

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7325 *Sección Primera. Sentencia 5/2010, de 7 de abril de 2010. Recurso de amparo 431-2007. Promovido por don Juan Carlos Costa Torres y otra persona respecto a las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de lo Penal de Cádiz que les condenaron por un delito contra la salud pública. Supuesta vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con garantías y sin dilaciones indebidas: intervención telefónica autorizada con motivación y controlada judicialmente; falta de notificación al Fiscal irrelevante (STC 197/2009); denegación motivada de atenuantes de la responsabilidad penal.*

La Sección Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio y don Manuel Aragón Reyes, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 431-2007, promovido por don Juan Carlos Costa Torres y don Moisés Sánchez Vichi, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Rosina Montes Agustí y asistido por el Abogado don José Álvarez Domínguez, contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 7 de diciembre de 2006, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cádiz, de 30 de marzo de 2006, que les condenó como autores de un delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sección.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 17 de enero de 2007, la Procuradora de los Tribunales doña Rosina Montes Agustí, en nombre y representación de don Juan Carlos Costa Torres y don Moisés Sánchez Vichi, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por Sentencia de 30 de marzo de 2006, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cádiz condenó a cada uno de los demandantes de amparo, como autores de un delito contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño para la salud (hachís), a las penas de tres años y seis meses de prisión, multa de 5.000 euros e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales.

En el relato de hechos probados se afirma que los dos acusados se trasladaron, cada uno en un automóvil, a Algeciras para adquirir hachís, que transportaron al Puerto de Santa María con la intención de venderlo allí. La sustancia fue introducida en el vehículo conducido por Moisés, que iba precedido por el de Juan Carlos, cuya misión era avisar por teléfono móvil de la eventual presencia de controles policiales en la carretera. Al llegar al destino, Moisés fue detenido, hallándose en el vehículo 5.095 gramos de hachís, cuyo valor aproximado era de 4.000 euros.

La prueba de cargo en la que se sustenta tal declaración de hechos probados es, fundamentalmente, la declaración sumarial ratificada en el acto del juicio del Sr. Sánchez Vichi, junto con las declaraciones de los agentes de policía que intervinieron en el operativo y el contenido de las conversaciones intervenidas.

b) Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación, desestimado por Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz.

3. Los recurrentes fundamentan su demanda de amparo en la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Como primer motivo de amparo se denuncia la vulneración del art. 18.3 CE. Sostienen los recurrentes que los Autos de 14 y 28 de noviembre de 2003, que autorizan la intervención de los teléfonos del Sr. Costa Torres, no están suficientemente motivados, pues se limitan a remitirse a los oficios policiales por los que se solicitaba la medida, en los que no existe dato objetivo alguno que pueda considerarse indiciario de la comisión de un delito de tráfico de drogas, sino meras conjeturas o hipótesis de trabajo sobre la presunta existencia de una organización dedicada al tráfico de drogas, sin que se explicita en qué han consistido las investigaciones previas y sus resultados. Se afirma, además, que la medida careció del preceptivo control judicial, al no habersele notificado en tiempo y forma al Ministerio Fiscal los Autos de 14 y 28 de noviembre de 2003, lo que le impidió llevar a cabo el control de la medida en sustitución del interesado, de conformidad con la doctrina establecida en la STC 146/2006, de 8 de mayo. Como consecuencia de lo anterior, toda la prueba en la que se sustentan las condenas (detención, declaraciones de los imputados, diligencias de entrada y registro, hallazgo de la droga) devendría nula, al derivar directamente de las intervenciones nulas, considerando vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Se citan las SSTC 94/1999, de 31 de mayo, y la STC 81/1998, de 2 de abril.

