

quepa reparar la indefensión sufrida». En tales casos antes de acudir en amparo debe solicitarse en la vía ordinaria «el incidente de nulidad previsto en el art. 240.3 LOPJ, sin cuyo requisito la demanda de amparo devendrá inadmisibile, conforme a los arts. 44.1 a) y 50.1 a) LOTC, por falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial» (SSTC 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 3, y 74/2003, de 23 de abril, FJ 2, entre otras muchas). Fuera de estos supuestos, por el contrario, la interposición de un remedio excepcional como es el incidente de nulidad de actuaciones deviene en general un recurso manifiestamente improcedente, en especial, cuando se inadmite a limine por incumplimiento de los requisitos de procedibilidad exigidos por el art. 241 LOPJ (anterior art. 240.3 LOPJ).

4. Pues bien, de conformidad con la regulación legal del incidente de nulidad de actuaciones resulta evidente que, en ningún caso, este remedio es factible para alegar una supuesta vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), como se pretendía en el incidente de nulidad de actuaciones. Pero tampoco lo es respecto a las quejas que se esgrimían en ese mismo escrito al amparo del derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 CE).

En efecto, ello es claro en relación con la queja del derecho a la prueba que se alegaba porque, a su juicio, la doctrina aplicada era contraria a una correcta interpretación constitucional. También lo es en la queja sobre la vulneración del derecho al acceso al recurso legal. Y lo mismo debe afirmarse respecto a la falta de motivación que se imputaba a la Sentencia de apelación y que, aunque se articula en la demanda de amparo como una «incongruencia interna» de la Sentencia, tan sólo constituye un defecto de motivación y no de incongruencia (STC 140/2006, de 8 de mayo, FJ 2 y las numerosas que cita), al ceñirse la incongruencia a un «desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido» (STC 194/2005, de 18 de julio, FJ 2, y las que cita), que no ha ocurrido en el caso que nos ocupa.

Las quejas referidas, así pues, no resultaban subsumibles, por sí mismas y tal y como se planteaban en el escrito de nulidad, en ninguno de motivos previstos en el precepto legal (ni el art. 240.3 LOPJ ni el actual art. 241 LOPJ), por lo que la demanda debe ser inadmitida y este Tribunal no puede ahora entrar a conocer del fondo de las mismas. Y ello aun cuando los defectos procesales no hayan sido advertidos en fase anterior al trámite previsto en el art. 50 LOTC y sólo se hayan apreciado a la vista del conjunto de las actuaciones, pues es constante nuestra jurisprudencia afirmando que los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados porque el recurso haya sido inicialmente admitido a trámite, de forma que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción pueden reabordarse o reconsiderarse en la Sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar a un pronunciamiento de inadmisión por la falta de tales presupuestos, sin que para ello constituya obstáculo el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el art. 53 LOTC (por todas, SSTC 146/1998, de 30 de junio, FJ 2; y 32/2002, de 11 de febrero, FJ 2)» (STC 204/2005, de 18 de julio, FJ 2).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir la demanda de amparo de don Jacinto Roca Martín.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecisiete de julio de dos mil seis.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijos.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

14884 *Sala Segunda. Sentencia 238/2006, de 17 de julio de 2006. Recurso de amparo 3042-2004. Promovido por don Vicente-José Rodrigo Castellar y otro frente a las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Granada que le condenaron por delito contra la salud pública.*

Supuesta vulneración de los derechos a la prueba, la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia: falta de acreditación de la pureza de la droga aprehendida que ya fue reparada en el recurso de casación; condena fundada en prueba de cargo acerca de la identificación de la cocaína.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijos, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3042-2004, promovido por don Vicente-José Rodrigo Castellar y don Bernardo Gil Bodón, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Muñoz González y asistidos por el Letrado don Carlos Colomer Pellicer, contra las dos Sentencias dictadas, la primera, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada en el rollo núm. 111-2001, de fecha 11 de septiembre de 2002 y, la segunda, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 4 de marzo de 2004, en el recurso de casación núm. 2753-2002, ambas condenatorias por la comisión de un delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 13 de mayo de 2004, doña Elena Muñoz González, Procuradora de don Vicente-José Rodrigo Castellar y don Bernardo Gil Bodón, interpuso recurso de amparo contra las dos Sentencias indicadas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta el presente recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Guadix se incoaron las diligencias previas núm.

