formulado recurso de apelación contra la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, emitida por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, solicita el uso de la palabra, esta vez, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (Sala de Propiedad Intelectual). También obra, a fojas 84, la Cédula de Notificación que con fecha 29 de septiembre emite la citada Sala de Propiedad Intelectual y en la cual responde la petición formulada argumentando que *“Conforme a lo dispuesto en el artículo 206.º del Decreto Legislativo N.º 822, Ley de Derecho de Autor, la actuación o denegación de la solicitud del uso de la palabra quedará a criterio de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal. En el presente caso, del análisis de lo actuado y atendiendo a la materia en discusión, la Sala ha determinado DENEGAR el uso de la palabra solicitado”*; g) Considera este Colegiado, sobre este particular, que si bien el artículo 206 de la citada Ley de Derechos de Autor establece expresamente que en materia de solicitud de informe oral *“[...] La actuación de denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Sala del Tribunal, según la importancia y trascendencia del caso”*, ello no significa el reconocimiento de una facultad absolutamente discrecional. Aunque tampoco, y desde luego, no se está diciendo que todo informe oral tenga que ser obligatorio por el solo hecho de solicitarse, estima este Tribunal que la única manera de considerar compatible con la Constitución el susodicho precepto, es concibiéndolo como una norma proscriptora de la arbitrariedad. Ello, por de pronto, supone que la sola invocación al análisis de lo actuado y a la materia en discusión no puede ser suficiente argumento para denegar la solicitud de informe oral, no solo porque no es eso lo que dice exactamente la norma en cuestión (que se refiere únicamente a la importancia y trascendencia del caso), sino porque no existe forma de acreditar si, en efecto, se ha analizado adecuadamente lo actuado y si la materia en debate justifica o no dicha denegatoria. El apelar a los membretes sin motivación que respalde los mismos es simplemente encubrir una decisión que puede resultar siendo plenamente arbitraria o irrazonable; h) Desde la perspectiva descrita, considera este Colegiado que, sin necesidad de declarar inaplicable el citado artículo 206 del Decreto Legislativo 822, procede una lectura de dicho dispositivo de forma que resulte compatible con la Constitución y con el cuadro de valores materiales que ella reconoce. En el caso de autos, sin embargo, resulta evidente que la lectura que se ha dispensado a dicho precepto, y que aparece citada en la mencionada Notificación de fojas 84, no ha reparado en que si del análisis de los actuados aparecen notorias irregularidades acaecidas desde la etapa de la diligencia de inspección y que han sido cuestionadas en todo momento, no se puede pretender que ni siquiera procede el derecho de defensa que, en la forma de informe oral, le asiste a la entidad demandante.

6. Por lo señalado hasta este momento, queda claro que, en el presente caso, no se ha hecho por parte de las dependencias e instancias del Indecopi una observancia escrupulosa del debido proceso administrativo entendido en términos formales. Cabe, por consiguiente, recordar que dicho derecho no es simplemente un conjunto de principios o reglas articuladas referencialmente a efectos de que la administración pueda utilizarlas o prescindir de las mismas cuando lo considere conveniente. De su objetividad y su respeto depende la canalización del procedimiento administrativo en una forma que resulta compatible con la Justicia como valor y la garantía para el administrado de que está siendo adecuada o correctamente procesado. Constatadas las infracciones descritas, la demanda debe estimarse en este primer extremo.

Análisis de la transgresión al debido proceso sustantivo. La correlativa amenaza a la libertad de trabajo

7. En lo que respecta al contenido mismo de las resoluciones administrativas cuestionadas por la entidad recurrente, esto es, la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, del 30 de julio del 2004, y la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI, del 4 de noviembre del 2004 (ff. 87-112 de los autos), este Colegiado estima pertinente puntualizar que, independientemente de que exista una diferenciación en los aspectos conclusivos en los que desembocan ambos pronunciamientos (uno es más gravoso que el otro), los mismos adolecen de un vicio de origen, que reside en el hecho de no haber reparado o merituado de modo adecuado las transgresiones producidas por parte de la administración, al momento de efectuar la consabida diligencia de inspección e incluso (y esto respecto de la resolución de segunda instancia administrativa) durante el mismo procedimiento. Tal situación, sin necesidad de que ahora tenga que meritarse la intensidad de las sanciones aplicadas, conlleva arbitrariedad manifiesta en el proceder, lo que supone que, cualquiera que sea la conclusión adoptada, esta necesariamente ha devenido en irrazonable.
8. Entiende este Colegiado que independientemente de las transgresiones producidas respecto del derecho fundamental al proceso debido, existe correlativamente en el caso de autos, y a la luz del tipo de sanciones aplicadas (esencialmente pecuniarias), una amenaza cierta e inminente sobre la libertad de trabajo, concretizada en el hecho de venirse requiriendo a la recurrente, bajo apercibimiento de aplicarse nuevas sanciones (f. 24 y 24 vuelta del cuadernillo especial), el pago de un monto de dinero como el fijado en la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI. Bajo tales consideraciones se hace necesario, de modo adicional a lo señalado precedentemente, hacer hincapié en la necesidad de que en toda circunstancia en la que se aplique sanciones de tipo económico se ponderen del modo más adecuado sus efectos y consecuencias a fin de no perjudicar de modo ostensible la citada libertad.

Facultad de verificación y sanción de las dependencias del Indecopi

9. Este Tribunal, por último, deja claramente establecido que el hecho de que tras haberse detectado las infracciones a las dimensiones del debido proceso aquí señaladas, tenga que disponerse necesariamente la inaplicabilidad de las resoluciones cuestionadas, no supone que las dependencias competentes del Indecopi (específicamente su Oficina de Derechos de Autor) no puedan realizar *a posteriori* una nueva verificación sobre la entidad recurrente y aun sancionar, de darse el caso.

Simplemente la necesidad y, al mismo tiempo, la advertencia de que en tales ocasiones se proceda con sujeción escrupulosa a la normatividad aplicable, que, como ya se señaló en su momento, establece criterios imperativos o de observancia obligatoria. Queda claro, en todo caso, que los actos administrativos que han sido consecuencia de las resoluciones cuestionadas (entre ellos, el requerimiento de pago anteriormente señalado) carecen de sustento.

Precedente vinculante

10. Finalmente, y por tratarse en el presente caso de una causa en la que este Colegiado ha dejado establecida su posición respecto a la interpretación que debe darse a determinadas normas del ordenamiento jurídico, resulta de aplicación el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, lo que supone que, a partir de la fecha de la publicación de la presente sentencia, todos los jueces y tribunales del país quedan vinculados por el precedente aquí establecido y principalmente desarrollado en los acápites a), b) g) y h) de su fundamento 5.

Por los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo interpuesta.

Dispone inaplicar a la Escuela Internacional de Gerencia High School of Management - Eiger, tanto la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, emitida con fecha 30 de julio del 2004, por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, como la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI, emitida con fecha 4 de noviembre del 2004, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de la misma institución.

Dispone la incorporación del fundamento 5, acápites a), b) g) y h), a la parte resolutive de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA
ALVA ORLANDINI
LANDA ARROYO

Tribunal Supremo Sala II de lo Penal. Sentencia 53/2011, de 10 de febrero

Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil once.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **Carlos Francisco y Juan María** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1ª, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Abajo Abril y Bande González respectivamente.

ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Las Palmas, incoó Procedimiento Abreviado con el número 21 de 2009, contra Carlos Francisco y Juan María , y una vez concluso lo remitió a la

Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, cuya Sección Primera, con fecha 9 de abril de 2.010, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- Probado y así se declara que el acusado don Carlos Francisco (mayor de edad y sin antecedentes penales) el día 25 de marzo de 2008, a través de la empresa de mensajería SEUR, SA., envió, desde Bilbao a Las Palmas de Gran Canaria, un paquete con declaración cierta de contenido para transporte aéreo, en cuyo interior había, además de los pilotos de BMW y la tornillería declarados, una bolsa termosellada conteniendo 965,3 gramos netos de anfetamina con una riqueza media del 4,9%.

El día 26 de marzo de 2006, en las instalaciones de la empresa de Seur, S.A. en la localidad de Getafe, Madrid, al pasar dicho paquete por el scanner, el vigilante de seguridad detectó que aquél contenía una bolsa que no se correspondía con lo declarado por el remitente, por lo que procedió a la apertura del paquete, no así de la referida bolsa, la cual fue entregada junto con el paquete y el resto de su contenido a funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de la Comisaría de Getafe.

SEGUNDO.- Como destinatario del paquete referido en el apartado anterior figuraba el acusado don Avelino (mayor de edad y sin antecedentes penales), sin que haya quedado probado que el mismo tenía conocimiento de que aquél le iba a ser remitido.

Tampoco ha quedado probado que los acusados don Juan María , doña Covadonga y don Avelino (estos dos últimos, también mayores de edad y sin antecedentes penales) hubiesen convenido con el acusado don Carlos Francisco la remisión de la anfetamina contenida en el indicado paquete.

TERCERO.- No ha quedado probado que el acusado don Desiderio (mayor de edad y sin antecedentes penales), sobre las 12:30 horas del día 24 de abril de 2008, encontrándose en la zona de la Calzada Lateral del Norte, sita en Miller Bajo, Las Palmas de Gran Canaria, entregase al también acusado don Francisco (mayor de edad y sin antecedentes penales), un total de 1.009,40 gramos de anfetaminas con una riqueza media del 7,9%.

CUARTO.- Probado y así se declara que el día 24 de abril de 2008 funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía procedieron a la entrada y registro del domicilio del acusado don Francisco , sito en la CALLE000 n° NUM000 , piso NUM001 , letra NUM002 , de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, incautando 490,39 gramos de haschish con una riqueza media del 7,43%, expresada en Delta 9 tetrahidrocannabinol así como 53,85 gramos de haschish con una riqueza media del 9,11%, expresada en Delta 9 tetrahidrocannabinol sustancia que el acusado Francisco poseía con la finalidad de transmitirla a terceros consumidores.

QUINTO.- Sobre las 23:30 horas del día 19 de junio de 2008 el acusado don Juan María (mayor de edad y sin antecedentes penales), en la estación de servicio BP de la autovía GC-1, dirección Las Palmas, y término municipal de San Bartolomé de Tirajana, recibió de un individuo no identificado una bolsa conteniendo 491,08 gramos de anfetamina con una riqueza media del 6,4%, sustancia que dicho acusado pretendía destinar a la venta a terceros consumidores.