En el segundo y tercer motivo de amparo, articulados subsidiariamente al anterior, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que derivaría de la inaplicación a don Moisés Sánchez Vichi de dos atenuantes: por una parte, de la atenuante analógica de drogadicción (art. 21.6 en relación con el art. 21.2 CP), pese a que había quedado suficientemente acreditada su prolongada adicción a la cocaína y al hachís, presupuesto suficiente para su apreciación, pues forzosamente determina el deterioro de las facultades cognitivas y volitivas; en segundo lugar, de la atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el art. 21.4 CP, que la jurisprudencia aplica cuando se realizan actos de colaboración con la Justicia una vez iniciada la investigación de los hechos en relación con el acusado, pues la confesión de los hechos sin ocultación de datos relevantes debería tener tal valor.

Finalmente, y como cuarto motivo de amparo, también articulado subsidiariamente, se afirma la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Sostienen los recurrentes que la tramitación de las diligencias previas fue desmedida, dado que se incoaron en noviembre de 2003, los acusados fueron detenidos en enero de 2004, momento en que quedó prácticamente finalizada la instrucción, acordándose en febrero de 2004 la transformación en procedimiento abreviado y, sin embargo, desde esta fecha hasta la celebración del juicio oral transcurrieron más de dos años, sin causa alguna que legitime la tardanza. En consecuencia, entienden que debió aplicárseles la atenuante analógica del art. 21.6 CP, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo.

4. Por providencia de 17 de julio de 2008, la Sección Segunda acordó la admisión a trámite de la demanda así como, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz para que en el plazo de diez días remitiera testimonio del rollo de Sala 99-2006, al haber recibido ya el testimonio de las actuaciones remitido por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cádiz.

5. Mediante una providencia de la misma fecha, la Sección Segunda acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo previsto en el

art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y a los solicitantes de amparo para que formularan alegaciones sobre el particular. Evacuado dicho trámite, mediante Auto de 11 de septiembre de 2008 la Sala Primera acordó acceder a la suspensión solicitada exclusivamente en lo referido a las penas privativas de libertad impuestas y sus accesorias legales.

6. A través de una diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera, de 2 de septiembre de 2008, se tienen por recibidos los testimonios de las actuaciones y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se dio vista de las mismas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por término de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme a lo establecido en el art. 52.1 LOTC.

7. El día 31 de octubre de 2008 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando la denegación del amparo solicitado.

En relación con el primer motivo de amparo, considera el Fiscal —por una parte— que tanto el Auto de 14 de noviembre como el de 28 de noviembre de 2003 (de contenido material sustancialmente idéntico, dado que el segundo acuerda la intervención de otros teléfonos móviles del mismo sospechoso, al informar la compañía telefónica de que no se había podido llevar a cabo la primera intervención autorizada, por haber causado baja la línea), integrados con los respectivos oficios policiales de la misma fecha en los que se solicita la adopción de la medida, contienen una argumentación suficiente desde la perspectiva constitucional, al contener el marco temporal y espacial de la medida, así como el marco objetivo y subjetivo de la misma, la forma de dar cuenta de la misma a la autoridad judicial, y efectuar el juicio de proporcionalidad, afirmando la necesidad e idoneidad de la medida, la gravedad del delito investigado y la existencia de datos objetivos más que suficientes para justificar su adopción.

Rechaza igualmente el Fiscal la existencia de una vulneración del art. 18.3 CE como consecuencia de la falta de notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones que autorizaron las intervenciones telefónicas. Destaca, en primer lugar, que del examen de las actuaciones se desprende que si bien no hay constancia de la notificación al Ministerio Fiscal del Auto de 14 de noviembre de 2003, ello es irrelevante porque la línea telefónica afectada nunca llegó a ser intervenida, al haber causado baja con anterioridad. Y respecto a la intervención autorizada por Auto de 28 de noviembre de 2003, que sí se practicó, consta en las actuaciones que el Fiscal tuvo conocimiento de todo lo actuado en fecha 3 de diciembre de 2003 y mostró su conformidad estampando en las diligencias la fórmula «Visto», sin que la breve demora en la notificación pueda tener la consecuencia que pretenden los demandantes, habiéndose acordado la intervención mediante un Auto correcto desde la perspectiva constitucional. También señala el Fiscal que no consta la notificación al Ministerio Fiscal del Auto de 23 de diciembre de 2003 por el que se proroga la intervención telefónica, pero que ello es de nuevo irrelevante porque la prórroga no arrojó ningún resultado de interés para la condena de los demandantes de amparo.