337-2001, luego transformadas en el sumario núm. 2-2001, por delito contra la salud pública cuyo enjuiciamiento correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada. Dicha Sala condenó a los dos acusados, mediante Sentencia de 11 de septiembre de 2002, al considerarlos autores de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia (arts. 368, 369.3 y 374.1 CP), con la concurrencia de la circunstancia atenuante de actuación a causa de su grave adicción a las drogas, a las penas, a cada uno de ellos, de prisión en cuantía de nueve años y seis meses con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a la de multa en cuantía de 55.717 euros, sin responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, quedando decomisada la droga intervenida, y al pago, por mitad, de las costas procesales.

La indicada Sala consideró probados los siguientes hechos: «sobre las 23:50 horas del día 13 de mayo de 2001, a la altura del km. ... fueron detenidos Vicente José Rodrigo Castellar y Bernardo Gil Bodón, quienes, a bordo del turismo. que Vicente José había alquilado, transportaban un paquete que contenía 948 gramos de cocaína, con una pureza del 88,5 % y un valor en el mercado de 55.717 euros. Dicha sustancia estaba destinada a ser vendida a terceros. Vicente José y Bernardo son adictos al consumo de cocaína».

El Tribunal *a quo* estimó acreditada la naturaleza, pureza y peso neto de la sustancia intervenida gracias al análisis químico realizado en la fase de instrucción por un laboratorio oficial (concretamente por la dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Málaga). Dicho dictamen pericial químico fue introducido en el juicio oral como documental, con la oposición de las defensas de los acusados, y valorado como prueba de cargo a pesar de que el perito autor del dictamen no fuera llamado a declarar, para su ratificación, en el juicio oral por el Ministerio Fiscal (única parte acusadora) y pese a que las defensas solicitaran una pericial química contradictoria a realizar por dos analistas adscritos al Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla, dependiente del Ministerio de Justicia, para que determinarían: «a) si la sustancia objeto de análisis es estupefaciente, especificando cual es la naturaleza de la misma en su caso; b) de ser estupefaciente, se determine si se encuentra mezclada con otros componentes no estupefacientes, concretando en su caso, porcentualmente, la pureza y concentración de la que sea estupefaciente.» Las defensas consideraron pertinente dicho medio de prueba pues era el idóneo para «determinar la aplicación del subtipo tipo agravado del art. 369 núm. 3 por el que dirige acusación el Ministerio Fiscal». Se solicitó, además, que los dos peritos fueran citados al acto del juicio oral en el que debían ratificarse o no en el informe emitido y responder a cuantas cuestiones pertinentes les fueran formuladas respecto del mismo. Mediante Auto de 25 de junio de 2002 la Sala *a quo* denegó la práctica de la prueba pericial química contradictoria solicitada al no ser pertinente, pues en las actuaciones ya existe un análisis practicado por un organismo oficial «sin que conste razón alguna por la que hubiera de sospecharse que tales resultados no reflejan la realidad: de hecho las defensas de los procesados en modo alguno los cuestionan en sus calificaciones provisionales». Las defensas formularon el correspondiente protesto a los efectos del art. 850.1 LECrim y así quedó recogido en la providencia de 10 de julio de 2002 dictada por la indicada Sala de Granada.

b) Los condenados interpusieron recurso de casación que fue parcialmente estimado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo mediante Sentencia de 4 de marzo de 2004. En lo que aquí interesa, el primer motivo del recurso, que era común a ambos recurrentes, denunciaba la vulneración del derecho fundamental a la presunción de

inocencia, al haber sido condenados «sin la existencia de prueba de cargo, sobre el elemento objetivo del tipo, la naturaleza, cualidad (pureza) y cantidad de la sustancia aprehendida»; y el segundo motivo, también común a los recurrentes, denunciaba la lesión del art. 24.2 CE «por quebrantamiento de forma consistente en la negativa por parte del Tribunal a la práctica de una diligencia probatoria que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente. En nuestro escrito de defensa ... interesamos la práctica, con carácter anticipado al juicio oral, de una prueba pericial química contradictoria al informe analítico de la sustancia aprehendida obrante en autos», medio de prueba desestimado por Tribunal *a quo* mediante Auto de 25 de junio de 2002, contra el cual se formuló protesto a efectos casacionales.