SEXTO.- El acusado don Juan María acudió a dicha estación de servicios con su compañera sentimental, la también acusada doña Covadonga (mayor de edad y sin antecedentes penales), ocupándosele a ésta un envoltorio conteniendo 115 gramos de anfetamina, con una riqueza media del 8,9%, sin que haya quedado probado que la acusada poseyese dicho envoltorio con la intención de transmitirlo a terceros consumidores.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a don Desiderio , a doña Covadonga y a don Avelino del delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el artículo 368 del Código Penal , penúltimo inciso, de que venían siendo acusados, declarando de oficio el pago de las costas procesales causadas a instancia de dichos acusados.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a don Carlos Francisco como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 368, penúltimo inciso, del Código Penal , en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, a las penas de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION E INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO

PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, condenándole, asimismo, al pago de una sexta parte de las costas procesales.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a don Francisco como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 368, último inciso del Código Penal , en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, a las penas de UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISION E INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL MISMO TIEMPO y al pago de una sexta parte de las costas procesales.

Y DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a don Juan María como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 368, penúltimo inciso, del Código Penal , en la modalidad de sustancias, que causan grave daño a la salud, a las penas de CUATRO AÑOS DE PRISION E INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, condenándole, asimismo, al pago de una sexta parte de las costas procesales.

Se acuerda el comiso y destrucción de la totalidad de las sustancias estupefacientes intervenidas en la presente causa, y, en su caso, de la muestras conservadas para su análisis.

Para el cumplimiento de las penas de prisión impuestas les será de abono a los penados el tiempo que hubieren estado preventivamente privados de libertad por esta causa.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley, por Carlos Francisco y Juan María que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recursos.

Cuarto.- La representación de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

RECURSO INTERPUESTO POR Carlos Francisco

PRIMERO .- Al amparo del art. 5.4, 11.1 238.3 y 240.1 de la LOPJ . y el art. 849.1 LECrim .

SEGUNDO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim .

TERCERO .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . denuncia vulnerado el art. 18.1 y 3 CE .

CUARTO .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . y art. 852 LECrim . denuncia vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE .

QUINTO .-Al amparo del art. 849.1 LECrim . denuncia infracción del art. 368 CP . por indebida aplicación.

SEXTO .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . denuncia diversas transgresiones del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE . así como vulneración del derecho de defensa reconocido en el art. 24.2 CE .

SEPTIMO .- Al amparo del art. 852 LECrim . vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley consagrado en el art. 24.2 CE . en relación con el art. 9.3 del mismo texto.

OCTAVO .- Al amparo del art. 5.4, 238.3 y 240.1 LOPJ . denuncia vulnerado el art. 24.2 CE .

NOVENO .- Al amparo del art. 852 LECrim . denuncia infringido el art. 120.3 CE .

RECURSO INTERPUESTO POR Juan María

PRIMERO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por error de hecho en la apreciación de la prueba. Por la vía del art. 849.1 LECrim . y del art. 5.4 LOPJ . denuncia infracción del art. 24.2 CP .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintiséis de enero de dos mil once.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Carlos Francisco

PRIMERO: El motivo primero, nulidad al amparo de los arts. 5.4, 11.1, 238.3 y 240.1 LOPJ . y art. 849.1 LECrim ., de la actuación ilícita llevada a cabo por el vigilante de la empresa Prosegur, Carlos José , procediendo a la apertura e inspección de un paquete en las oficinas de la empresa Seur de Getafe, sin ostentar la cualidad de policía judicial, vulnerándose las normas reguladoras del procedimiento, actuación que contamina y vicia de nulidad "ab initio" la referida prueba, así como de todas aquellas obtenidas a partir de ésta. **El motivo segundo por infracción de Ley,** al amparo del art. 849.1 **LECrim.** al violarse en la apertura del paquete en las oficinas de Seur en Getafe los dictados de las Actas del Convenio de la Unión Postal Universal de Beijing, la Ley 24/98 de Servicio Postal Universal y de la Liberalización de los Servicios Postales así como el Real Decreto 1829/99 de 3.12 , por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, que autorizan exclusivamente a las autoridades administrativas y aduaneras para proceder a la inspección de los paquetes postales a los efectos de determinar que no contienen sustancias u objetos cuyo envío, traslado o comercio está prohibido como, por ejemplo las sustancias estupefacientes, dado que Seur como operador postal no garantizó el secreto e inviolabilidad de la comunicación postal, de conformidad con el art. 18.3 CE ; el paquete remitido por su peso y dimensiones se encontraba dentro del ámbito del servicio postal universal (hasta 10 kgs. de peso); la apertura del paquete por parte del vigilante de seguridad constituyó un acto de violación injustificado del envío postal por cuanto éste no ostentaba la condición de policía judicial ni tenía tampoco facultad alguna para intervenir y/o inspeccionar un envío postal por no tener tampoco la condición de funcionario de la Secretaria General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento (Servicio de Inspección Postal) ni de los servicios aduaneros, el vigilante de seguridad y el operador Seur vulneraron gravemente el protocolo legalmente establecido en el art. 18 del RD. 1829/99 de 3.12 , para la comprobación del contenido de los envíos cuando el operador postal tenga la fundada sospecha de que alguno de los envíos ya admitidos contiene algún tipo de objeto cuya circulación por la red postal está prohibida. **El motivo tercero por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ . y art. 852 LECrim . por violación de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones postales y a la intimidad personal** (art. 18.1 y 3 CE . **en relación con el art. 579 LECrim .**), al haberse abierto el paquete sin autorización judicial, teniendo en cuenta que el paquete postal debió ser estimado como correspondencia postal porque podría ser portador de mensajes de índole confidencial.

Dada la conexión entre los tres motivos procede analizar con carácter prioritario el articulado en tercer lugar dada la incidencia que su eventual estimación o desestimación tendría en los anteriores.

Por la adecuada resolución de este motivo tercero se debe recordar como esta Sala en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 4 abril 1995 ya entendió que, aunque los paquetes postales debían ser considerados como correspondencia por la posibilidad de que contuvieran mensajes personales de índole confidencial, quedaban en todo caso excluidos los que se enviaban abiertos y aquellos que se enviaban en régimen de "etiqueta verde", supuestos en que "el reconocimiento de los envíos postales podía efectuarse de oficio y sin formalidades especiales", por cuanto suponían la existencia de una expresa declaración del remitente acerca de su contenido lo que excluiría la posibilidad de que contuviera mensajes u otro signo de correspondencia (STS. 103/2002 de 18.1).

Posteriormente la STC. 281/2006 de 9.10 , distinguió entre envío postal y correspondencia postal, limitando a ésta la protección constitucional, afirmando que "la noción constitucional de comunicación postal es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante los servicios postales". En este sentido, se dice, "la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia".

En esta sentencia se excluyó de la protección constitucional al secreto de las comunicaciones postales "aquellos objetos - continentes- que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2003, de 11 de diciembre , F. 3)", y aquellos otros que, "pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo".

Teniendo en cuenta que lo que se protege es el secreto de la comunicación postal, entendió el Tribunal Constitucional que "quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. Así sucede cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia, pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido".

Por su parte esta Sala, en la STS nº 185/2007, de 20 de febrero , además de hacerse eco de las precisiones contenidas en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, señaló que ya con anterioridad había establecido la distinción entre paquete y correspondencia, limitando a esta última la protección constitucional, citando el acuerdo de 9 de abril de 1995 , y precisando que "deben excluirse de dicha intervención judicial cuando se trate de los paquetes expedidos bajo «etiqueta verde» (art. 117 Reglamento del Convenio de Washington que permite la inspección aduanera), o cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido (SS. 5.2.97 , 18.6.97 , 7.1.99 , 24.5.99 , 1.12.2000 , 14.9.2001), porque el bien jurídico constitucionalmente protegido es el secreto de las comunicaciones, sin que puedan entenderse amparados por el precepto constitucional los paquetes al margen de lo anterior. Así se ha expresado reiterada doctrina de esta Sala como son exponentes las SSTS 404/2004 , que declara que el transporte de mercancías no es comunicación postal, como puede deducirse a simple vista, dadas las características del envío, que por su configuración, dimensiones y peso se alejan del concepto de paquete postal, apto para transmitir comunicaciones; o la 699/2004, que expresa que cuando en su envoltura se hace constar su contenido, ello implica, por parte del remitente, la aceptación de la posibilidad de que sea abierto para el control de lo que efectivamente el mismo contiene; la 103/2002, en la que se dice que en la circulación de paquetes en régimen de etiqueta verde, que se caracteriza por contener una expresa declaración del remitente acerca del contenido del paquete, lo que excluye la posibilidad de que contengan mensajes o escritos privados, el envío bajo tal régimen contiene una explícita autorización a los responsables de Correos para que procedan a la apertura del paquete en orden a verificar la veracidad del contenido (SSTS 18.6.97 , 26.1.1999 , 24.5.99 , 26.6.2000).

A partir de la STC. antes citada -nos dice la STS. 232/2007 de 20.3 -, deben tenerse presente una serie de criterios interpretativos respecto al alcance del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones postales (art. 18-3 C.E .) que resumimos del siguiente modo:

- 1) No todo envío o intercambio de objetos o señales que pueda realizarse mediante los servicios postales es una comunicación postal (Fud. 3, pág. 13).
- 2) La comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos, por lo que el derecho al secreto de las comunicaciones postales sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es desde esta perspectiva equivalente a la correspondencia (Fud. 3, Pág. 14).
- 3) No gozan de la protección constitucional aquellos objetos -continentes- que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual, sino para servir al transporte y tráfico de mercancías, de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional (Fud. 3, Pág. 14).
- 4) Tampoco gozan de protección aquéllos objetos que pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo (Fud. 3, Pág. 14).
- 5) El envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los que tienen como función el transporte de enseres personales -maletas, maletines, neceseres, bolsos de viaje, baúles, etc.- por las compañías que realizan el servicio postal no queda amparado por el derecho al secreto

de las comunicaciones, pues su objeto no es la comunicación en el sentido constitucional del término (Fud. 3, Pág. 15).

6) El art. 18-3 C.E . no protege directamente el objeto físico, el continente o soporte del mensaje en sí, sino que éstos sólo se protegen de forma indirecta, esto es, tan sólo en la medida en que son el instrumento a través del cual se efectúa la comunicación entre las personas -destinatario y remitente-. Por consiguiente cualquier objeto -sobre, paquete, carta, cinta, etc.- que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección al derecho reconocido en el art. 18-3 C.E . si en las circunstancias del caso no constituye el instrumento de la comunicación o el proceso de la comunicación no ha sido iniciado (Fud. 3, Pág. 15 y 16).

Tampoco gozaría de cobijo constitucional el presunto derecho invocado, aunque se contemplaran los actos realizados por la policía y agentes de aduanas con posterior intervención de la comisión judicial (auto de 28-agosto-2003) desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal (art. 18-1º C.E .), sobre todo cuando no consta en el paquete postal mención alguna sobre la posibilidad de contener objetos personales e íntimos y de sus características externas no se infiere que la finalidad del continente fuera ésta. Pero aunque pudiera afirmarse (de un objeto cualquiera) la condición de personal e íntimo, su inspección o control cumple las dos exigencias que la Constitución impone a la afección de este derecho fundamental: su previsión legal y su adecuación al principio de proporcionalidad.