Se rechaza igualmente la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque, afirmada la legitimidad constitucional de la intervención telefónica, decae la premisa en la que se sustenta el motivo, sustentándose la condena en prueba de cargo bastante y lícitamente obtenida, como se comprueba con la mera lectura de las resoluciones judiciales recurridas.

Por lo que respecta a la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derivada de la inaplicación de dos atenuantes analógicas a uno de los recurrentes, recuerda el Fiscal que ésta es una cuestión de estricta legalidad penal en la que el control constitucional se limita a comprobar que la respuesta de los órganos judiciales no sea arbitraria, irrazonable o patentemente errónea. Lo que no sucede en el presente caso, pues la Audiencia Provincial argumenta la inaplicación de la atenuante analógica de drogadicción, afirmando que de la única prueba practicada al respecto no se puede concluir que el acusado tuviera sus facultades intelectivas o volitivas mermadas por el consumo prolongado de drogas; y respecto de la atenuante analógica de colaboración con la justicia, sosteniendo que sólo puede tener tal valor una cooperación útil con la Justicia, y que la

mera confesión en el momento de la detención con 5.095 kilos de hachís no arrojó dato alguno que pudiera esclarecer el modus operandi o la intervención de terceras personas.

Finalmente, y en cuanto a la denuncia de dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y a la inaplicación de la atenuante analógica por esa razón, sostiene el Fiscal que el motivo ha de rechazarse por las mismas razones que el anterior, al haber recibido los recurrentes una respuesta a su queja suficientemente motivada y no arbitraria, inmotivada o patentemente errónea.

8. Por providencia de 22 de marzo de 2010, la Sala Primera acordó deferir la resolución del presente recurso de amparo a la Sección Primera, de acuerdo con lo previsto en el art. 52.2 LOTC y en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, al resultar aplicable al mismo doctrina consolidada de este Tribunal.

9. Por providencia de 5 de abril de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 7 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 7 de diciembre de 2006, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cádiz, de 30 de marzo de 2006, que condenó a los recurrentes como autores de un delito contra la salud pública.

Los demandantes de amparo imputan a las resoluciones recurridas la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), en los términos expuestos en los antecedentes. El Ministerio Fiscal interesa la desestimación íntegra del recurso, al entender que no concurre ninguna de las vulneraciones denunciadas.

2. Como primer motivo de amparo se denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), tanto por la insuficiente motivación de los Autos que acuerdan las intervenciones telefónicas, como por la falta de notificación de los mismos al Ministerio Fiscal.

Por lo que respecta a las exigencias de motivación que ha de cumplir la autorización judicial de una intervención telefónica para considerarla constitucionalmente legítima, reiteradamente hemos afirmado que, además de precisar el número o números de teléfono que han de intervenir, la duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y cuándo ha de darse cuenta al órgano judicial, han de explicitarse en ella los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Y ello a fin de excluir que se trate de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, entre otras muchas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4). También hemos afirmado que, aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4).

En el presente caso, como ponen de relieve tanto los órganos judiciales (fundamento jurídico primero de la Sentencia de instancia y fundamento jurídico primero de la de apelación) como el Ministerio Fiscal, la mera lectura de los Autos de 14 y 28 de noviembre