El Tribunal Supremo lo estimó parcialmente el primer motivo antes expuesto en el primer fundamento de derecho de la indicada Sentencia, en los siguientes términos:

«Comprobamos que sobre la existencia de la sustancia tóxica el tribunal tuvo en cuenta una profusa actividad probatoria que parte de la testifical de los guardias civiles que intervinieron en la detención y las propias declaraciones de los acusados, tanto en el procedimiento como en juicio oral donde los acusados admiten la intervención de la sustancia tóxica. El conocimiento de su llevanza aparece correctamente explicado en la sentencia impugnada que parte de la admisión del coimputado Bernardo durante la instrucción de los hechos, del intento de escapar en el vehículo conducido por Vicente cuando la guardia civil los había detenido, y del hecho de que la bolsa que alojaba el kilogramo de cocaína fuera abierta en el coche para su consumo por los dos acusados.

Que se trataba de una importante cantidad de sustancia tóxica resulta acreditado por la prueba valorada y anteriormente expuesta, con particular relevancia al hecho de que la sustancia fue vista por los acusados, abierta y dispuesta en una pequeña cantidad.

Ahora bien, como los recurrentes exponen en la impugnación, en el juicio oral no se practicó la pericial que se había solicitado para la determinación de la pureza de la sustancia intervenida y que es relevante para la acreditación del tipo agravado de la notoria importancia, a partir de los 750 gramos de cocaína expresadas al cien por cien de su pureza.

La prueba pericial documentada en el procedimiento puede acreditar el hecho sobre el contenido de la pericia cuando las partes asumen sus conclusiones y deciden incorporarlas al enjuiciamiento a través de la documental.

No fue este el supuesto del enjuiciamiento las defensas cuestionaron la pericial y solicitaron un segundo análisis para comprobar la pureza de la sustancia intervenida, lo que es pertinente para conformar la agravación en los términos señalados.

El tribunal de instancia refiere para la denegación de la pericial, y de la suspensión del juicio oral, la jurisprudencia de esta Sala sobre las periciales emitidas por laboratorios públicos que no requieren su realización por dos peritos, dado el reparto de funciones en este tipo de pruebas analíticas, ni la ratificación en el juicio oral cuando las partes se remiten a la practicada en el sumario, transformando en documental lo que debe ser acreditado por pericial.

En el presente procedimiento, la defensa solicitó una nueva pericial para la acreditación de la pureza de la sustancia tóxica que era relevante a los efectos de la aplicación del tipo agravado por la notoria importancia.

La ausencia de una actividad probatoria en la determinación de la pureza de la sustancia objeto del tráfico supone la falta de acreditación del presupuesto de la notoria importancia, art. 369.3 del Código Penal, que será suprimido en la segunda sentencia, manteniendo la condena por el delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud».

Finalmente, respecto del segundo motivo de impugnación, el Tribunal afirmó en el segundo de los fundamentos jurídicos que carecía de contenido casacional: «dada la estimación del formalizado en primer lugar, que ha sido estimado y frente al que la formalización *pro forma* es subsidiaria. La nulidad del enjuiciamiento y de la sentencia, que se solicita al amparo de los quebrantamientos de forma de los arts. 850.1 y 851.3 serían una medida desproporcionada a la impugnación realizada y estimada al interponer el motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia».

El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso y dictó nueva Sentencia condenatoria contra los recurrentes por la comisión de un delito contra la salud pública, concurriendo la circunstancia de atenuación de drogadicción, a la pena, a cada uno de los acusados, de cinco años y seis meses de prisión, accesorias y a la multa de 55.000 euros a cada uno. En el fundamento de Derecho primero se aceptaron los antecedentes de hecho de la Sentencia dictada por la Sala de Granada, y en el segundo se afirmó: «En atención a la cantidad portada, casi un kilogramo de cocaína, que ha de ser tenida como importante aunque no notoriamente importante al no resultar acreditado la expresión de la pureza, estimamos proporcionada la pena de 5 años y 6 meses de prisión, penalidad que no supera la mitad inferior prevista en el tipo que debe ser imputada al concurrir una circunstancia de atenuación».