De un lado, la normativa internacional -Actas del Convenio de la Unión Postal Universal de Beijing de 1999 , en vigor para España desde su publicación en el BOE nº 62 de 14 de marzo de 2005-, así como la legislación interna -Ley 24/1998 - autorizan a las autoridades administrativas y aduaneras para proceder a la inspección de los paquetes postales a los efectos de determinar que no contienen sustancias u objetos cuyo envío, traslado o comercio está prohibido, como por ejemplo las drogas (Fud. 4, Pág. 17).

En el caso presente el paquete remitido por el recurrente tenía una declaración cierta de contenido al hacer constar que lo remitido eran "pilotos del BMW CE-34 y tornillería", lo que excluía el envío de mensajes, es decir, su utilización como correspondencia postal y posibilitaba bien a los funcionarios de Aduanas, empleados de correos o de empresas de mensajería, realizar funciones de control e inspección, en este caso, pasar el envío por el scanner, en un rutinario control de seguridad y, al detectar la presencia en el interior del paquete de una bolsa de considerable tamaño que no se correspondía con lo declarado, proceder a su apertura con la finalidad de comprobar la posible existencia de efectos ilícitos, apertura que no supuso infracción alguna del derecho al secreto de las comunicaciones postales, habida cuenta que ya en el propio envío se excluía la existencia de esa clase de comunicaciones, por lo que, aunque se tratara de paquete postal, no integra el concepto de correspondencia a la que se refiere nuestra Constitución (art. 18.3 CE .) o el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO: La desestimación del motivo tercero incide en la improsperabilidad de los motivos **primero y segundo** .

En efecto la interpretación que del art. 11.1 LOPJ . han hecho tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala, permitir sostener en nuestro ordenamiento un concepto de prueba ilícita referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, de manera que por definición, se concibe otra suerte de ilicitud probatoria simplemente ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 CE), (STS. 6/2010 de 27.1).

Las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular, en orden a la eficacia probatoria en el proceso penal, no son sin embargo apreciables en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad al respecto, dependiendo en el segundo caso de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades y sobre todo, de la indefensión practicada (art. 238.1 LOPJ).

La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación -la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado ("the tainted fruiti) o, genéricamente, doctrina de los "frutos del árbol envenenado (The fruiti o the poisonous tree doctrine), mientras que para las derivadas de las simplemente irregulares no se

produce tal radical consecuencia, por mor de lo dispuesto en el art. 242 LOPJ . y nada obsta a que la convicción se obtenga por otros acreditamientos en la materia.

Esta diferencia se resuelve en la practica, por tanto, en la posibilidad de recuperación del material probatorio evidenciado por la prueba irregular, mediante su conversión en algún otro tipo de prueba subsidiaria, generalmente la testifical o la confesión, a modo de subsanación, posibilidad que es impensable en el caso de la prueba ilícita.

En este sentido la STS. 999/2004 de 19.9 , señala que por el contrario, si las infracciones cometidas tuvieren un mero carácter procesal, la consecuencia alcanzará tan sólo al valor probatorio de los productos de la interceptación de las comunicaciones, pero manteniendo aún su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ella derivadas. No trascienden de la condición de meras infracciones procesales, con el alcance y efectos ya señalados, otras irregularidades que no afecten al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y que tan sólo privan de la suficiente fiabilidad probatoria a la información obtenida, por no gozar de la necesaria certeza y de las garantías propias del proceso o por sustraerse a las posibilidades de un pleno ejercicio del derecho de defensa al no ser sometida a la necesaria contradicción, más al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido, en este caso gracias a la apertura del paquete por el vigilante privado, puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido. Y desde luego lo conocido puede ser objeto de posterior investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al juicio oral.

En el caso que se analiza, detectado por el scanner que el paquete, remitido con declaración de contenido, contenía una bolsa que por su tamaño no se correspondía con lo declarado, la apertura del paquete no revestía infracción del derecho fundamental recogido en el art. 18.3 CE . ciertamente la apertura del paquete, se efectuó materialmente por un vigilante de seguridad quien no ostenta la condición de policía judicial, art. 283 LECrim . ni de funcionario administrativo o de aduanas o perteneciente al Servicio Postal, pero su actuación se limitó al paquete no a la bolsa que contenía la sustancia sospechosa, la cual fue entregada junto con el paquete y resto de su contenido a funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a la Comisaría de Getafe, por lo que, en todo caso, se trataría de una prueba irregular pero cuyo contenido pudo ser introducido en el plenario por las pruebas que se detallan en el apartado a) del Fundamento Jurídico Tercero, fundamentalmente los testimonios del Director de Seguridad, Delegado de Seguridad y Vigilante de Seguridad y de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía nº NUM003 y NUM004 , quienes acudieron a las dependencias de Seur en Getafe y recogieron la bolsa que les fue entregada cerrada y sellada.

TERCERO: El motivo cuarto al amparo de los arts. 5.4 LOPJ. y 852 LECrim. por vulneración de un proceso con todas las garantías (art. 24.2) al considerar que se violaron las exigencias legales que permitirían que resultara probada la corrección de la cadena de custodia de la sustancia estupefaciente objeto de intervención y por lo tanto la sujeción del procesado a un proceso con todas las garantías sin que pudiera producirse indefensión.

Se señala en el motivo que de acuerdo con las diligencias policiales la apertura del paquete que contenía presuntamente la sustancia estupefaciente fue realizado por un vigilante de la empresa Prosegur con carnet profesional nº NUM005 en las dependencias de la empresa Seur en Getafe, observando los agentes de la policía que hicieron acto de presencia que el citado paquete se hallaba abierto, por lo que resulta evidente que esa apertura y manipulación del contenido de dicho paquete por parte del vigilante se hizo sin las correspondientes garantías acreditativas de su contenido (presencia de comisión judicial) ciertamente y viera de nulidad la referida prueba, tal como reflejó el auto judicial de 26.3.2008 de la titular del Juzgado de Instrucción 6 de Getafe denegando la entrega vigilada solicitada por la Brigada de la Policía Judicial Grupo II de la Comisaría de Getafe por no estar garantizada la cadena de custodia del referido paquete.

Además no se cumplieron las exigencias legales en la aprehensión y apertura del paquete, sino tampoco en el proceso de custodia y entrega de la sustancia intervenida al organismo legalmente habilitado para su análisis con infracción de lo precisado en el art. 3 de la Ley 17/67 de 8.4 y de la orden de 8.11.96 , que contiene las normas de preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología, dada la deficiente custodia policial en la Comisaría de Getafe desde el 26.3 al 31 del mismo mes de 2008, fácilmente constatable por el escaso rigor de los funcionarios policiales a la hora de elaborar el atestado.

-Durante el 26.3.2008 el atestado refiere una sucesión de instructores que se hicieron cargo de la caja de cartón intervenida, sin reflejarse en el atestado las correspondientes diligencias de traspaso y aceptación.

-El agente nº NUM006 efectuó la diligencia de pesaje con báscula de precisión dando un resultado de 1049 gramos incluido el envoltorio, pero la bolsa al ser recibida en el Arca funcional de Sanidad de la Delegación de Gobierno de Madrid el 31.3.2008 con un peso bruto de 1.077,6 gramos (28,6 gramos de más de lo inicialmente pesado en Comisaría), diferencia de peso que refuerza las dudas sobre la posibilidad que la sustancia intervenida y analizada no fuese la misma.

-Se realiza el mismo 26.3.2008 la prueba de Drogotest mediante la aplicación de un spray reactivo sobre una pequeña muestra obtenida del envoltorio dando como resultado positivo a heroína y de acuerdo al Informe analítico de 10.4.2008 se describe la sustancia intervenida como heroína.

-A pesar de haberse practicado una incisión en la bolsa para llevar a cabo la prueba de Drogotest no consta en el atestado que se procediera siquiera al correcto sellado, precintado y etiquetado de la sustancia, incumplándose lo dispuesto en el art. 338 LECrim .

-Según el oficio 6691 remitido a la Dirección General de Farmacia por el Instructor CP. 82495 el 26.3.2008, se remite una bolsa de plástica, de aproximadamente 1 Kg. de peso a la que se ha realizado una incisión para obtener una muestra, y sin embargo posteriormente en el informe de Recepción de la sustancia "datos relativos a la aprehensión", que se cumplimentó en el momento en que el funcionario policial nº NUM007 deposita la muestra en el Laboratorio, detallando la "descripción de la sustancia entregadas", (documento firmado por el funcionario de la Unidad aprehensora y el funcionario de Laboratorio) se describe como "una bolsa de plástico gris conteniendo en su interior una bolsa de plástico transparente recubierta por otras 4 bolsas transparentes cerradas al vacío".

- Tampoco obra en autos junto al informe de Recepción del Área de Sanidad, el documento anejo al envío de muestras (obligatorio conforme a la orden de 8.11.96), que acredita la observación en todo momento de la cadena de custodia policial desde la toma de las muestras hasta su recepción en el Instituto.

-En suma, la ausencia de identificación del número de placa de los funcionarios encargados de la custodia, de su lugar de custodia -durante los cinco días entre la diligencia policial de remisión al Laboratorio de la sustancia incautada (fecha del 26.3.2008), y la fecha de entrega de la misma por la Unidad Aprehensora en las Dependencias del Área Funcional de Sanidad de la Delegación del Gobierno de Madrid el 31.3.2008 por parte del Funcionario Policial nº NUM007 , supone que nadie se hizo responsable de ese objeto que pudo estar en manos de cualquiera, sin que conste en el atestado diligencia de depósito de la bolsa aprehendida en la Caja Fuerte de Comisaría por parte de agente alguno.

El motivo se desestima.

a)-Que la apertura del paquete se realizara sin la presencia de la comisión judicial solo implica que carecerá en sí misma de valor probatorio, aún cuando se refleje documentalmente en su atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellos pudieran derivarse deben incorporarse al juicio oral mediante su medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo la declaración testifical de las personas presentes debidamente practicada en juicio con todas las garantías de la contradicción y la intermediación. La diligencia de apertura de un paquete puede tener valor de prueba preconstituida si se practica judicialmente respetando el principio de contradicción mediante la asistencia del interesado.

Ello es así conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional referida a las pruebas de imposible reproducción en el juicio oral (requisito material) practicadas ante el Juez de instrucción (requisito subjetivo) con cumplimiento de todas las garantías legalmente previstas (requisito objetivo) y reproducidas en el juicio oral a través del art. 730 LECrim . (requisito formal).

Por tanto el acta en que se documentó la diligencia en cuanto al contenido de la misma y la reseña de los efectos hallados en su transcurso, no precisa de ratificación alguna por parte de ninguna de las personas presentes, su función acreditativa deriva de la propia naturaleza de la función orgánicamente atribuida al Secretario Judicial que ha debido intervenir tanto en la diligencia como en la redacción del acta.