2003 (único que resulta relevante a los efectos del presente amparo, pues la intervención autorizada en el primero de ellos no llegó a efectuarse al haber sido dada de baja la línea con anterioridad) que autorizan la intervención de los teléfonos de uno de los recurrentes, integrados con los oficios policiales de las mismas fechas en los que se solicita la medida, permite concluir que existe una motivación conforme a las exigencias de nuestra jurisprudencia. En efecto, en los citados Autos, además de identificar a la persona y el teléfono objeto de intervención, la duración de la misma, quién ha de llevarla a cabo y cuándo ha de darse cuenta al órgano judicial, se hace constar la existencia de indicios objetivos de la comisión de un delito contra la salud pública así como de la posible participación del investigado en el citado delito (en concreto, los contactos con personas relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes, identificándose a dos de ellos; sus antecedentes policiales; su elevado nivel de vida pese a no realizar actividad laboral ninguna; que realiza contactos en las inmediaciones de centros de enseñanza y otros lugares frecuentados por jóvenes, adoptando grandes medidas de seguridad para advertir si es seguido), indicios derivados de las investigaciones policiales previas a las que se hace referencia en el oficio policial (en concreto, la existencia de vigilancias y seguimientos, además de otras informaciones recabadas). Igualmente se exterioriza en el mismo el juicio de proporcionalidad exigido constitucionalmente para adoptar la medida, aludiendo a la gravedad del delito investigado, así como a la idoneidad y necesidad de la medida, a la vista de la dificultad de seguir obteniendo datos por otras vías, como pone de relieve el oficio policial. Todo lo cual permite excluir la existencia de una investigación meramente prospectiva y afirmar la legitimidad constitucional de la medida.

3. En cuanto a la denunciada vulneración del art. 18.3 CE derivada de un deficiente control judicial de la intervención, no ponen en cuestión los recurrentes que el órgano judicial haya efectuado un seguimiento de la misma y conocido los resultados de la investigación, sino que se afirma que tal control no existió porque no consta la notificación de los Autos que autorizan la intervención al Ministerio Fiscal. Una queja que ha de rechazarse igualmente, en aplicación de la doctrina sentada por la STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7, y reiterada en las SSTC 219/2009 y 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 6.

Como recordábamos en estas Sentencias, desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, dictada por el Pleno de este Tribunal, venimos señalando que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del ordenamiento español, el Juez de Instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como titular de la investigación oficial), sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. En ese contexto —y siempre en referencia a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga se dictan en el seno de unas «diligencias indeterminadas», que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente— posteriores resoluciones han declarado contrario a las exigencias de control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5; 146/2006, de 8 de mayo, FJ 4). Por tanto, «lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica —tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas—, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese» (STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7). Lo que llevaba a concluir que en el caso enjuiciado en esta Sentencia —en el que las intervenciones telefónicas se acordaron en el seno de unas diligencias previas, de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento—, la falta de constancia en las actuaciones de un acto formal de

notificación al Fiscal de los Autos que autorizan y prorrogan las intervenciones telefónicas, no constituía un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no impidió el control inicial de su desarrollo y cese y no consagraba, por tanto, un «secreto constitucionalmente inaceptable».

Del mismo modo, en el presente caso las intervenciones telefónicas se acordaron en el seno de un auténtico proceso, las diligencias previas 2869-2003 abiertas por el Juzgado de Instrucción núm. 4 del Puerto de Santa María mediante Auto de 14 de noviembre de 2003, de cuya existencia tuvo conocimiento desde el primer momento el Ministerio Fiscal, pues en el citado Auto se acuerda ponerlo en su conocimiento, constando una diligencia del Secretario Judicial que señala que se cumple lo acordado. Por tanto, desde el primer momento el Ministerio Fiscal pudo intervenir en las actuaciones en defensa de la legalidad y como garante de los derechos del ciudadano, quedando así garantizada la posibilidad efectiva de control inicial de la medida hasta su cese. Por otra parte, tanto en el Auto de 14 de noviembre de 2003 como en el de 28 de noviembre de 2003 se acordó la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal y en relación con este último —único relevante a los efectos del presente amparo, como anteriormente se expuso— consta en las actuaciones el «Visto» del Ministerio Fiscal de fecha 3 de diciembre de 2003. Siendo así, la inexistencia de un acto formal de notificación, no puede considerarse un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, pues no ha impedido el control inicial del desarrollo y cese de la medida y no consagra, por tanto, un «secreto constitucionalmente inaceptable».