3. Los recurrentes basan su demanda de amparo contra las dos Sentencias citadas en dos motivos de impugnación. El primero de ellos se funda en la lesión del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE). En opinión de los recurrentes, al haber sido detenidos y acusados por poseer una bolsa que contenía un paquete en cuyo interior había una sustancia que, tras haber sido analizada por el laboratorio oficial de la dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, fue identificada como cocaína, al 88,5 por 100 de pureza y con un peso neto de 948 gramos, el único medio de prueba que permitía desvirtuar el resultado probatorio de dicho análisis era otro medio de prueba pericial química. Así lo solicitaron en sus respectivos escritos de defensa, es decir, propusieron al Tribunal *a quo* una «pericial química contradictoria» para que se practique «nuevo» análisis acerca del carácter estupefaciente, en su caso, la naturaleza de la misma y, finalmente, su pureza y concentración. La idoneidad y pertinencia de dicho medio de prueba, según se afirma en dicho escrito de defensa, se deduce, de un lado, de que tal prueba «sería realizada por el "Instituto Nacional de Toxicología" (órgano técnico específico adscrito al Ministerio de Justicia según el art. 505 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)» y, de otro, por estar orientado «a determinar la aplicación del subtipo agravado del art. 369 núm. 3 por el que dirige acusación el Ministerio Fiscal».

El Auto de 25 de junio de 2002 dictado por la Sala de Granada desestimó la prueba pericial contradictoria al no considerarla pertinente, pues ya existía en las actuaciones una pericial química también realizada por un laboratorio oficial «sin que conste alguna razón por la que hubiera de sospecharse que tales resultados no reflejan la realidad: de hecho las defensas de los procesados en modo alguno los cuestionan en sus calificaciones provisionales». Contra esa resolución se formuló el oportuno protesto a los efectos casacionales. A pesar de todo ello el Tribunal *a quo* condenó a los recurrentes dando por válido como prueba de cargo el informe toxicológico que había sido practicado en la instrucción.

El segundo motivo denuncia la vulneración de los derechos fundamentales a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2

CE), por cuanto la condena ha sido formulada sin la concurrencia de prueba de cargo alguna: si, por un lado, las defensas negaron los hechos y, en tiempo y forma, impugnaron el ya citado informe pericial sumarial, proponiendo como contrainforme una nueva pericial química, y, por otro lado, la acusación pública se limitó a solicitar la introducción del indicado informe sumarial como documental sin pedir la comparecencia del perito al acto del juicio oral para su ratificación y contradicción, no ha existido prueba de cargo constitucionalmente válida para enervar la presunción de inocencia respecto del carácter estupefaciente de la sustancia intervenida, ni, menos aún, de su pureza y peso neto. Los recurrentes sostienen que han sufrido los efectos negativos que se derivan de la falta de prueba de un hecho constitutivo de la pretensión, sin que les sea imputable esa carencia probatoria, ya que hicieron todo cuanto procesalmente estaba a su alcance para acreditar la atipicidad de su conducta, y porque «la impugnación de la pericial sumarial hacía necesaria la práctica de la prueba correspondiente en el acto del juicio oral y su no realización en este acto determina que haya de considerarse no acreditado este extremo en el presente proceso: que el paquete aprehendido a don Vicente José Rodrigo Castellar contenía 948 gramos de cocaína de una pureza del 88,5 por 100». Es cierto que este hecho fue reconocido por el Tribunal Supremo en su Sentencia parcialmente estimatoria del recurso de casación, pero, «establecer erróneamente como única consecuencia jurídica la supresión de la agravante de notoria importancia» también lesionó su derecho a la presunción de inocencia, puesto que, «no existiendo prueba de cargo obtenida con todas las garantías y practicada en el juicio oral, sobre el elemento del tipo delictivo imputado a nuestro mandante, esto es, sobre si la sustancia que le fue incautada es o no droga, cocaína, y habiéndose impedido al acusado la posibilidad de hacer a través de la oportuna prueba pericial química, el mismo no puede ser considerado autor del delito por el que ha sido condenado».

4. La Sala Segunda de este Tribunal, mediante providencia de 10 de febrero de 2005, acordó la admisión a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales competentes para la remisión de certificación o fotocopia averada de las actuaciones, así como el emplazamiento a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de los demandantes, para que, si lo desearan, pudiesen comparecer, en el plazo de diez días, en el presente recurso de amparo.

En la misma fecha se dictó otra resolución acordando formar pieza para la tramitación del incidente sobre suspensión y conceder tres días de plazo a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que aleguen lo pertinente. El recurrente reiteró su petición de suspensión, a la que no se opuso el Fiscal, pues la pena imputada es inferior a cuatro años y seis meses (una vez descontado el poco más de un año de la prisión provisional de los recurrentes). La Sala, mediante Auto de 4 de abril de 2005, acordó la suspensión, exclusivamente, de la pena privativa de libertad y de las accesorias legales.

5. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, de fecha 19 de mayo de 2005, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52.1 LOTC.

6. Los recurrentes presentaron sus alegaciones mediante escrito registrado el 20 de junio de 2005, en el que ratificaban íntegramente el contenido de su escrito de demanda.

7. El Ministerio Fiscal, mediante escrito de alegaciones registrado el 22 de junio de 2005, interesó la desestimación de la demanda. Tras el análisis de los hechos y del contenido constitucional del recurso de amparo, comienza recordando lo afirmado por la STC 165/2004, FJ 3, sobre el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, que es el primero de los motivos del presente recurso, para luego sostener que los demandantes han incumplido la carga de acreditar que, de haberse practicado la prueba pericial química contradictoria inadmitida por el Tribunal a quo, el resultado del fallo hubiera sido otro: «en efecto obra en las actuaciones un análisis químico de idénticas características al que fue solicitado para contradecirlo por los demandantes. A tal análisis químico obrante en las actuaciones, que pese a lo afirmado en la demanda no fue impugnado por los demandantes, no se le imputa reproche alguno respecto de las técnicas utilizadas y resultado obtenido, no fluyendo que de un nuevo análisis se pudieran obtener resultados químicos diversos a los arrojados por el existente, sobre cuya corrección científica nada se esgrime, formulando sus quejas frente al mismo basados en aspectos meramente procesales, tales como su no ratificación en el plenario».

Tampoco considera el Ministerio Fiscal que la segunda y última de las quejas deba ser amparada, puesto que no se ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia. Recuerda que, según los recurrentes, la base de la queja para alegar la indicada lesión consiste en la ausencia de valor probatorio de la pericial química sumarial, por falta de ratificación, o sometimiento a contradicción en el plenario, y la inexistencia de un nuevo dictamen de idénticas características, con su correspondiente ratificación. Sin embargo, subraya el Fiscal, que la Sentencia de casación ahora impugnada ha tenido por acreditada la naturaleza estupefaciente de la sustancia aprehendida: «en virtud de una pluralidad de probanzas, por completo ajenas al dictamen pericial químico obrante en las actuaciones, cabiendo añadir a lo dicho por la Sala de casación, que uno de los demandantes en amparo había calificado de modo subsidiario los hechos como constitutivos de un delito básico contra la salud pública. Si la naturaleza de la sustancia aprehendida así como su cuantía, está acreditada por una multitud de probanzas, si el análisis químico de la misma ha constatado con rotundidad esa naturaleza, si a tal análisis no se le reprocha irregularidad de ninguna índole en cuanto a las pautas seguidas para su realización y resultado obtenido, habiéndose los demandados abstenido de su impugnación, y no exponiendo en la demanda las razones por las que se sostiene que un nuevo análisis debiera o siquiera pudiera haber arrojado un resultado analítico diverso respecto a la sustancia de que se trata, que ambos demandantes consumidores expertos de la misma habían probado con profusión constatando su naturaleza es claro que la carga de argumentar que el resultado del fallo hubiera podido ser tal vez otro, aparece totalmente omitida en la demanda por lo que la queja no puede ser atendida. Apareciendo acreditada la naturaleza de la sustancia y su cuantía por una multitud de probanzas obtenidas, con plena regularidad procesal y sometidas a contradicción en el plenario, no habiéndose tenido en cuenta para ello prueba alguna a lo que el demandante impute irregularidad de ninguna índole, es claro que inexistente el vacío probatorio en el que sustenta la vulneración del derecho a la presunción de inocencia».

8. Por providencia de 13 de julio se señaló para la deliberación y fallo el día 17 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Tal y como ha quedado reflejado con mayor detenimiento en los antecedentes, los recurrentes en amparo solicitan la anulación de las Sentencias dictadas, la primera, por la Audiencia Provincial de Granada, que les condenó por el delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia a una pena privativa de libertad de nueve años y seis meses de prisión y multa de 55.717 euros y, la segunda, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que, aun cuando estimó parcialmente el recurso de casación por ellos interpuesto y suprimió la aplicación del subtipo agravado de la notoria importancia, mantuvo el sentido condenatorio del fallo, si bien con una reducción de la pena privativa de libertad a cinco años y seis meses de prisión. Ambos Tribunales aplicaron la circunstancia atenuante de drogadicción en la comisión de los hechos por los recurrentes.