Por tanto en el caso presente la ausencia de la comisión judicial y del secretario, sin invalidar la diligencia ni generar su nulidad, priva del valor de prueba anticipada con plenos efectos en el juicio oral pues la ausencia de la fe pública le priva de autenticidad y valor probatorio, debiendo suplirse tal defecto con la declaración de los intervinientes en dicho acto, no impidiendo en nada que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie el contenido del paquete, en este caso la bolsa de plástico con sustancia presuntamente estupefaciente, como acaeció en el presente caso con las testificales de Ildefonso , Fidel y Carlos José , director, delegado y vigilante de seguridad respectivamente, siendo éste último quien detectó, al pasar el paquete por la cinta del scanner, la existencia de una bolsa sospechosa en el interior del paquete por lo que lo abrió y comprobó que contenía una bolsa con material orgánico, comunicándoselo directamente a su superior y haciéndose entrega de la bolsa sospechosa a funcionarios del Cuerpo nacional de Policía de la Comisaría de Getafe, en concreto los nº NUM003 y NUM004 quienes en el juicio oral ratificaron que acudieron a las dependencias de Seur en Getafe y recogieron la bolsa que parecía contener sustancia estupefaciente, asegurando ambos que la bolsa les fue entregada cerrada; y con las fotografías del paquete y de la bolsa indicados (folios 641 a 643, 645 y 648 a 650).

b)-En cuanto a la cadena de custodia el problema que plantea -hemos dicho en SSTs. 1190/2009 de 3.12 y 6/2010 de 27.1 - es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la corrección de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de en su caso, identificar en todo la unidad de la sustancia estupefaciente, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la completa seguridad de lo que se traslada, lo que se mide, lo que se pesa y lo que se analiza es lo mismo en todo momento, desde el instante mismo en que se recoge del lugar del delito hasta el fomento final en que se estudia y destruye.

En el ATS. de 30.10.2008 , podemos recordar las ideas capitulares en la materia. Es función de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, según el apartado 1 g) del artículo 11 de la LO 2/1986, de 13 de marzo , de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, "... asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes", y el artículo 4º del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, dispone que todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad practicarán por su propia iniciativa las primeras diligencias de prevención y aseguramiento y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieran relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la autoridad judicial o fiscal.

Tratándose de estupefacientes o sustancias psicotrópicas debe tenerse en cuenta el Convenio Único de 1961 sobre los primeros, ratificado por España mediante Instrumento de 3-2-1966 , y el Convenio de Uso de las segundas de 21-2-1971 , que obligan a concentrar en un servicio administrativo la intervención de dichas sustancias decomisadas, como recuerda, en relación con el Convenio Único, el preámbulo de la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre Normas Reguladoras de estupefacientes, cuyo artículo 4º establece el Servicio de Control de Estupefacientes, siendo uno de sus cometidos que "las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes".

Lo anterior ya ha sido puesto de relieve por la Jurisprudencia de esta Sala (STS de 6 de julio de 1990) cuando razona que "a partir de los Convenios Internacionales (mencionados) la Comunidad Internacional decidió medidas drásticas de intervención sobre tales sustancias a fin de prevenir los graves daños que su uso puede ocasionar en la salud física o psíquica de los consumidores, siendo precisamente una de tales medidas la adopción por parte de los Estados signatarios de un servicio administrativo de control para impedir que las drogas tóxicas puedan encontrarse en dependencias públicas distintas de las previstas a tal fin"» reproduciendo a continuación el art. 31 de la Ley 17/67 .

Es cierto que la cadena de custodia exige que conste siempre en los protocolos de conservación las firmas tanto de los policías y técnicos que ocupan, trasladan, pesan, entregan en Comisaría y depositan en sanidad la sustancia incautada, como la firma de quienes en cada una de las secuencias mencionadas las reciben.

En nuestro caso, consta, según resulta de la testifical y de las fotografías obrantes a los folios 643, 645, y 648 a 651, que la bolsa conteniendo la sustancia estupefaciente en ningún momento fue abierta por el vigilante de seguridad el cual abrió solo el paquete o caja de cartón remitido; y en tal estado cerrada y termosellada fue recibida por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía con

carnets profesionales NUM008 y NUM004 quienes firman el acta de 26.3.2008 junto con el vigilante de seguridad (folio 646), haciendo constar la entrega de "una caja de aproximadamente 3 kgs. conteniendo en su interior pilotos y tornillería BMW **y un paquete cerrado herméticamente conteniendo aproximadamente 1 Kg. de sustancia purulenta color claro al parecer estupefaciente...**"

Ese mismo día, a las 2 horas y 36 m. los funcionarios policiales antes indicados comparecen ante el Instructor del atestado nº NUM009 , funcionario de policía con carnet profesional NUM010 haciéndole entrega de los diferentes efectos intervenidos, entre los mismos, una bolsa hermética y cerrada de plástico transparente conteniendo una sustancia polvorienta (folios 598, 599).

A las 8,00 horas del 26.3.2008 cesa en las diligencias como instructor el anterior funcionario (folio 600) haciéndose cargo de las mismas, como instructor el funcionario NUM011 y como secretario el nº NUM006 , quienes igualmente se hacen cargo de la caja de cartón de color marrón de la empresa Seur núm. Paquete NUM012 (folio 601).

Asimismo consta practicada diligencia de pesaje del envoltorio intervenido, siendo de 1049 gramos incluido el envoltorio, y prueba de Drogotest consistente en la aplicación de un spray reactivo sobre una pequeña muestra obtenida del envoltorio, dando como resultado positivo heroína "con reportaje fotográfico donde se observa la operación de extracción de muestra" (folios 616 a 620).

Al folio 634 intervienen como instructor el funcionario policial nº NUM013 para hacer constar, además de la recepción vía fax del juzgado instrucción nº 6 de Getafe denegando la entrega controlada del paquete intervenido, que por el Instructor se dispone la remisión de la bolsa de plástico de aproximadamente 1 Kg. de peso, conteniendo en su interior al parecer sustancia estupefaciente a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios (sección de Estupefacientes y Psicotrópicos) para su estudio, análisis y posterior emisión de informe, oficio nº 6691 fechado el 26.3.2008 (folio 663).

El 31.3.2008 el funcionario policial nº NUM007 deposita la bolsa intervenida en manos del Jefe de Sección del Servicio de Inspección de Farmacia y Control de Drogas del Área de Sanidad de la Delegación de Gobierno en Madrid (folio 765), constando informe recepción firmado por el funcionario de la Unidad Aprehensora y el funcionario de Laboratorio, en el que se describe "una bolsa de plástico gris conteniendo en su interior una bolsa de plástico transparente por otras 4 bolsas transparentes cerradas al vacío", conteniendo un "sólido" pastoso anaranjado y se recibe con un peso bruto de 1077,6 gramos y peso neto de 965,3 gramos.

En nuestro caso no existe un solo paso en el que no se sepa quien entrega y quien recibe la sustancia, de modo que no se advierte forma de que en alguna de las inexistentes fases de ocultación haya podido ser mutada la cantidad o calidad del producto. En efecto la prueba realizada en Comisaría sobre una muestra obtenida por incisión de la bolsa es solo a efectos meramente orientativos, siendo únicamente la practicada en Laboratorios oficiales la que permite constar con rigor la naturaleza y pureza de las sustancias intervenidas y la diferencia de pesaje entre el realizado en Comisaría y el consignado en la recepción por el Laboratorio es mínima 1049 y 1077,6 gramos respectivamente y motivada posiblemente por el peso de las bolsas de plástico con las que se cerró la bolsa original una vez hecha la punción para el análisis para su emisión al Laboratorio.

Es cierto que existe un lapso temporal entre el oficio policial acordando la remisión de la bolsa al Laboratorio, 26.3.2008, y su recepción en el Organismo competente 31.3.2008, pero no es nada más que eso, la cadena de custodia fue respetada por los policías que declararon en el plenario manifestaron que en Caminaría había una caja fuerte y allí se custodió la droga (agente con carnet NUM004). Así lo acepto el tribunal y la credibilidad de esos testimonios no es revisable en casación.

CUARTO: El motivo quinto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 368 CP .

Se argumenta que del factum de la sentencia no concurren todos y cada uno de los elementos típicos, objetivos y subjetivos que integran el delito sancionado, pues dadas las circunstancias en las que se produce la apertura e inspección del paquete por parte del vigilante jurado, las faltas de garantías que acreditaran su autentico contenido y el respeto a la cadena de custodia, no se puede confirmar que el recurrente conociera que transportaba una bolsa termosellada con sustancia estupefaciente, pudiendo ser introducida la misma por un tercero con posterioridad a su facturación y, en todo caso, con carácter previo a su puesta a disposición del Cuerpo Nacional de Policía . No queda acreditada ni la posesión de la droga por parte del recurrente ni la finalidad de transmisión a

terceros, habida cuenta que la persona que figura como destinatario del paquete no ha quedado probado que conociera que dicho paquete le iba a ser remitido.

El motivo en cuanto está supeditado a la prosperabilidad de los motivos anteriores, debe ser desestimado.

Con independencia de que el destinatario del paquete conociera o no su envío y estuviera de acuerdo con el acusado, el destino de la droga a su difusión a terceros, se infiere de las propias circunstancias de su remisión, a través de un paquete postal, y de la cantidad de droga remitida, casi 1 Kg. de anfetamina.

QUINTO: El motivo sexto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim . en relación con el art. 5.4 LOPJ . se denuncia transgresiones del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE , así como la vulneración del derecho de defensa reconocido en el art. 24.2 CE .

a) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la regularidad de la prueba conexa e influencia de la ilicitud del auto de 26.12.2007 con la consiguiente nulidad de todo lo instruido con posterioridad. Auto éste en el que se acordó la intervención, grabación y escucha de los teléfonos NUM014 de la operadora Movistar y NUM015 de France Telecom y que de acuerdo con el Fundamento Jurídico primero de la sentencia recurrida entiende vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas consagrado en el art. 18.3 CE . por lo que declara la nulidad del referido auto de 26.12.2007, y de acuerdo al art. 11.1 LOPJ . de todas las pruebas derivadas de dicha resolución al haber sido obtenidas indirectamente con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (restantes autos de intervención telefónicas, declaraciones de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía actuantes a las vigilancias y seguimientos efectuados a los acusados), **pero no así otras como las declaraciones de contenido autoincriminatorio** -cuya problemática será analizada en el recurso del otro acusado- **ni a la prueba testifical practicada en relación a la interceptación el 26.3.2008 del paquete remitido a través de Secur por D. Carlos Francisco por producirse la misma, a juicio de la fe "... de forma casual, apareciendo desconectada de las intervenciones telefónicas y de la investigación que se venía llevando a cabo en las Palmas de Gran Canaria".**

El recurrente discrepa de esta interpretación por entender que si se declara la nulidad del auto de 26.12.2007, la nulidad alcanza a todo el procedimiento, al no existir de forma diferenciada un auto de incoación de Diligencias Previas y un auto de intervenciones telefónicas, los efectos de la nulidad se comunican a todas las diligencias que sean vinculadas al existir entre unas y otros no solo una conexión natural sino lo que se ha venido a denominar como "conexión de antijuricidad", dado que si no hubiera sido por las pruebas declaradas judicialmente nulas jamás se hubiera identificado al recurrente, ni conocido que éste había remitido el 25.2.2008 un paquete con destino a Gran Canaria, tampoco se hubiera tenido constancia de la existencia de interceptación el 26.3 en Getafe ni el contenido de las diligencias policiales practicadas por el Grupo II, de la Policía Nacional de Getafe que soportan el fallo condenatorio, y se habría encargado de tramitar la instrucción del proceso el Juzgado de Instrucción nº 6 de Getafe y caso de acordarse la apertura del juicio oral, se hubiera celebrado ante la Audiencia Provincial de Madrid.