4. Descartada la nulidad de las intervenciones telefónicas practicadas al no apreciarse vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), no cabe apreciar tampoco la nulidad de las restantes pruebas, que en la demanda de amparo se consideran derivadas de aquéllas. Lo que nos lleva a rechazar igualmente la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que se sustenta exclusivamente en la invalidez de la prueba de cargo practicada.

5. Como segundo y tercer motivo de amparo, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que derivaría de la inaplicación a don Moisés Sánchez Vichi de dos atenuantes: por una parte, de la atenuante analógica de drogadicción (art. 21.6 del Código penal, CP, en relación art. 21.2 CP), pese a que había quedado suficientemente acreditada su prolongada adicción a la cocaína y al hachís; por otra, de la atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el art. 21.4 CP, que la jurisprudencia aplica cuando se realizan actos de colaboración con la Justicia una vez iniciada la investigación de los hechos en relación con el acusado, pues la confesión de los hechos sin ocultación de datos relevantes debería tener tal valor.

Como recuerda el Ministerio Fiscal, es doctrina reiterada de este Tribunal la de que la apreciación o no de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad es una cuestión de estricta legalidad penal cuya resolución corresponde a los órganos judiciales competentes, y cuyo control en esta sede se limita a comprobar que la respuesta de éstos sea suficientemente motivada y no arbitraria, irrazonable o patentemente errónea (SSTC 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 5; 133/1994, de 9 de mayo, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 11; 239/2006, de 17 de julio, FJ 5; y ATC 274/1993, de 13 de septiembre, FJ 2). Y en el presente caso, tanto el Juzgado de lo Penal (fundamento jurídico segundo de la Sentencia de instancia) como la Audiencia Provincial (fundamentos jurídicos tercero y cuarto) abordan esta cuestión en sus respectivas resoluciones, llegando a la conclusión de que las atenuantes no resultan de aplicación con una motivación suficiente desde la perspectiva constitucional.

Respecto de la atenuación de la pena en relación con su toxicomanía, ambas resoluciones afirman que no resulta de aplicación la atenuante porque no se ha acreditado que el recurrente, en el momento de ejecutar los hechos, tuviera mermadas sus facultades cognitivas y volitivas. La Sentencia de instancia, en concreto, analiza las diversas situaciones en que la toxicomanía influye en la minoración de la pena, descartando tanto que el recurrente actuara directamente bajo los efectos de las drogas o del síndrome de abstinencia, lo que difícilmente le hubiera permitido cometer los hechos (conducir hasta Algeciras, buscar proveedor, contactar con él y volver), como que actuara por causa directa

de su toxicomanía de larga duración, sosteniendo que de la analítica del cabello se desprende que era consumidor esporádico de cocaína y consumidor medio de cannabis, lo que no puede sustentar la atenuante. En la misma línea, la Sentencia de apelación, en su fundamento jurídico tercero, destaca que de las dos únicas pruebas practicadas no se desprende ni una adicción grave, ni que el consumo fuera alto, ni que fuera de heroína, por lo que no puede concluirse que el acusado tuviera limitadas sus facultades intelectivas ni volitivas por el consumo prolongado de drogas.

Por lo que respecta al valor atenuatorio de la confesión de los hechos, la Sentencia de instancia (fundamento jurídico segundo) destaca que ni la confesión fue previa a la apertura del proceso, ni el acusado confesó en su totalidad los hechos, «no inculcando ni a Juan Carlos ni al proveedor, ni facilitando dato alguno respecto a ellos». Y la Sentencia de apelación (fundamento jurídico cuarto) afirma que si bien el apelante reconoció los hechos cuando fue detenido por la policía cuando portaba 5.095 kilos de hachís, hechos que resultaban evidentes dada la cantidad de droga, el fundamento de la atenuación según reiterada jurisprudencia no es cualquier clase de contribución, sino la cooperación útil con la Justicia, lo que no concurre en el presente caso, pues «su declaración no arrojó dato alguno que pudiera esclarecer el *modus operandi* o la intervención de terceras personas, pues sólo hizo referencia a un tal Luis de Madrid que le hizo el encargo de transportar la droga», lo que determina que no pueda apreciarse la atenuante analógica del art. 21.6 CP en relación con el art. 21.4 CP.

En definitiva, los órganos judiciales han ofrecido al recurrente una respuesta suficientemente motivada y no arbitraria o irrazonable respecto de la no aplicación de las atenuantes en cuestión, lo que conduce a rechazar la denunciada vulneración del art. 24.1 CE, agotándose en este punto nuestras posibilidades de control en esta materia.

6. Finalmente, y en cuanto a la denunciada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), esta queja no puede ser acogida, con independencia de cualquier otra consideración, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, es requisito indispensable para que pueda estimarse vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que el recurrente las haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en las mismas. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso, con lo que se preserva el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos en los que, tras la denuncia del interesado (carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso), el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este Tribunal (por todas, SSTC 177/2004, de 18 de octubre, FJ 2; 220/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 12; 153/2005, de 6 de junio, FJ 2; y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 12). Y en el presente dicha exigencia no se ha cumplido, pues del examen de las actuaciones se desprende que los recurrentes en ningún momento hicieron durante la fase de instrucción una denuncia expresa de concretas paralizaciones de la causa imputables al órgano judicial y constitutivas de dilaciones indebidas. Sólo posteriormente, una vez finalizada la instrucción y cuando ya no era posible adoptar medida alguna para poner fin a las presuntas dilaciones, en el escrito de defensa (f. 719) se afirma que una tardanza de más de dos años en instruir la causa vulnera este derecho fundamental, «como en el momento procesal oportuno se justificará»; queja que se reproduce como cuestión previa al acto del juicio (ff. 868 ss.) y en el escrito de conclusiones alternativas (ff. 877ss.), a los efectos de solicitar la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 CP.

En segundo lugar, porque la denunciada vulneración carece de sentido cuando el proceso penal ya ha finalizado en ambas instancias, dado que la apreciación en esta sede

de las pretendidas dilaciones no podría conducir a que se adoptase medida alguna para hacerlas cesar. Y, no siendo posible la *restitutio in integrum* del derecho fundamental, el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación [art. 55.1 c) LOTC] sólo podrá venir por la vía indemnizatoria. En consecuencia, las demandas de amparo por dilaciones indebidas, formuladas una vez que el proceso ya ha finalizado, carecen de viabilidad y han venido siendo rechazadas por este Tribunal por falta de objeto, circunstancia que también debe de apreciarse en este caso. (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 13; 73/2007, de 16 de abril, FJ 2; 119/2008, de 13 de octubre, FJ 3).

Por lo demás, y en relación con la inaplicación de la atenuante, como señala el Ministerio Fiscal, los recurrentes recibieron una respuesta motivada y no arbitraria, errónea o manifiestamente irrazonable respecto de la inexistencia de base fáctica para aplicar la atenuante. En efecto, la Sentencia de instancia destaca en su fundamento jurídico segundo que la investigación se inició en noviembre de 2003 y el primer señalamiento del juicio se produjo en diciembre de 2005, siendo suspendido a instancias de la defensa para la práctica de una pericial de contraste que no arrojó ninguna luz sobre el asunto; un periodo que no puede considerarse excesivo, teniendo en cuenta la complejidad de la causa, la duración de las escuchas, la continuación de la misma tras la detención del primer sospechoso para tratar de identificar a más implicados, la necesidad de realizar analíticas de drogas y la solicitud de analíticas de cabello por parte de la defensa. A tales argumentos añade la Sentencia de apelación (fundamento jurídico quinto) que la causa en ningún momento estuvo paralizada, sino que se mantuvieron las intervenciones, se tramitaron recursos, y se practicaron numerosas diligencias, lo que evidencia la complejidad de la tramitación de la causa.

FALLO

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

Ha decidido:

Denegar el amparo solicitado por don Juan Carlos Costa Torres y don Moisés Sánchez Vichi.

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

Dada en Madrid, a siete de abril de dos mil diez.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Manuel Aragón Reyes.—Firmado y rubricado.