Los demandantes alegan que dichas resoluciones judiciales han vulnerado sus derechos fundamentales a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (todos ellos consagrados en el art. 24 CE), al no existir prueba de cargo obtenida con todas las garantías y practicada en el juicio oral sobre el elemento del tipo delictivo imputado, esto es, sobre si la sustancia que les fue incautada es o no droga (cocaína), habiéndoseles impedido acreditar lo contrario a través de la pertinente prueba pericial química contradictoria, propuesta en tiempo y forma e inconstitucionalmente inadmitida por el Tribunal a quo. Por lo tanto, al no haberse podido acreditar la existencia del elemento objetivo del tipo (el carácter estupefaciente de la sustancia aprehendida), no pueden ser considerados autores del delito por el que han sido condenados.

La tesis de los actores no es, sin embargo, compartida por el Ministerio Fiscal, que interesa la desestimación del amparo solicitado por aquéllos a este Tribunal. En cuanto al primer motivo, considera que los demandantes han incumplido la carga de alegar el modo en que la admisión y práctica del medio de prueba inadmitido habría podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; máxime cuando obra en las actuaciones un análisis químico de idénticas características al que fue solicitado para contradecirlo por los demandantes que, pese a lo afirmado en la demanda, no fue impugnado por los recurrentes, ni fue objeto de reproche alguno respecto de las técnicas utilizadas y del resultado obtenido, no fluyendo que de un nuevo análisis se pudieran obtener resultados químicos diversos a los arrojados por el existente, sobre cuya corrección científica nada se esgrime, formulando sus quejas frente al mismo en aspectos meramente procesales, tales como su no ratificación en el plenario. Y, respecto del segundo motivo, considera que ha existido abundante prueba de cargo distinta de la cuestionada pericial química sumarial que acredita el carácter estupefaciente de la sustancia intervenida por los agentes de la Guardia civil.

2. El primer y segundo motivo del recurso de amparo, apoyados respectivamente en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) y en el derecho a la efectividad de la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE), deben ser enjuiciados primera y conjuntamente. Ello es así, tanto porque los propios recurrentes los entremezclan en su demanda, como porque, como tantas veces se ha dicho por este Tribunal, la eventual vulneración del derecho a la prueba requiere como presupuesto indispensable que la inadmisión del medio probatorio propuesto por decisión del órgano judicial haya supuesto para el demandante de amparo una efectiva situación de indefensión material, toda vez que la garantía constitucional contenida en el

art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba omitida es «decisiva en términos de defensa» (SSTC 25/1991, de 11 de febrero, FJ 2; 33/1992, de 18 de marzo, FJ 6; 219/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 10/2000, de 17 de enero, FJ 4; 129/2005, de 23 de mayo, FJ 3).

Sabido es que el apartado segundo del art. 24 CE, al reconocer como derecho fundamental el derecho a la prueba, no lo consagra con carácter absoluto, entendido como un «hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer» (cfr. la mencionada STC 129/2005, de 23 de mayo, FJ 4, con su abundante cita jurisprudencial en este mismo sentido), sino limitado por la pertinencia de los medios de prueba propuestos o, lo que es lo mismo, por la necesaria relación que ha de existir entre la prueba solicitada para esclarecer el hecho controvertido por las partes y el *thema decidendi*. Es preciso, además, que la prueba se haya propuesto en el tiempo y en la forma legalmente previstos, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el Ordenamiento. Corresponde a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de los medios de prueba propuestos por las partes, de modo que a este Tribunal tan sólo le corresponde el control de las resoluciones dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o con una explicación carente de razón, o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable, o cuando la falta de práctica del medio de prueba propuesto y admitido sea imputable al órgano judicial.

Es, por último, necesario que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente o lo que es lo mismo, que sea «decisiva en términos de defensa», lo que exige que el actor haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la alegación recae sobre los demandantes de amparo. La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte el demandante ha de razonar en esta vía de amparo la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; de otra deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podía haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, quizá, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido y practicado, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo.

3. La aplicación de la indicada jurisprudencia al presente caso produce, como consecuencia, la desestimación de los dos primeros motivos.