Las SSTC. 66/2009 de 9.3 y 28/2002 de 11.4 , recuerdan que desde la STC. 114/84 de 9.11 , hemos sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una **ignorancia de las garantías** propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de **la desigualdad entre las partes** en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "**proceso justo** ", debe considerarse prohibida por la Constitución (SSTC 114/1984 , 81/1998 , 69/2001 , 28/2002 , y 66/2009). Tal prohibición atañe no solo a los resultados directos de la intervención, sino que se extiende a "cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios (STC. 49/96 de 26.3), aunque derive indirectamente de aquella (SSTC. 85/94 de 14.3 , 86/95 de 6.6 , 181/93 de 11.12 , 54/96 de 26.3). Junto a esta regla general en supuestos excepcionales hemos considerado lícita la valoración de pruebas que, aún cuando se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (SSTC. 86/95 de 6.6 , 81/98 de 2.4 , 151/98 de 13.7 , 166/99 de 27.9 , 136/2000). La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras, radica en que las pruebas derivadas son desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (STC. 184/2003 de 23.10). "Por ello, para concluir que la prohibición de

valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuricidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones (STC. 81/98 de 2.4).

Al amparo de esta construcción constitucional se han incorporado dos tipos de excepciones: la de confesión voluntaria del acusado y la del descubrimiento probablemente independiente o prueba hipotéticamente independiente. La primera no afectaría al recurrente quien en ningún momento durante la instrucción o en el juicio oral, realizó declaración autoincriminatoria reconociendo haber remitido en el paquete una bolsa con anfetaminas. La segunda se aplicó por primera vez en la STC. 81/98 al estimarse que el delito obtenido con la intervención telefónica ilícita era un dato "neutro", pues no fue indispensable un determinante por sí solo de la ocupación de la droga en poder del acusado. Dicha excepción se aplicó también en las SSTC. 171/99 y 238/99 . Esta construcción produce, defecto, según la doctrina, sin reducción del estándar de inevitabilidad exigido en la excepción norteamericana del " *inevitable discovery*", que obliga a las acusaciones a acreditar de forma fehaciente que la prueba se hubiera obtenido necesariamente aún cuando la inicial ilicitud no hubiera tenido lugar, esto es, la inevitabilidad del descubrimiento por medios lícitos. Por tanto, el estándar de inevitabilidad se sustituye por el menos exigente de "probabilidad", ampliándose de esta forma el campo de aplicación de la excepción y reduciéndose, correlativamente, el ámbito de operatividad e la regla de exclusión. Dicha excepción parece inspirarse en la doctrina alemana de los "cursos de investigación hipotéticos según la cual la utilización del material probatorio obtenido ilícitamente debería aceptarse en los supuestos en que el mismo pudo haber sido obtenido sin una lesión de las prohibiciones establecidas para la obtención de pruebas".

En definitiva se ha mantenido la posible independencia y validez de la diligencia de entrada y registro de las evidencias obtenidas en ella -en el caso presente sería la apertura del paquete- respecto de las intervenciones telefónicas lícitas, si la misma se pudiera haber obtenido de un modo lícito por el órgano judicial, de haberse conocido por éste la circunstancia de la lesividad de su derecho fundamental (STC. 22/2003 de 10.2 , FJ. 10 y 11, contenida en el FJ. 10 de la STC. 49/99 de 5.4 , 171/99 de 27.9), o examinando la valoración individualizada de las pruebas efectuada por el Tribunal penal para condenar (STC. 87/2001 de 2.4).

Doctrina que sería aplicable al caso presente, el hallazgo de la droga en la sede de la empresa Seur en Getafe se produce en las diligencias previas incoadas por el Juzgado Instrucción nº 6 de dicha localidad -quien posteriormente se inhibió a favor del Juzgado Instrucción nº 1 Las Palmas-. La forma en que se produjo tal ocupación -al pasar el paquete por el scanner y detectar su vigilante de seguridad que contenía una bolsa que no se correspondía con lo declarado, revela que el hallazgo se produjo de forma casual e inevitable, con independencia de que hubiera mediado inhibición o se hubiera finalizado la instrucción y enjuiciado el hecho en Madrid, la desconexión con las intervenciones ilícitas del Juzgado Instrucción nº 1 Las Palmas aparece de forma evidente.

La pretendida conexión que se relata en el motivo fue descartada por la sentencia impugnada y al tratarse de una mera hipótesis, su comprobación pudo hacerse por el recurrente señalado qué conversaciones telefónicas en concreto avalaban esa conexión o relación y el previo conocimiento policial del envío del paquete que, de ser cierto, hubiera posibilitado su entrega vigilada, art. 263 bis LECrim . y la intervención policial antes de la llegada del paquete a Getafe.

B) Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa en relación a la práctica de la prueba pericial prestada en el juicio oral por Dña. Violeta .

Se señala en el motivo que el informe de recepción de las sustancias intervenidas aparece firmado el 31.3.2008 por la Sra. Brigida Jefe de Sección del Servicio de Inspección de Farmacia y Control de Drogas del Área Funcional de Sanidad de la Delegación de Gobierno de Madrid. Igualmente obre un Informe analítico de sustancias denominadas por trafico ilícito, expediente de decomiso NUM016 y firmado con el VºBº de un funcionario no identificado del **Laboratorio de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios de la Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos del Ministerio de Sanidad y Consumo.**

Asimismo el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales de 1.7.2009 interesó la pericial de Brigida (Área funcional de Sanidad, Delegación de Gobierno de Madrid) jefe de Sección del Servicio de Inspección de Farmacia y Control de Drogas del Área Funcional de Sanidad de la Delegación del Gobierno en Madrid, y no así de ninguno de los funcionarios del Laboratorio de la

Agencia Española de medicamentos y Productos Sanitarios de la Subdirección General de Inspección y control de Medicamentos del Ministerio de Sanidad y Consumo que hubiesen efectuado la analítica.

En el escrito de conclusiones provisionales de la defensa se impugnó el informe analítico.

Mediante auto de 30.11.2009 la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas declaró pertinentes las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal y la Defensa.

Doña. Brigida no compareció al Plenario y sí lo hizo sin haber sido su pericial propuesta por el Ministerio Fiscal o la Defensa, Dª Violeta , como Jefe del Servicio de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios quien manifestó haber efectuado el análisis al que se refiere el informe, ratificándolo y aclarándolo, formulándose por las defensas la protesta en relación a la practica de esa pericial.

Se sostiene así que la admisión injustificada de pruebas a las partes propuestas de forma extemporánea, integra vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal, reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE . como son el derecho a un proceso justo, con todas las garantías: el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, pues una cosa es que en estas periciales realizadas en Centros oficiales no sea necesario que venga al Juicio Oral la misma persona que realizó las pruebas por todo el personal trabaja con unos mismos protocolos, medios y netos y puedan sustituirse unos a otros al respecto y otra cosa completamente diferente es que, tratándose de pericias y funcionarios de organismos diferentes (servicio de Inspección de Farmacia de la Delegación de Gobierno de Madrid y Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios) un perito no propuesto en tiempo y forma por las partes (Violeta como Jefa del Servicio de este último) puede sustituir a otro durante la vista oral (Doña. Brigida Jefe de Servicio del Servicio de Inspección de Farmacia) para intentar de esta manera suplir el error procesal cometido por el Ministerio Fiscal al omitir solicitar la pericial de su responsable del Laboratorio donde se hizo el análisis, por lo que es manifiesta la violación del derecho a un proceso justo o proceso con todas las garantías, tutelado por los arts. 24.2 y 61.1 respectivamente de la CE . y del TEDH.

Además de lo anterior la pericial se practica sobre elementos cuya incorporación y obtención lo han sido con violación de derechos fundamentales -tal como se ha señalado en los motivos precedente- por lo que ni siquiera el informe puede tener valor a los efectos del art. 788 LECrim .

Con carácter previo y para un recto entendimiento de las anteriores manifestaciones del recurrente debemos distinguir los distintos supuestos en orden a la pericial y su posible eficacia e impugnación.

-Periciales documentadas con privilegio legal.

En el caso del procedimiento abreviado, se opera una identificación ope legis entre los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de las sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas, y la prueba documental (art. 788.2 LECrim .). La mera impugnación formal no impide su valoración, previa su introducción como prueba documental, sin necesidad de ratificación (Pleno no jurisdiccional de 25.5.2005).

-Pericias preconstituídas, según denominación del Tribunal Constitucional que remite al art. 726 para su valoración (ATC. 26.9.2005 con cita AATC. 164/95 de 5.6 y 393/90 y SSTC. 24/91 y 143/2005), y que comprende pautas de asistencia, informes forenses, tasaciones practicadas por perito judicial, actas policiales, entendiéndose por tales aquellas actuaciones policiales objetivas e irrepetibles (STC. 303/93 , recogida del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantados sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia). No precisan ratificación si no son impugnados materialmente, no bastando la mera impugnación formal.

-Periciales documentadas con privilegio jurisprudencial consolidado.

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 21.5.99, punto 2, afirmó la innecesariedad de ratificación del dictamen de los peritos integrados en organismos públicos, salvo que la parte a quien perjudique impugne el dictamen o interese su presencia para someterlos a contradicción en el plenario y lo hiciera en momento procesal oportuno.

Es el caso de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios oficiales del Estado, basados en conocimientos especializados, que no precisan de ratificación para ser valorados,

salvo en caso de impugnación tempestiva y con contenido material (SS. 21.1.2005 en relación con informes lofoscópicos y de 27.11.2000 en cuanto a informes de Gabinete de Balística). Como justificación, se invoca la condición de funcionarios públicos de quienes los elaboran, la consiguiente presunción de imparcialidad, su especialización técnica, y adscripción a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios en las modernas técnicas de análisis y la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la denominada "prueba preconstituida" (SSTS. 1.12.95 , 6.6.96 , 10.6.99 , 28.6.2000 , 16.4.2001 , 31.1.2002 , 25.1.2005 , 31.1.2008 , 1.6.2009).