En primer lugar, porque los recurrentes denuncian una lesión inexistente, pues ya fue restablecida en la vía judicial previa por la Sentencia del Tribunal Supremo. De la lectura de los fundamentos de Derecho primero y segundo de la indicada Sentencia [*vide* el núm. 2, letra b), de los antecedentes] se desprende que este preciso motivo ya fue invocado en el recurso de casación y estimado por el citado Alto Tribunal, lo que provocó la anulación de la Sentencia recurrida y una notable reducción de la pena impuesta por el Tribunal *a quo* al inaplicar el subtipo agravado de la notoria importancia por la falta de acreditación de la pureza de la cocaína aprehendida debido a la expulsión del acervo probatorio de la prueba sumarial anticipada (el discutido dictamen emitido por un laboratorio oficial sobre el carácter estupefaciente de la sustancia intervenida, sobre su pureza y peso neto). En efecto, los ahora demandantes de amparo propusieron en sus escritos de defensa como medio de prueba una nueva «pericial química contradictoria» cuyo único propósito

era contradecir la mencionada prueba pericial sumarial anticipada. Sin embargo a la hora de justificar la pertinencia de dicha prueba no la circunscribieron al tema de la naturaleza de la sustancia intervenida, sino al específico fin de «determinar la aplicación del subtipo agravado del art. 369 núm. 3 por el que dirige acusación el Ministerio Fiscal», esto es, a cuestionar la antes mencionada agravación de la pena por la notoria importancia de la cantidad droga decomisada; y así lo volvieron a recordar en el escrito de interposición del recurso de casación al subrayar que: «teniendo en cuenta que si fuera cierto el resultado del análisis sumarial, sólo se sobrepasaba en unos gramos el subtipo agravado del art. 369.3 CP, este extremo podría ser discutido y modificado únicamente mediante una prueba pericial contradictoria, la cual solicitamos fuera practicada por un organismo independiente».

En segundo y último lugar, los demandantes de amparo, a pesar de haber obtenido una Sentencia parcialmente estimatoria de su recurso de casación, pretendían extender los efectos de la nulidad de la prueba sumarial anticipada al elemento objetivo del tipo por el que fueron condenados y niegan que exista prueba de cargo constitucionalmente apta para poder apreciar dicho elemento, lo que acreditaría la existencia de la proscrita situación de indefensión que han padecido por no poder defenderse ante la inadmisión de la pertinente prueba pericial dirigida a acreditar el carácter no estupefaciente de la sustancia intervenida. Esta sugerente argumentación choca de frente, empero, con la realidad de los hechos, pues tras la atenta lectura de las actuaciones recibidas se desprende que el elemento fáctico ahora discutido por los actores fue por éstos admitido a lo largo de toda la primera instancia (desde su primera declaración sumarial hasta su declaración en el acto del juicio oral) pues, como se verá con mayor claridad más adelante, siempre afirmaron que la sustancia intervenida era cocaína.

Difícilmente pueden aducir los demandantes de amparo haber padecido una proscrita situación de indefensión por la inadmisión de un medio de prueba (la pericial química contradictoria) cuando, por una parte, la controversia fáctica sobre el grado de pureza de la sustancia intervenida, que en la sentencia de instancia y mediante la prueba pericial practicada en la instrucción sirvió para que la Sala *a quo* estimara aplicable el subtipo agravado del art. 369.3 del Código penal (CP), no fue tenida en consideración por la segunda Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (que, precisamente por no poder constituir prueba de cargo a dicho efecto, dio lugar al recurso de casación en este extremo y eliminó con ello cualquier situación de indefensión en que pudieran haberse encontrado por dicha causa), y cuando, por otro lado y como se razonará después, los recurrentes siempre admitieron que la sustancia contenida en el paquete intervenido por los agentes de la Guardia Civil era cocaína.

4. Por último resta por examinar el motivo fundado en la pretendida violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al no existir –según afirman los recurrentes– prueba de cargo constitucionalmente apta para acreditar el elemento objetivo del tipo o, lo que es lo mismo, que la sustancia aprehendida era estupefaciente.

Recuerda la STC 132/2006, de 27 de abril, FJ 2, que el derecho a la presunción de inocencia, como regla de juicio, comporta el de no ser condenado si no es en virtud de pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías a través de las cuales puedan considerarse acreditados, de forma no irrazonable, todos los elementos fácticos del hecho punible, cuya concurrencia es presupuesto de la subsunción en la norma penal aplicada, y la intervención del acusado en el mismo (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 61/2005,

de 14 de marzo, FJ 2). Es también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación ni este Tribunal una tercera instancia.