-Otras pericias, documentadas o no, sometidas a la necesidad de ratificación en el juicio oral.

En cuanto a las exigencias del contenido de la impugnación, habrá que distinguir:

-Periciales del art. 788.2 LECrim . Tesis estricta.

-No basta la mera impugnación por la Defensa: *"La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por centros oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 788.2 LECr . Las previsiones del art. 788.2 de la LECr son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo"* (Pleno de 25.5.2005).

Es posible no obstante, la impugnación solicitando la defensa otros informes de distintas entidades cualificadas, o de laboratorios particulares, si lo considerase oportuno, o incluso solicitando la comparecencia al acto del juicio oral de los que hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe. En todo caso, deberá especificarse el órgano o laboratorio que interese practique la nueva pericia, pues en caso de solicitar simplemente "otra analítica por otro órgano" se entenderá que no hay verdadera impugnación (STS. 17.2.2009), si bien la limitada competencia para realizar, con carácter oficial, análisis de drogas, de acuerdo con los Tratados internacionales, no impide a la parte solicitar otra analítica, designando el Laboratorio correspondiente y asumiendo los gastos que la nueva analítica conlleve (SSTS. 15.1.2002 , 21.7.2004 y 22.3.2006).

-Debe precisarse el extremo impugnado y la razón de la impugnación (STS. 29.6.2009), si se refiere a la competencia profesional del perito, a la necesidad e aclaraciones sobre la naturaleza de la droga, su peso o pureza, a la cadena de custodia, al método empleado etc... y los motivos específicos por los que cuestionan tales extremos.

Así en STS. 3.2.2009 hemos dicho que la previsión legal del art. 788.2 LECrim . tiene su explicación en las particularidades de esta clase de prueba generalmente consistente en la aplicación de procedimiento químicos o protocolos estandarizados, lo que unido a las garantías que ofrecen los organismos oficiales que los realizan, aporta las necesarias dosis de seguridad acerca de los resultados. Y añade que no impide que la defensa pueda proponer la practica de cuantas pruebas considere procedentes a la defensas de sus tesis, orientadas a completar, a precisar o a contradecir los resultados de tales análisis, especialmente en los casos de mayor complejidad o que presenten características extraordinarias, aunque su admisión quede condicionada a las reglas generales de pertinencia o necesidad. Tampoco impide que la defensa censure a través de sus argumentaciones y planteamientos determinados aspectos del análisis que pudieran ser considerados por el tribunal en el momento de valorar las pruebas disponibles. En consecuencia, mientras que en el ámbito de la pericial, la impugnación de la prueba excluye la tácita aceptación de su resultado haciendo necesaria la comparecencia del perito como presupuesto condicionante de su misma validez probatoria, en el de la documental la validez y eficacia de la prueba directamente resulta de su propia naturaleza, lo que no obsta la posibilidad de contraprobar como se estime oportuno mediante proposiciones probatorias dirigidas a demostrar su falta de validez o a evidenciar su falta de credibilidad ya en el campo de la valoración de las pruebas contradictorias (STS. 866/2009 de 27.9).

-Informes remitidos por Centros oficiales en general y "pericias preconstituidas", tesis laxa aplicable a toda prueba pericial.

Basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento pierda su eficacia probatoria y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y practica de la prueba en el proceso penal (STS. 584/2003 de 16.4), por lo que "no cabe imponer a la defensa carga alguna en el sentido de justificar su impugnación del

análisis efectuado" y que "el acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con la aceptación tácita para que la regla general (comparecencia de los peritos en el Plenario) despliegue toda su eficacia". (SSTS. 1148/2003 de 5.11 , 1520/2003 de 17.11 , 1511/2000 de 7.3).

La diferencia esencial respecto de otras pericias radica en que la emitida por Centros oficiales no precisa, en caso de ausencia absoluta de impugnación, ratificación (entre otras muchas SSTS. 23.10.2003 , 5.11.2003 , 16.1.2004 , 22.5.2009).

En el caso presente obra al folio 764 informe analítico de 10.4.2008 del Laboratorio Agencia Española de medicamentos y productos sanitarios, Subdirección General de Inspección y Control de Medicamentos del Ministerio de Sanidad y Consumo, en que consta el peso neto de la muestra, 965,3 gramos, su descripción: pasta sosa; sustancia identificada: Anfetamina; riqueza % media: 4,9, los protocolos científicos-técnicos empleados: R. Químicas de color, extracción de disolventes orgánicos, CCD (cromatografía de caparina de alta resolución) HPLC (cromatografía líquida de alta resolución); GC (cromatografía gaseosa); SM (espectrometría de masas), y coeficiente de variación aplicado sobre el % de riqueza media +- 5%.

El hoy recurrente en su escrito de defensa, tras poner de manifiesto la discrepancia entre el peso (1049 gramos incluido envoltorio) y el resultado de la prueba de drogotest (positivo a heroína), en las diligencias practicadas en Comisaría nº 26.3.2008 y el informe analítico al que se hace referencia de 10.4.2008, en el que la sustancia era anfetamina y el peso bruto 1.077,6 gramos, se limitó a impugnar de forma expresa el contenido de este informe (folios 764 y 765).

Impugnación meramente formal por cuanto no señaló que aspectos del análisis cuestionaba y que hubiera posibilitado, por ello, su introducción en el plenario como prueba documental, art. 788.2 LECrim .

SEXTO: No obstante como dicha parte propuso como prueba pericial la de Doña. Brigida (Área funcional de Sanidad, Delegación del Gobierno en Madrid) Jefe del Servicio de Inspección de Farmacia y Control de Drogas), habrá de analizar si su incomparecencia al plenario y su sustitución por D^a Violeta , Jefa del Servicio Agencia Española de Medicamentos y productos sanitarios, Subdirección General de inspección y control de medicamentos, se ha producido algún tipo de indefensión material.

En principio la proposición de pruebas en el proceso penal ha de hacerse en el momento especialmente previsto por la Ley, que garantizan el principio de igualdad entre las partes y, al propio tiempo, favorecen las exigencias de la lealtad procesal.

Desde esta perspectiva constitucional ha de admitirse, en atención al derecho de defensa y a la proscripción de la indefensión que la posibilidad de proponer prueba en el proceso penal ha de entenderse amparada hasta el mismo acto del juicio oral como expresamente permite para el procedimiento abreviado el art. 786.2 LECrim . siempre que ello esté razonablemente justificado, no suponga un fraude procesal, y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de las partes (STS. 1060/2006 de 11. 10). La razón es que al margen de lo que sea buena fe procesal, las pruebas anunciadas al inicio de las sesiones aún permiten a las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que sobre las mismas pueden interrogar a testigos, peritos etc... e incluso y acto seguido de su proposición, todavía pueden proponer otras que las desvirtúen, no ocurre así cuando sí se proponen inmediatamente antes del trámite de conclusiones, pues dice la STS. 29.9.98 - ya no se puede someter a la prueba tan extemporáneamente incorporada más que a contradicción dialéctica pero no a la efectiva y real contradicción que vendría de la mano del interrogatorio de acusados, testigos, peritos o de otra prueba, también "in extremis", de signo contrario, causando así a la parte que no la propuso una verdadera y material indefensión.

Ahora bien en el caso presente ofrece la peculiaridad de que la perito que compareció al juicio oral, Violeta , Jefa del Laboratorio de Servicio de la Agencia Española del medicamento, que si bien no fue la propuesta en su día por el Ministerio Fiscal -habría sido Doña. Brigida , Jefe del Servicio de Inspección de Farmacia y control de Drogas del Área Funcional de Sanidad de la Delegación del Gobierno en Madrid- fue la persona que hizo el análisis y lo firmó, lo que llevó a la Sala como el informe tiene un valor del art. 788 LECrim . y la persona que lo ha firmado está presente, a estimar que no se crea indefensión. No se trata, por tanto de una prueba propuesta ex novo, sino de que la prueba pericial propuesta y admitida fuera sometida a contradicción mediante el interrogatorio a la persona que lo practicó, subsanándose así un error del Ministerio Fiscal en su proposición. En este extremo según reiterada doctrina jurisprudencial -por todas STC 36/97 de 25.2 - "el núcleo del

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consiste en el acceso a la jurisdicción, es decir que un Tribunal resuelva en el fondo la controversia de derechos e intereses legítimos ante él planteada, salvo que se lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental; **si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales- SSTC 120/1993 "**.

Asimismo no resulta ocioso destacar la jurisprudencia relativa a la interpretación del art. 729 LECrim. en sus números 2 y 3 . Así la STS. 23.11.2007 recuerda con cita en la STS. 599/94 de 21.3 que "si bien es cierto que el art. 729.22 LECrim . autoriza al Tribunal a practicar las pruebas no propuestas por las partes que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de acusación, no lo es menos que esta disposición encuentra su límite en el derecho del procesado a ser juzgado por un Tribunal imparcial (art. 6 CEDH y 24 CE). Esta garantía resulta, como es claro, desconocida cuando el Tribunal asume el papel de acusador y persecutor del acusado. Por tal motivo, el art. 729.2 LECrim . no puede ser utilizado por el Tribunal en contra del acusado, como lo pretende la recurrente. Y, en todo caso, el derecho a la tutela judicial efectiva del acusador particular en un proceso penal no implica que el Estado deba asumir (el costo de) las pruebas que aquél necesite para hacer valer su pretensión". Igualmente, se ha precisado (STS 918/2004 de 16.7), que: "el art. 729 LECrim ., incluido en la normativa general que regula el procedimiento ordinario, contempla varias excepciones a la regla general del art. 728 LECrim . sobre la práctica de las pruebas en el juicio oral, respetando el equilibrio de las partes propio del sistema acusatorio para preservar la imparcialidad del juzgador. El art. 729.2 y 3 LECrim ., como ha destacado la doctrina, es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates. El Tribunal ejerce una facultad ordinaria de resolución que la ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Para la doctrina actual es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación". En particular exige un consolidado cuerpo de doctrina, antes y después de la STS. 2706/93 de 1.12 , que fue muy restrictiva sobre el alcance del art. 729.2 LECrim . (SSTs. 22.1.92 , 21.3.94 , 23.9.95 , 4.11.96 , 11.11.98 , 15.5.99 , 1186/2000 de 28.6 , 328/2001 de 6.3), reconduciendo su contenido al menos "lesivo" del art. 729.3 , cuya limitación a la excepcionalidad de la prueba para valorar exclusivamente las pruebas testificales ha sido superada por el principio de defensa contenido en la Constitución y en los pactos internacionales de derechos humanos suscritos por España, que "no supone que el Juzgador asuma funciones acusativas y por tanto ajenas, toda vez que la prueba testifical -en este caso pericial- fue propuesta en momento procesal oportuna por el Fiscal y por tanto conocida por la defensa quien pudo prepararse para argumentar contra ella o articular su contraprueba".

En el caso que se discute no se trata, ciertamente, de una prueba cuya necesidad nace en el curso de los debates, ni desde luego de la ofrenda por las partes para acreditar alguna circunstancia que influya en la declaración probatoria de un testigo. La prueba, además, ha sido efectivamente propuesta, lo que permite cumplir el supuesto previsto en el art. 728 LECrim , por lo que la solución más equilibrada, sin riesgo de serio compromiso a la imparcialidad, era la admisión.

El motivo por lo expuesto debe ser desestimado.

SEPTIMO: El motivo séptimo nulidad al amparo de los arts. 5.4, 11.1 238.3, 240.1 LOPJ . junto con el art. 852 LECrim . por la vulneración del Juez ordinario natural e imparcial predeterminado por la Ley, art. 24.2 CE en relación con el art. 9.3 CE . lo cual redundaría en la radical nulidad de todas las actuaciones realizadas por el Juez instructor de Las Palmas, que con evidente falta de competencia hubiera llevado a cabo la investigación de la interceptación del paquete en Getafe, al tratarse de infracciones cometidas fuera de su demarcación por una persona no residente en la misma y haber procedido a la incoación de las correspondientes diligencias previas por la comisión de un presunto delito contra la salud pública y vulneración derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

El motivo se desestima.

El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley está contemplado en el art. 24.2 CE . y supone - STS 578/2006 de 27.5 :

a) el órgano judicial haya sido creado previamente por una norma jurídica;

b) esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial de que se trate; y

c) su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (STC 47/1983).

De modo que al venir su composición previamente determinada por la Ley, se preste la debida garantía de independencia e imparcialidad del llamado a juzgar.

Partiendo de esta premisa debemos señalar, como ya ha establecido esta Sala en resoluciones anteriores (entre otras 6.2.2001 y 25.1.2001) que la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia sobre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Como ha señalado SSTC. las cuestiones de competencia reconsiderables al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC. 43/84 , 8/98 , 93/98 , 35/2000).

El derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la STC 25/2000 recogiendo lo ya expresado en la STC. 262/94 de 3.10 .

Igualmente, en la STC 126/2000, de 26 de mayo , se expresa que la interpretación de las normas sobre competencia y, por consiguiente, la determinación del órgano judicial competente, son cuestiones que corresponden en exclusiva a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por lo que, en realidad, el recurrente trata de trasladar a este Tribunal el problema legal de la determinación del Juez del caso cuyo discernimiento no nos compete cuando, como en este supuesto, los órganos judiciales han realizado una interpretación razonable de la legalidad procesal que, por serlo, no nos compete revisar ni sustituir y en el ATC de 7 de abril de 1997 se recuerda que constituye reiterada jurisprudencia de este Tribunal que el derecho al juez predeterminado por la Ley, reconocido en el art. 24.2 CE , configura la garantía de que el órgano judicial llamado a conocer del asunto haya sido creado previamente por la norma, esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motiva su actuación y de que su régimen orgánico no permita ser calificado de especial o excepcional (entre otras muchas, SSTC 47/1983 , 148/1987 , 39/1994 y 6/1997).

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1999 se declara que en modo alguno ha sido vulnerado el derecho al Juez predeterminado por la ley, en concordancia con la doctrina de la Sala, recordándose la sentencia de 20 de febrero de 1995 y del Tribunal Constitucional (cfr. Sentencias 64/1997, de 7 de abril , y 4/1990 , de 18 de enero, en cuanto el derecho al Juez predeterminado por la ley «exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional». Y el mismo Tribunal Constitucional, en su Sentencia 193/1996, de 26 de noviembre , declara que el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del Juez «ad hoc», excepcional o especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de ley en la materia (vid. STC 38/1991 , con cita de otras muchas).

Y en la Sentencia también del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1999 se declara que el conocimiento cierto con carácter previo a la iniciación de todo proceso penal de los órganos jurisdiccionales que han de intervenir en él es requisito necesario para dar satisfacción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE) cuyo contenido esencial viene integrado por tres pilares básicos: la prohibición de instituir órganos jurisdiccionales a no ser por una ley en sentido estricto, pero no necesariamente mediante ley orgánica (STC 95/1988, de 26-5 y 101/1984, de 8-11 ; la prohibición de Tribunales especiales, y la posibilidad de determinar con absoluta certeza el órgano llamado a resolver sobre un hecho delictivo desde el momento de su comisión.

Estos criterios de generalidad y anterioridad constituyen la garantía de la inexistencia de Jueces «ad hoc» (SSTC 199/1987, de 16-12 y 47/1983, de 31-5 y prohíben la aplicación retroactiva de normas modificadoras de la competencia.

El concepto de Juez ordinario predeterminado por la ley, a que se refiere el art. 24.2 de la CE , guarda, según recogen las SSTC 75/1982, de 13-12 y 4/1990, de 18-1), una innegable conexión con las cuestiones de competencia y puede quedar vulnerado cuando un asunto se sustrae indebida o injustificadamente de la jurisdicción ordinaria y se atribuye a una jurisdicción especial.

Cuando la disputa se centra en cuál debe ser el órgano jurisdiccional, al que, dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al conocimiento de determinado asunto, la decisión que resuelve tal disputa, aunque pueda entenderse contraria a las normas procesales, no entraña por sí misma una vulneración del derecho constitucional garantizado.

En el caso presente la detención de la droga en el paquete remitido por el recurrente en Getafe determinó la incoación por el Juzgado de Instrucción nº 6, de unas diligencias previas, al ser en principio competencia al tratarse de hecho ocurrido de forma independiente a la investigación que se seguía en el Juzgado de Instrucción nº 1 Las Palmas, pero constatado que este juzgado seguía otras diligencias en las que aparecían implicadas otras personas, entre ellas quien aparecía como destinatario del paquete, ello determinó la inhibición por el Juzgado de Getafe. Consecuentemente no se parecía quebranto de normas competenciales ni menos aún de vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

OCTAVO:El motivo octavo por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4, 238.3 y 240.1 LOPJ . en armonía con el art. 852 LECrim . por vulneración del art. 24.2 CE , derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva mediante el resultado de pruebas obtenidas ilícitamente, como ante la inexistencia de prueba de cargo, debiendo prevalecer el principio "in dubio pro reo".

El motivo tras señalar las pruebas que, según el fundamento derecho tercero, se tienen en cuenta para declarar probados los hechos en relación a este acusado y destacar la doctrina jurisprudencial acerca de la presunción de inocencia, considera que la audiencia no dispuso en realidad de material probatorio válido y suficiente por cuanto los medios probatorios encuentran su fundamento en la ilícita apertura e inspección de un paquete postal por parte del vigilante de seguridad sin las correspondientes garantías que acreditaran su contenido, como sería la presencia de la comisión judicial o de la policía actuante, no quedando garantizada la cadena de custodia del referido paquete.

El motivo está igualmente condicionado a la prosperabilidad de los motivos precedentes por lo que la desestimación de estos implica que el Tribunal de instancia contó con prueba de cargo, obtenido sin violación de derechos fundamentales, suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, y en cuanto a la prelación invocada del principio in dubio pro reo, debemos recordar que el proceso de análisis de las diligencias en un proceso penal obliga a deslindar dos fases perfectamente diferenciadas.

1º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas.

b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

2º Una segunda fase de carácter predominante subjetiva, para la que habría que reservar "strictu sensu", la denominación usual de "valoración del resultado o contenido integral de la prueba", ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio in dubio pro reo. Así la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (STC. 31.5.85) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien le mantiene a quien compete acreditar la imputación

mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo.

El principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECr.).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida con signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (STS. 45/97 de 16.1).

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo, lo que no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional solo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de la duda" (SSTS. 70/98 de 26.1 , 699/2000 de 12.4).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las hayas resuelto en contra del acusado (SSTS. 999/2007 de 12.7 , 677/2006 de 22.6 , 1125/2001 de 12.7 , 2295/2001 de 4.12 , 479/2003 , 836/2004 de 5.7 , 1051/2004 de 28.9), reiterada jurisprudencia que insiste en que dicho principio únicamente puede estimarse infringido, en su aspecto normativo, cuando reconociendo el tribunal sentenciador la existencia de una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integradores del tipo o la participación del acusado, opta por la solución más perjudicial para éste, pero no cuando, como sucede en el caso actual, el Tribunal sentenciador no alberga duda alguna.

El principio "in dubio pro reo" -dice la STS. 666/2010 de 14.7 - nos señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (SSTS. 709/97 de 21.5 , 1667/2002 de 16.10 , 1060/2003 de 21.7). En este sentido la STS 999/2007 de 26.11 con cita de la STS. 939/98 de 13.7 , ya recordaba que "el principio *in dubio pro reo* no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio *in dubio pro reo* sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al Tribunal que dude, ni para pedir a los jueces que no duden. La duda del Tribunal, como tal, no es una cuestión revisable en casación, dado que el principio *in dubio pro reo* no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda (SSTS 1186/1995, 1 de diciembre , 1037/1995, 27 de diciembre).

Pues bien en modo alguno la Sala de instancia refleja un razonamiento que, pese a dudar de la autoría del recurrente de un delito del art. 368 CP , la mera lectura de la sentencia pone de relieve, por el contrario, el firme convencimiento de dicha autoría.

NOVENO: El motivo noveno por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ . y art. 852 LECrim . por vulneración de la obligación de motivación de las sentencias recogida en el art. 120.3 CE . en relación a la individualización de la pena, pues cuanto el Tribunal "a quo" no ha ponderado la determinación de la pena del recurrente, pues si bien argumente para fijar la pena en la mitad inferior, a la hora de imponer dentro de ésta la pena utiliza un argumento para agravar la pena arbitrario y carente de justificación cual es la apreciación de que Carlos Francisco ostenta el papel de suministrador principal al remitir la sustancia desde la Península hasta Las Palmas de Gran Canaria.

Como hemos dicho en SSTs, 919/2010 de 14.1 0 0 , 665/2009 de 24.6 , y 620/2008 de 9.10 , el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero .

"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E ., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E . --conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo ; 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003 de 10 de Febrero ; 170/2004, de 18 de Octubre ; 76/2007, de 16 de Abril).

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

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

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

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE . ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87 , 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTs. 976/2007 de 22.11 , 349/2008 de 5.6 , que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal , cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, nº 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

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

En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley.

Ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena, caben tres posibles remedios, como recuerda, entre otras, la STS. 13.3.2002 :

a) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;

b) Subsana el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien

en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada.

c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ. en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 (" *en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso , salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funciona l o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal*"). La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP . y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado. En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena.

En el caso presente la Sala de instancia, fundamento jurídico séptimo individualiza la pena con arreglo a los criterios establecidos en la regla 6ª del art. 66.1 CP . y valorando que todos carecen de antecedentes penales así como el peso y grado de pureza de las sustancias estupefacientes, objeto del delito, estima proporcionado fijar la pena en la mitad inferior, y dentro de esta, al hoy recurrente Carlos Francisco al considerar que ostenta un papel de suministrador principal, al remitir la sustancia desde la Península hasta las Palmas de Gran Canaria, la pena de 9 años y 6 meses prisión -la mitad dentro de esta mitad inferior (3 a 6 años prisión)-.

Consecuentemente no puede hablarse de falta de motivación y la exasperación punitiva -1 año y 6 meses- sobre el mínimo imponible justificada dada su concreta actuación remitiendo por mensajería un paquete con 965,3 gramos de anfetaminas.

RECURSO INTERPUESTO POR Juan María

DECIMO: El motivo primero por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECrim. por haberse incurrido en error en la apreciación de la prueba, al admitirse como prueba de cargo la aprehensión de sustancia estupefaciente y el informe de su análisis, no viciada de nulidad. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de precepto constitucional en relación con lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . por referencia al art. 24.2 CE .

Con independencia del planteamiento inadecuado del recurso al incluir en un solo motivo dos distintas denuncias casacionales, con infracción de lo preceptuado en el art. 874 LECrim . en orden a los requisitos de forma que deben rodear el escrito de formalización del recurso, en concreto que las diferentes razones de impugnación deben estar rodeadas como motivos diferentes, que se presentaran debidamente separados y numerados, lo que imposibilita que se junten diversas impugnaciones en un mismo motivo, dado que lo pretendido en el recurso es que la declaración de nulidad del auto de 26.12.2007 que acordó la intervención, grabación y escucha de determinados números de teléfonos y de todas las pruebas derivadas de dicha resolución, se extienda, en virtud de la denominada conexión antijurídica, a la aprehensión de la sustancia estupefaciente en la detención del recurrente y, por consiguiente, al informe de la sustancia emitida por el Área de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno y a su ratificación en el juicio por el perito; y a las declaraciones de contenido autoincriminatorio prestadas por el recurrente en fase de instrucción y en el plenario, lo que realmente se denuncia es la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, infracción de precepto constitucional, y en tal sentido debe ser analizado el motivo.

El reconocimiento de la lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se pueda proponer prueba -entre estas el análisis a la misma- porque haya de operarse como si el mismo no hubiera sucedido. Por ello, la pretensión acusatoria puede fundarse en el relato fáctico que parta de su existencia.

En consecuencia, incluso cuando la nulidad sea declarada previamente al juicio oral o al comenzar sus sesiones, puede preguntarse al acusado sobre ella.

En efecto debemos recordar la doctrina de esta Sala, mantenida, entre otras, en sentencias 416/2005 de 31.3 , 261/2006 de 14.3 , 25/2008 de 29.1 , 1045/2009 de 4.11 , 1183/2009 de 1.12

, al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscrición del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4 , entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

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

c) Por ultimo, y esto es lo mas determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

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

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

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

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9 , que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ ., de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias

estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuricidad entre la prueba prohibida y la derivada.

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

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

Por otra parte se ha mantenida la desconexión de antijuricidad por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración de autoincriminatoria, no solo de acusado en plenario (SSTC. 136/2006 de 8.5 , 49/2007 de 12.3) sino incluso de imputado en instrucción (SSTC. 167/2002 de 18.9 , 184/2003 de 23.10) "en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas". En igual dirección esta Sala, STS. 1129/2006 de 15,11, ha precisado que "En consecuencia, en las condiciones antes descritas, la confesión de los hechos por parte del imputado o acusado, que puede obedecer a distintas causas, debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece, y cuyas consecuencias debe asumir. Es posible, por lo tanto, valorar tal declaración como prueba de cargo válida, en tanto que desvinculada de la prueba ilícita", y STS. 812/2006 de 19.7 "A este respecto, conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 8/2000, de 17 de enero), ha declarado que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba que puedan considerarse *jurídicamente* independientes de la prueba contaminada, aun cuando estuvieran ligados a ella en el plano de la causalidad *material* . Un supuesto de este género es el que concurre cuando, por ejemplo, lo conocido inicialmente a través de una interceptación telefónica ilegítima, tiene luego válido acceso al juicio y al conocimiento judicial merced a la confesión de los acusados, que hubieran aceptado que, en efecto, los hechos postulados como tales por la acusación habían tenido ciertamente lugar.

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

Ciertamente puede no ocurrir lo mismo cuando se trata de declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho cuya existencia se ha obtenido con la prueba que luego se declara constitucionalmente ilícita. En esos casos, tanto si la declaración es policial como si es sumarial, la existencia del objeto obtenido ilícitamente condiciona la declaración del imputado, que tiende naturalmente a organizar su defensa partiendo de una realidad que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar. En algunos casos, en el momento en que se le recibe declaración ni el imputado ni su defensa han tenido oportunidad de conocer las condiciones en las que tal objeto ha sido conocido, obtenido e incorporado su existencia al proceso. Por ello, es preciso un examen

detenido de cada casa para determinar si puede afirmarse que la confesión realizada lo fue previa información y con la necesaria libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad se declara posteriormente.

DECIMO PRIMERO: Situación que sería la contemplada en las presentes diligencias, tal como recoge la sentencia impugnada, fundamento jurídico tercero, apartado c) dado que este acusado en la declaración prestada en fase de instrucción reconoció que la sustancia que le fue intervenida en la gasolinera de la B.P. en el Sur (de Gran Canaria) era suya y exculpando a su compañera sentimental Covadonga . Es cierto que en el plenario este acusado se negó a contestar a las preguntas que se le efectuasen, salvo a las de su abogado defensor, siendo su anterior declaración introducida en el plenario por su lectura a instancia del Ministerio Fiscal, quien interesó se hiciera constar en el acta si dicho acusado "reitera" lo que dijo en instrucción: que era cierta la entrega y que Covadonga no sabía nada", por al hacer uso del derecho a la última palabra, Juan María reconoció que fue él la persona que recibió la bolsa conteniendo anfetaminas y no su compañera sentimental la coacusada D^a Covadonga , manifestado: "que no es cierto que su mujer cogiera la bolsa, que la persona la primera vez le da la muestra, que la bolsa se la dan a él y no a Covadonga , que ella fue a comprar tabaco".

En este extremo se ha considerado por la doctrina como una de las manifestaciones más expresivas y genuinas de la autodefensa el llamado "derecho a la última palabra" del art. 739 LECrim . que se inscribe plenamente en el derecho de defensa, en cuanto es la oportunidad procesal para corregir cualquier olvido o error, o matizar hechos o afirmaciones barajadas en el curso del juicio (SSTC. 65/2003 de 7.4, 207/2002 de 11.11).

También este Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este extremo. Así en STS. 9.6.2003 se dice: "...es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario, la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate público y contradictorio que constituye la esencia del juicio oral. El acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación".

La STS. 669/2006 de 14.6 insiste en que "el art. 739 LECrim . abre para el acusado la posibilidad de expresar, directamente y sin mediación alguna, las alegaciones que estime pueden contribuir al más eficaz ejercicio del derecho de defensa, matizando, completando o rectificando, en su caso, los hechos y los argumentos expuestos por su Letrado; **y al mismo tiempo, permite eventualmente que el Tribunal incorpore, a los elementos que debe apreciar en conciencia según el art. 741 de la misma Ordenanza Procesal, algunos que, siendo dignos de advertencia y reflexión, hubiesen sido omitidos en la actuación del Letrado...**"

La STC. 93/2005 de 20.4 alude la posibilidad de confesión en éste tramite "...por su parte, en relación con el derecho de última palabra, hemos indicado en la STC 181/1994, de 20 de junio , F. 3, que «el derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente [arts. 6.3 c) y 14.3 d) del Convenio y del Pacto más arriba reseñados] en la medida en que lo regulen las Leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. Es el caso que la nuestra en el proceso penal (art. 739 LECrim . ofrece al acusado el "derecho a la última palabra" (STS. de 16 de julio de 1984 , por sí mismo, no como una mera formalidad, sino ... por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado **al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones** o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio».

Consecuentemente se trata de manifestaciones del recurrente que corroboran la admisión de los hechos realizada en la instrucción y efectuadas en el plenario, con plena información de sus derechos constitucionales y que, en cuanto desconectados de la ilicitud de la intervención telefónica, son aptas como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

DECIMO SEGUNDO: Respecto a las alegaciones de los recurrentes al evacuar el traslado conferido en virtud de diligencia de ordenación de 13.12.2010, derivada de la entrada en vigor de la LO. 5/2010 de 12 junio, por la que se modificaron diversos artículos del Código Penal, y en concreto el art. 368 CP . estableciendo en relación a sustancias o productos que causan grave daño a la salud, una penalidad, en cuanto a la pena de prisión de 3 a 6 años, en lugar a la anterior de 3 a 9 años, reducción del límite máximo con la consiguiente incidencia en la determinación de las mitades inferior y superior y solicitando, en base a ello, la imposición de la pena de 3 años prisión, debemos partir de que en el supuesto en que nos encontramos no se trata de la revisión de una pena firme, sino en el trámite de un recurso de casación, en el que puede y debe procederse a una nueva individualización de la pena, teniendo en cuenta los propios factores y criterios expuestos en la resolución recurrida.

Siendo así el Tribunal *a quo* conforme se ha expuesto en el motivo precedente, motiva la imposición de las penas a ambos acusados en la mitad inferior, que, conforme a la anterior regulación, comprendería un marco penológico de 3 a 6 años prisión y dentro de esa penalidad impone la de 4 años y 6 meses a Carlos Francisco , y 4 años a Juan María penas que, respectivamente, se corresponderían con la mitad y la tercera parte de aquel marco penológico.

Es cierto que estas penas estarían compartidas en la actual regulación en la mitad inferior, 3 a 4 años y 6 meses prisión, pero no serían congruentes con la facultad discrecional del tribunal de instancia y los factores de individualización que expuso que le llevaron a considerar proporcionada su imposición en la mitad y tercera parte de la mitad inferior.

Por tanto, en aplicación de esos mismos criterios las penas resultantes conforme a la nueva penalidad, serían 3 años y 9 meses para Carlos Francisco y 3 años y 6 meses para Carlos, estimándose en este sentido las alegaciones de las partes.

DECIMO TERCERO: Estimándose parcialmente los recursos las costas se declaran de oficio, art. 901 LECrim .

FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **Carlos Francisco y Juan María** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1ª, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública; y en su virtud **CASAMOS Y ANULAMOS** parcialmente la mentada resolución, dictando nueva sentencia más conforme a derecho, con declaración de oficio de las costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Juan Saavedra Ruiz D. Andres Martinez ArrietaD. Miguel Colmenero Menendez de LuarcaD. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Siro Francisco Garcia Perez**