5. En el presente caso los recurrentes no cuestionan la concurrencia del elemento subjetivo del injusto, sino el dato objetivo de que la sustancia que contenía el paquete por ellos transportado dentro de una mochila cuando fueron detenidos por los agentes de la Guardia Civil fuera cocaína. El Tribunal Supremo, aunque negó valor probatorio a la pericial química sumarial por haber sido impugnada por las defensas sin haberse sometido a contradicción en el juicio oral, alcanzó la conclusión de que la sustancia intervenida era cocaína y en cantidad suficiente como para ser destinada al tráfico de estupefacientes tras la valoración de los siguientes medios de prueba practicados en el juicio oral con todas las garantías:

a) Las propias declaraciones de los recurrentes, quienes reconocieron ser consumidores habituales de cocaína (motivo por el cual se les aplicó la circunstancia atenuante de drogadicción), que el viaje lo hicieron en un coche alquilado, que la cocaína la adquirió uno de los recurrentes y, lo que es todavía más relevante, que estuvieron consumiendo durante días la indicada droga que se encontraba en el paquete que fue, finalmente, decomisado por los dos números de la Guardia Civil en el momento de su detención (don Vicente-José afirmó: «la cocaína la adquirió Bernardo», «no sabe con qué dinero adquirió la droga»; y don Bernardo que compró «coca, le daban 50 gramos si transportaba una cantidad a Valencia»).

b) Los testimonios de los dos agentes de la Guardia Civil que detuvieron a los recurrentes, quienes declararon que dieron el alto al conductor del vehículo en un control aleatorio destinado a la lucha contra el narcotráfico, que el vehículo se detuvo correctamente, que cuando les comunicaron que el motivo de la detención tenía ese propósito los dos ocupantes se pusieron nerviosos, no hablaron nada, que procedieron al registro del interior del vehículo al observar: «bastante cantidad (de droga) en el suelo ... la droga estaba esparcida por la parte del ocupante», que al encontrar el paquete debajo del asiento del copiloto éste dijo que era hachís y que en el maletero había más, y que aprovecharon el momento de la inspección del maletero para darse a la fuga (don Vicente en el vehículo y don Bernardo a pie), pero fueron finalmente interceptados y detenidos.

No es posible, pues, compartir la tesis de los recurrentes de que no existió prueba de cargo constitucionalmente apta para acreditar el elemento objetivo del tipo, dado que la impugnada Sentencia del Tribunal Supremo alcanzó una más que razonable conclusión acerca del carácter estupefaciente y gravemente dañina para la salud de la sustancia intervenida (cocaína), por así reconocerlo abiertamente los recurrentes en el plenario, quienes, además de conocer bien los efectos de dicha sustancia al ser adictos a la misma, la estuvieron consumiendo durante días, y por la declaración testifical prestada por los dos guardias civiles, quienes vieron bastante cantidad de polvo blanco esparcido por el suelo del automóvil y que encontraron el paquete que contenía la indicada sustancia.

La Sentencia dictada por el Tribunal *ad quem* respetó el derecho fundamental a la presunción de inocencia de los recurrentes al haberse basado en medios de prueba

suficientes para acreditar el elemento objetivo del tipo penal por el que finalmente fueron condenados. Ha de desestimarse este último motivo y, por tanto, el presente recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Vicente-José Rodrigo Castellar y don Bernardo Gil Bodón.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecisiete de julio de dos mil seis.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugení Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

14885 *Sala Primera. Sentencia 239/2006, de 17 de julio de 2006. Recurso de amparo 3290-2004. Promovido por don Francisco Javier Pérez Ruiz frente a las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Las Palmas que le condenaron por un delito contra la salud pública en el yate Tipitosa.*

Supuesta vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones, a un proceso con garantías, a la tutela judicial efectiva, a la inviolabilidad del domicilio y a la presunción de inocencia: intervenciones telefónicas autorizadas y prorrogadas mediante autos motivados (STC 219/2006); entrada y registro autorizada judicialmente y proporcionada; condena fundada en pruebas de cargo.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3290-2004, promovido por don Francisco Javier Pérez Ruiz, representado por el Procurador de los Tribunales don Leonardo Ruiz Benito y asistido por la Letrada doña María Nieves Fernández Pérez-Ravelo, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 2 de abril de 2004, que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 18 de marzo de 2002, que le condenó como autor de un delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido