

contra los referidos Autos, en relación con lo que pudiéramos llamar contenido material de las resoluciones judiciales que accedieron a la extradición solicitada por la República de Turquía, y es también cierto que la constitucionalidad de las determinaciones impugnadas, desde esta otra perspectiva sustancial o material, podría ser analizada y decidida por este Tribunal de manera separada o independiente de la vulneración de derechos constitucionales ya apreciada, producida ésta en el ámbito previo de una adecuada y garantizadora sustanciación del procedimiento extradicional.

No obstante, hemos dicho en la STC 115/2002, de 20 de mayo (FJ 3), que corresponde a este Tribunal, en función de las circunstancias concurrentes sometidas a su consideración, determinar si resulta necesario o conveniente pronunciarse en la Sentencia sobre todas las lesiones de derechos constitucionales alegadas, en el caso de que ya se haya apreciado la concurrencia de alguna de ellas. Pues bien, en el presente recurso, toda vez que la razón del otorgamiento del amparo se halla íntimamente ligada a la desatención de las características esenciales del procedimiento de extradición, resulta procedente limitar nuestro pronunciamiento al de retroacción de las actuaciones en función de los vicios de relevancia constitucional apreciados, anulando formalmente, en consecuencia, los Autos objeto del presente recurso, sin emitir pronunciamiento alguno sobre la corrección constitucional de cualesquiera de sus contenidos.

## FALLO

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

Ha decidido

Otorgar amparo a don Nejat Das y, en consecuencia:

1.º Reconocer los derechos fundamentales del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Anular el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de julio de 1998, y el Auto del Pleno de la misma de 4 de diciembre de 1998, recaídos en el rollo núm. 53/97, derivado de los procedimientos de extradición núms. 29/97 y 33/97, tramitados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procedimental oportuno para que la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se pronuncie de nuevo, con plena jurisdicción, sobre la extradición solicitada, con respeto de los derechos fundamentales reconocidos.

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

Dada en Madrid, a trece de febrero de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

**4496** *Sala Primera. Sentencia 33/2003, de 13 de febrero de 2003. Recurso de amparo 445-2001. Promovido por don Enrique Martínez Santiago frente a las Sentencias de las Salas de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, que le condenaron por un delito agravado de tráfico de drogas, así como del Auto que denegó la nulidad de actuaciones.*

*Vulneración parcial de los derechos de defensa, a ser informado de la acusación y a la prueba: modificación de la acusación al final del juicio válida; inadmisión de todas las pruebas propuestas por la defensa tras el cambio de las calificaciones. Voto particular.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 45-2001, promovido por don Enrique Martínez Santiago, representado por el Procurador de los Tribunales don Santiago Tesorero Díaz y asistido por el Abogado don Emilio Ginés Santidrián, contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 1999, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000, que confirmó la anterior, y contra el Auto de esta última Sala de 25 de abril de 2001 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones. Han intervenido el Ministerio Fiscal, don José Luis Hermida Paz representado por la Procuradora de los Tribunales doña Laura Lozano Montalvo y asistido por el Abogado don Francisco Javier Lozano Montalvo, y doña Rosa Charlín Martínez representada por la Procuradora de los Tribunales doña Esther Rodríguez Pérez. Ha sido Ponente la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 4 de enero de 2001, don Santiago Tesorero Díaz, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Enrique Martínez Santiago, interpuso demanda de amparo contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 1999 y contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000, que confirmó en casación la anterior, en virtud de las cuales el recurrente fue condenado como autor de un delito contra la salud pública de tráfico de drogas, de sustancia que causa grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia por persona perteneciente a organización [arts. 344, 344 bis a) núms. 3 y 6 CP de 1973] y concurriendo extrema gravedad [art. 344 bis b) CP de 1973], en concurso de normas con un delito de contrabando en grado de tentativa —arts. 1.4, 2.1 y 3.2 Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio—, imponiéndosele las penas de 17 años, cuatro meses y un día de reclusión menor, accesoria de inhabilitación absoluta y multa de 225 millones de pesetas.

2. Los hechos y circunstancias procesales más relevantes para la resolución del presente amparo son los que a continuación se detallan:

a) En 1991 se incoaron diligencias previas, que posteriormente se transformaron en sumario ordinario por Auto de 3 de agosto de 1992, por delito contra la salud pública, siendo imputadas veinticuatro personas, una de ellas el hoy recurrente de amparo. Aquel sumario dio lugar a la condena de la mayoría de los imputados por Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 15 de septiembre de 1995, que, recurrida en casación, fue confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de noviembre de 1997.

b) En aquel primer proceso no pudieron ser juzgados dos de los imputados —uno de ellos el actual recurrente de amparo—, no hallados cuando se dictó el Auto de prisión provisional en 1991, siendo declarados en rebeldía en 1994. Con posterioridad, ambos coimputados fueron hallados y sometidos a juicio, siendo condenados por la Audiencia Nacional en Sentencia de 26 de octubre de 1999, confirmada en casación por Sentencia de 30 de octubre de 2000, resoluciones que son objeto del presente recurso de amparo.

c) En el proceso contra el recurrente el Ministerio Fiscal presentó escrito de calificaciones provisionales del siguiente tenor literal:

«El procesado Enrique Martínez Santiago, alias “Pimpo”, mayor de edad y sin antecedentes penales, estaba integrado en la organización que dirigida por José Luis Charlín Gama y Daniel Baulo Carballo proyectó y ejecutó en el año 1991 un transporte de 1000 kilogramos de cocaína con la embarcación “Rand” desde Sudamérica a las costas españolas. / En fecha no determinada de los meses de julio y agosto de 1991, el “Rand” que se encontraba en Cabo Verde partió rumbo a Casablanca (Marruecos), lugar éste al que el procesado Enrique Martínez Santiago se desplazó siguiendo las instrucciones de José Luis Charlín instalando en la citada embarcación un nuevo radar con la finalidad de que pudiera hacerse a la mar y proceder a la carga del alijo de cocaína a la que estaba destinada. Efectuado este trabajo, el “Rand” salió rumbo a Madeira, y a continuación hacia las costas de Sudamérica donde cargó 1000 kilogramos de cocaína. En el trayecto de regreso, y cuando se encontraba a 42 millas de las costas portuguesas el 16 de octubre de 1991, fue abordado por las embarcaciones del Servicio de Vigilancia Aduanera e incautada la cocaína en su interior. / Durante las semanas y hasta los meses previos a la aprehensión del barco e incautación de la droga, el procesado Martínez Santiago mantuvo frecuentes contactos telefónicos con el responsable máximo del grupo José Luis Charlín y con otros miembros del mismo sobre el desarrollo y ejecución de tal operación ilícita, y en particular sobre su descarga una vez se aproximara el barco a las costas de la Península Ibérica con el objeto de que el plan criminal diseñado llegara a buen término. / Los hechos son constitutivos de los siguientes delitos: / 1. Un delito contra la salud pública de los arts. 344 y 344 bis a) n.º 3 y 6 del Código Penal anterior. / 2. Un delito de contrabando en grado de tentativa de los arts. 1-1-4, 2-1 y 3-2 de la Ley Orgánica 7/82 de 13 de julio en relación con los arts. 3 y 52 del Código Penal anterior. / Es responsable en concepto de autor de ambos delitos el procesado Martínez Santiago. / No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. / Procede imponer las siguientes penas: / 1. Por el delito contra la salud pública 11 años de prisión mayor y multa de 130.000.000 de ptas. / 2. Por el delito de contrabando 2 meses de arresto mayor y multa de 1.100.000.000 ptas. / Accesorias y costas».

d) Al finalizar el juicio oral, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales, fijando las definitivas en los siguientes términos:

«Los procesados José Luis Hermida Paz y Enrique Martínez Santiago, mayores de edad y sin antecedentes penales, en unión de otros individuos que han sido condenados en esta causa, decidieron a comienzos del año 1991 transportar una importante cantidad de cocaína desde Sudamérica hasta España. Para llevar a buen término la operación proyectada, consiguieron la colaboración de un numeroso grupo de personas que recibían instrucciones de aquéllos actuando con la distribución funcional perfectamente definida como a continuación se expondrá y dispusieron como medios de transporte de, al menos, dos embarcaciones las denominadas “Rand” y “Del Sur”, las cuales habían sido adquiridas por el procesado fallecido Manuel Baulo Trigo a instancias del grupo, la primera de ellas en Cabo Verde a principios del año 1991, y la segunda en Panamá a mediados del año 1990. Tales embarcaciones habían sido utilizadas anteriormente para la realización de otros transportes de estupefacientes que no son objeto de enjuiciamiento en la presente causa, permaneciendo habitualmente fondeadas en el Puerto de San Vicente de la Isla de Cabo Verde. / A primeros de marzo de 1991 el “Del Sur” se dirigió hacia Venezuela, atracando en el Puerto de la Guaira (Venezuela), donde queda a la espera de que posteriormente fuera necesitado su auxilio. / Durante los meses previos a la realización del transporte, especialmente en el mes de junio de 1991, ambos procesados mantuvieron frecuentes reuniones con los condenados Daniel Baulo y José Charlín en las que acordaron los detalles de la operación sobre el traslado de la cocaína desde Sudamérica, la introducción y descarga en la península ibérica, y la posterior distribución de la parte del alijo que les correspondían por su intervención (aproximadamente la mitad del mismo). Estas reuniones acaecieron en locales públicos de la zona que la organización frecuentaba (bar O’compadre, bar Peñón, bar Caracas, Churrasco Penaguda, Hotel Arco Iris, etc...)/ En ejecución de lo acordado meses antes, el procesado José Luis Hermida Paz, acompañado por uno de los condenados, se desplazó a primeros de julio de 1991 a Venezuela y contactó en la localidad fronteriza de Cucutá (Colombia) con un grupo colombiano, uno de cuyos miembros responde al nombre de Jairo, para concretar la operación de entrega de la cocaína. Ambos mantuvieron perfectamente informado a través del teléfono a José Luis Charlín del desarrollo de las gestiones que estaban llevando a cabo con los suministradores de la cocaína. / Tras contratar como tripulación del “Rand” a los condenados Francisco Trigo Feijoo, para las labores de capitán del barco, Francisco Rodríguez Rajoy y José Luis Otero Pérez, y desplazarse los dos primeros para hacerse cargo del mismo hasta la isla de Cabo Verde, el procesado Manuel Baulo, para completar la tripulación del “Rand”, contrató a otros cuatro procesados rebeldes, naturales de Cabo Verde. Inmediatamente después, el “Rand”, puso rumbo a Casablanca (Marruecos) donde el procesado Martínez Santiago le colocó un nuevo radar, para a continuación dirigirse a la isla de Madeira, lugar en el que se unen a la tripulación del mismo los condenados Ramón Baulo, Ricardo Varela Arangunde, y José Luis Otero Pérez, zarpando posteriormente en dirección al Caribe con la misión de recoger en alta mar la cocaína. Todo esto sucedía entre los meses de junio y agosto de 1991. / Al tiempo que el “Rand” emprendía rumbo hacia su destino, el “Del Sur” que estaba en el puerto venezolano anteriormente referido, salió al encuentro de aquél dirigiéndose hacia la zona previamente acordada con el objeto de darle apoyo y de suministrarle combustible, lo que así ocurrió al menos en dos ocasiones, una a la ida y otra al regreso. / A fin de que el “Rand”, que disponía

de varias emisoras, pudiera llegar al punto convenido en el que debía ser alijada la droga, desde la emisora de radio instalada en el domicilio del condenado José Luis Charlín, tanto éste como los condenados Rosa M.<sup>a</sup> Charlín Martínez, y Daniel Baulo, y en alguna ocasión el procesado Hermida Paz, se comunicaban con el barco y transmitían las instrucciones precisas para que la droga pudiera ser recogida, manteniendo igualmente los contactos necesarios con los colombianos. / A finales de septiembre de 1991, en un lugar próximo a la isla de Tobago, un avión arrojó al mar los fardos que contenían la cocaína, los cuales tras ser recogidos fueron empaquetados por toda la tripulación, formando un total de 56 paquetes. Una vez terminada esta tarea el "Del Sur", se dirigió a Cabo Verde mientras el "Rand" puso rumbo hacia las costas de Portugal. Como quiera que el alijo de cocaína iba a ser descargado por las costas portuguesas, ambos procesados, Hermida Paz y Martínez Santiago, que en el plan criminal diseñado eran los encargados de la descarga de la cocaína a través de Portugal, se desplazaron en esas fechas al país vecino a los efectos acordados, razón por la cual no pudieron ser detenidos por las fuerzas policiales una vez producida la aprehensión del barco y la incautación de la cocaína. / Tras ser avistado por aviones del Servicio de Vigilancia Aduanera el 14 de octubre cuando se dirigía a Portugal, sobre las 19 horas del 16 de octubre el patrullero "Cóndor III" del referido Servicio, por medio de una embarcación auxiliar con varios funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera, abordó al "Rand", el cual navegaba sin bandera, con autorización del Juzgado instructor, a 42 millas de la costa portuguesa incautando en su interior 56 fardos y 1 paquete de 2 kilogramos de cocaína, con un peso total de 1.000 kilogramos, siendo detenidos todos los tripulantes del barco. Los fardos estaban situados en la popa de la embarcación, cubiertos por una red y con las sujeciones que los miembros de la tripulación intentaron cortar para arrojarlos al agua al percatarse de la presencia de la embarcación del Servicio de Vigilancia Aduanera, sin que llegaran a conseguir su propósito. Seguidamente el barco fue conducido hasta el puerto de Vigo donde se practicaron los correspondientes registros y desembarco de la sustancia estupefaciente que debidamente analizada dio una pureza entre el 79,87 y 95,55 por 100. El barco disponía para la navegación de dos radares y los siguientes aparatos de comunicación: 2 VHF marca Sailor, tipo RT144C, sin número de serie y dos equipos ICOM-HF TRANSCEIVER IC-725 también sin número de serie, además de otros instrumentos idóneos para la navegación relacionados a los folios 2083 y 2084 de las actuaciones. / Durante el desarrollo de la ilícita operación ambos procesados mantuvieron frecuentes contactos telefónicos con el condenado José Luis Charlín sobre el desarrollo y ejecución de tal operación a través de los teléfonos situados en los locales públicos antes citados que frecuentaban y de los teléfonos ubicados en el domicilio que la condenada María del Carmen Oubiña Rodríguez poseía en Madrid, por aquellas fechas unida sentimentalmente al condenado José Luis Charlín. / El precio del kilogramo de cocaína en el mercado ilícito asciende a 4.000.000 de pesetas. / Los hechos anteriormente relatados son constitutivos de los siguientes delitos: / 1. Delito de tráfico de estupefacientes de los arts. 344 (sustancia causante de grave daño a la salud), 344 bis a) números 3 y 6, y 344 bis b) del Código Penal de 1973. / 2. Delito de contrabando de los arts. 1-1-4, 2-1 y 3-2 de la Ley Orgánica 7/82 de 13 de julio en grado de tentativa (arts. 3 y 52 del Código Penal). / Ambos en concurso de normas por aplicación del art. 68 del Código Penal de 1973. / Son responsables en concepto de autores de ambos delitos los procesados Hermida Paz y Martínez Santiago. / No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el resto de los procesados. /

Procede imponer a cada uno de los procesados Hermida Paz y Martínez Santiago la pena de 20 años de reclusión menor y multa de 225.000.000 de pesetas. / Accesorias y costas».

e) Al mismo tiempo que modificó las conclusiones en el trámite de definitivas, el Ministerio Fiscal solicitó el ingreso en prisión del acusado y la comparecencia prevista en el art. 504 LECrim. La defensa del recurrente solicitó la suspensión del juicio oral para poder contradecir los nuevos hechos y la nueva calificación jurídica y proponer nuevas pruebas al amparo de los arts. 732 y 746.6 LECrim. La Audiencia Nacional acordó la suspensión del juicio oral, celebrándose la citada comparecencia y, previa deliberación de la Sala, ésta acordó la prisión provisional del recurrente. La defensa presentó escrito con las pruebas solicitadas, que fueron inadmitidas por irrelevantes, elevando protesta y quedando el escrito de la defensa en autos. Tras la reanudación de la vista se procedió al trámite de informe final y se dio posibilidad a los acusados de ejercer su derecho a la última palabra.

f) La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 26 de octubre de 1999, declaró probada la preparación y efectivo transporte de la cocaína en 1991 desde Sudamérica a España en un barco, cuyo destino primero era Portugal, siendo interceptado en altamar antes de llegar a la costa portuguesa. En particular, consta que el recurrente junto con el coimputado Sr. Hermida Paz, en estrecha colaboración con otros procesados condenados en la Sentencia de 1995 —don José Luis Charlín Gama y don Daniel Baulo— y siguiendo instrucciones de éstos compraron dos embarcaciones en Cabo Verde y en Panamá. La adquisición de las embarcaciones las realizaron por mediación de don Manuel Baulo, padre de don Daniel Baulo, fallecido en 1994 víctima de disparos, suceso acaecido en Cambados. En los meses previos a la realización del transporte, el recurrente y el otro procesado —antes en rebeldía— Sr. Hermida Paz mantuvieron reuniones con don José Luis Charlín y don Daniel Baulo, «en ellas ultimaron los detalles de la operación relativos a traslado de la cocaína desde Sudamérica, y su introducción y descarga en Portugal con destino a España. Así mismo acordaron la posterior distribución de los beneficios que obtendrían en la operación, beneficios materializados en aproximadamente la mitad del alijo de la sustancia estupefaciente transportada, fijándose que de esta cantidad de cocaína la mitad correspondería a Daniel Baulo Carballo y el resto a José Luis Charlín Gama, el cual debería proceder luego a repartir en partes iguales la cocaína obtenida entre él, Hermida Paz y Martínez Santiago». Se afirma también que la embarcación con la droga partió hacia Portugal, donde debería producirse la descarga, siendo encargados de la misma los procesados don José Luis Hermida Paz y don Enrique Martínez Santiago, si bien fue interceptada cerca de las costas portuguesas el 16 de octubre de 1991, tras ser avistada la embarcación por el Servicio de Vigilancia Aduanera el 14 de octubre de 1991, siendo incautados 1000 kg. de cocaína y detenidos los ocupantes de la embarcación.

g) La Sentencia de la Audiencia Nacional, en el fundamento jurídico 13, argumenta la condena del recurrente, afirmando que los Sres. Hermida Paz y Martínez Santiago «ocupaban una relevante posición dentro de la organización, pues actuaban "en sociedad" con el líder Charlín Gama... ideando con éste la operación de tráfico de drogas investigada en esta causa, y participando luego activamente en orden a la consecución del buen fin de la misma»; a ello se añade que don Enrique Martínez Santiago procedió a instalar un nuevo radar en el barco «Rand» y que junto con el Sr. Hermida Paz asumió la importante función de controlar la descarga de la droga; se sostiene que «como contraprestación a tan relevantes

funciones, percibirían de beneficios los mismos que obtuviera José Luis Charlín Gama, y así lo acordaron los tres». En atención a ello se concluye que don Enrique Martínez Santiago era miembro importantísimo de la organización. En el fundamento jurídico 14 se reitera el razonamiento a los efectos de la aplicación de la agravante de extrema gravedad del art. 344 bis b) CP, afirmando que por comparación a la actuación desarrollada por otros condenados en el mismo proceso a la misma agravante, «resulta evidente que las actuaciones desarrolladas ... y por Martínez en los acontecimientos que conforman la operación objeto de esta causa, fueron de extraordinaria importancia, más trascendente que las del Capitán Rodríguez Feijoo, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo [sic], y si a éste se le aplicó extrema gravedad con más razón se ha de hacer lo mismo con aquéllos. / Hermida Paz y Martínez Santiago, junto con Charlín Gama y Baulo Carballo, venían a ser dueños del ilegal negocio, como se evidencia por el significativo hecho del proyecto de reparto de los beneficios derivados de la operación entre todos ellos, acorde con sus respectivas intervenciones en los hechos punibles perpetrados».

h) La Sentencia fue recurrida en casación por el recurrente en amparo, alegando, en primer término, la vulneración del derecho a ser informado del contenido de la acusación, porque la calificación del Ministerio Fiscal no permitía conocer ese contenido en relación con la aplicación de la agravante del apartado b) del art. 344 bis CP de 1973, dado que en el escrito de conclusiones provisionales no se acusó por este subtipo y no se explicaron las razones de la modificación ni si el fundamento de la agravación estaba en el primer o en el segundo inciso de dicho precepto. En segundo lugar, sostuvo que la Sentencia había vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, por cuanto, de un lado, la misma habría introducido hechos nuevos que no constaban en las calificaciones, de otro, había aceptado la acusación del Fiscal cuando no debería haberlo hecho, y, finalmente, se remitía a las pruebas del juicio oral y a la valoración que hizo de las mismas en el primer juicio, en el que no estuvo presente y no se oyó al condenado. En tercer lugar, alegó la vulneración del derecho a las pruebas pertinentes para la defensa, ya que la Audiencia Nacional denegó la suspensión del juicio oral e inadmitió las pruebas propuestas tras la modificación de las calificaciones del Fiscal para defenderse de las mismas. En cuarto lugar, el condenado alegó la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, afirmando que la Sentencia no respetó la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a que para destruirla es necesario que las pruebas sean válidas, suficientes y concluyentes, por cuanto, de un lado, las declaraciones sumariales del fallecido don Manuel Baulo no eran válidas por no haber sido sometidas a contradicción, ni las pruebas obtenidas mediante las escuchas telefónicas dado que en su práctica se vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), porque, de otro, las pruebas no eran ni suficientes ni concluyentes, en particular, del contenido de las cintas escuchadas en el plenario no cabría inferir nada concluyente, y, finalmente, porque no se motivó el resultado de la valoración de la prueba. En quinto lugar, se alegó infracción de ley procesal por denegación de las diligencias de prueba, y por último, infracción de ley sustantiva por aplicación indebida de la agravante del apartado b) del art. 344 bis CP de 1973, y vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por cuanto la agravante conculca las exigencias de *lex certa*.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desestimó el recurso en su integridad en Sentencia de 30 de octubre de 2000. El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico 1 referido al recurso del recurrente de amparo,

desestimó el primer motivo de casación asumiendo la argumentación efectuada por la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida en su fundamento jurídico 4 y afirmando que la «modificación inculpatória nunca pudo producir indefensión al acusado en cuanto el núcleo esencial de los hechos se mantuvo intacto, amén de que la suma gravedad, como dato objetivo e incontable, era conocida desde el inicio del proceso y de la propia acusación por el inculpado, respecto del que pudo hacer alegaciones en su contra» [apartado A) fundamento jurídico 1]. De otra parte, afirmó también que las diferencias entre la declaración de hechos probados de la Sentencia y las calificaciones definitivas del Fiscal son muy leves e implican alguna precisión que en nada afecta a lo esencial [apartado B) fundamento jurídico 1]. Razonó también que ninguna lesión del derecho a las pruebas pertinentes para la defensa se había producido, ya que las pruebas no se propusieron en el momento legalmente oportuno (art. 728 LECrim) y porque las modificaciones de los hechos en las calificaciones no afectaban a su núcleo esencial [apartado C) fundamento jurídico 1]. Y, finalmente, argumentó, en relación con las vulneraciones relativas al derecho a la presunción de inocencia, que «en realidad se plantean aquí las mismas cuestiones exculpatórias que ya hemos visto en el anterior recurso del coimputado, por lo que, igual que dijimos, existen pruebas más que suficientes que hacen decaer el principio de presunción de inocencia propuesto» [apartado D) fundamento jurídico 1]. En el fundamento jurídico 2 desestimó el motivo referido a la infracción de ley procesal, remitiéndose a lo argumentado respecto de la alegación relativa a la vulneración del derecho a las pruebas pertinentes. En el fundamento jurídico 3 desestimó el motivo referido a la aplicación indebida de la agravante del art. 344 bis b) CP 1973, afirmando que este motivo «conculca los hechos que la sentencia declara como probados, dialéctica impermisible cuando se emplea esta vía casacional» y que, en cualquier caso, tal agravación fue aplicada a otros condenados en la anterior Sentencia «a los que se consideró de menor importancia en el tráfico de drogas que aquí se trata», por lo que, dado que las circunstancias del traslado de la droga y otros datos que revelan especial peligrosidad, son los mismos, sería injusto, por desigual, no aplicar la agravación al recurrente. En el fundamento jurídico 4 se desestimó el motivo relativo al derecho a la legalidad penal, entendiendo que, si bien la agravante es relativamente indeterminada, la jurisprudencia la ha precisado y restringido en función de ciertos criterios que han de tomarse en cuenta en cada caso concreto y, conforme a los cuales, se puede apreciar en el caso la agravante.

i) El condenado presentó incidente de nulidad de actuaciones de conformidad con el art. 240.3 LOPJ, alegando la incongruencia omisiva: 1) respecto del motivo referido a la insuficiente información de la acusación; 2) en relación con dos de los tres motivos en los que se sustentaba la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías por la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, en particular, en lo relativo a la inoportunidad de la acusación del Fiscal que no debió ser admitida y la remisión a las pruebas del primer juicio oral; 3) en relación con la inadmisión de la prueba propuesta; 4) en relación con el motivo referido a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, dado que se contestó por remisión a lo resuelto en relación con el otro condenado, afirmando que se planteaban las mismas cuestiones cuando no es así; 5) ante la falta de respuesta fundada del motivo referido a la infracción de precepto procesal; 6) y 7) en relación con la indebida aplicación de la agravante y la alegada vulneración del derecho a la legalidad penal. Finalmente, el condenado afirma que hasta el fallo es incongruente por cuanto la desestimación no se refiere específicamente a los moti-

vos atinentes a la infracción de preceptos constitucionales y a los relativos al quebrantamiento de forma.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó Auto de 25 de abril de 2001 desestimando el incidente de nulidad de actuaciones, afirmando que algunas de las incongruencias aducidas no son más que discrepancias con la fundamentación de la desestimación de los motivos —así el 3 y el 7—; otros alegan insuficiencia de respuesta que no constituye incongruencia —1, 2, 4, 5 y 6. Sólo se acepta la incongruencia del fallo, que, si bien no es motivo de nulidad, sí puede dar lugar a aclaración o a rectificación de oficio, por lo que se procede a la subsanación y rectificación del fallo en los siguientes términos: «No haber lugar a los recursos de casación por infracción de ley, por infracción de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma».

3. La demanda de amparo alega la vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

a) En un primer bloque, denuncia el recurrente varias vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

1) Sostiene el recurrente, en primer término, que la Sentencia introdujo en la relación de hechos probados un hecho que no constaba en el escrito de conclusiones definitivas del Fiscal, colaborando de este forma con la acusación. En particular, se refiere al hecho relativo a que el acusado repartiría la cocaína transportada con otros procesados, uno de ellos don José Luis Charlín Gama. Se alega que este hecho no fue referido por el Ministerio Fiscal en ningún momento de la causa, ni en el juicio oral, ni en las conclusiones provisionales, ni en las definitivas. Este hecho habría sido introducido de forma gratuita por el Tribunal para sustentar el cambio de las conclusiones provisionales al elevarlas a definitivas por el Ministerio Fiscal y la atribución en ese momento de la agravante del art. 344 bis b) —extrema gravedad o ser jefe, administrador de la organización. Con base en dicha modificación se elevó la petición de pena de 11 a 20 años. Razona el recurrente que de esta forma el Tribunal colaboró con la acusación, perdiendo la imparcialidad que le corresponde.

2) Alega también el recurrente que ha sido sometido a una acusación sorpresiva al modificarse las calificaciones e introducirse en las definitivas la agravante del art. 344 bis b) CP de 1973. Afirma, además, que se ha hecho un uso torticero de la facultad de modificar las conclusiones que otorga la Ley de enjuiciamiento criminal, pues el Fiscal afirmó que había sido un error no incluir en las calificaciones provisionales la agravante y dicha Ley procesal sólo permite la modificación en base al resultado de la prueba practicada en el juicio oral (arts. 732 y 733), no para enmendar errores de calificación del Fiscal. De modo que si el Fiscal incurre en un error, cambia las conclusiones y el Tribunal se lo permite, éste, al seguirle el juego, «no se comporta con el equilibrio de imparcialidad que corresponde a su función, y que no es otra que juzgar si la acusación está bien fundada, pero nunca ayudarla a enmendar su error». Por ello, al aceptar la modificación del Fiscal por dichas razones, le auxilió en detrimento del acusado y de las garantías propias de un proceso correcto, equilibrado e imparcial, y vulneró el art. 24.2 CE y el art. 6.1 Convenio europeo de derechos humanos (en adelante CEDH).

3) El Sr. Martínez Santiago alega, por último, que se le ha condenado con base en una valoración de la prueba realizada en otro proceso en el que no se oyó a su defensa, como resulta con claridad del contenido de los fundamentos jurídicos 5 y 14 de la Sentencia de la Audiencia Nacional.

b) Sostiene la demanda de amparo, en segundo término, la vulneración del derecho a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE). Se sustenta esta vulneración en la inadmisión de las pruebas propuestas por la defensa al final del juicio oral al modificar el Ministerio Fiscal las conclusiones provisionales para rebatir los nuevos hechos introducidos. Dicha inadmisión fue protestada y se aportó la lista de preguntas a efectuar a los testigos propuestos. Se insiste en que la modificación de las calificaciones supuso una variación relevante de los hechos, señalándose que si el escrito de calificaciones provisionales tenía 33 líneas, el de las calificaciones definitivas tenía 90 líneas. Además, si no hubiera sido relevante, el Ministerio Fiscal no hubiera modificado el escrito de calificaciones.

c) La vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) se fundamenta, en primer lugar, en que las pruebas con base en las cuales se sustenta la condena no son válidas, dada la falta de garantías procesales necesarias en su práctica. De un lado, las declaraciones de un coimputado (don Manuel Baulo) prestadas en fase sumarial y no reiteradas en el juicio oral por haber fallecido no serían válidas porque no fueron sometidas a contradicción por el recurrente; es decir, porque no se le dio una ocasión adecuada y suficiente para su contradicción. De otro, porque las escuchas telefónicas en las que se basa la condena no se realizaron respetando el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, dado que, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de julio de 1998 (caso *Valenzuela Contreras*), la ley española no da garantías suficientes a las escuchas y el juez no puede suplirlas. En segundo lugar, afirma el recurrente que las grabaciones de las escuchas no aportaron pruebas concluyentes sobre su intervención en las conversaciones. El recurrente siempre negó su participación, dos procesados le exculparon en el juicio oral, y en las grabaciones de las conversaciones no resulta indubitado que el recurrente hubiera participado; pues el informe pericial sobre la voz acepta que no se puede reconocer la voz del recurrente con certeza, y los policías que reconocieron la voz no estaban presentes en el juicio oral cuando se escucharon las grabaciones. Finalmente, en este contexto, se añade que las conversaciones se mantuvieron en gallego, sin que al escucharse las grabaciones estuviera presente un traductor. En tercer lugar, sostiene el recurrente que, aunque se admitiera que una de las voces que se grabó en las cintas fuera la suya, el contenido de las mismas no es claramente incriminatorio. En cuarto lugar, alega que las declaraciones del coimputado don Daniel Baulo no son suficientes, pues es un coimputado «arrepentido» al que se le aplicó una atenuante analógica muy cualificada, siendo además premiado con el indulto de su condena, informado favorablemente por el Ministerio Fiscal. En quinto lugar, denuncia la demanda de amparo que no hubo motivación de la prueba en lo referente a la posición especial en la organización, que dio lugar a la aplicación de la agravante del art. 344 b) CP. Finalmente, se imputa al Tribunal Supremo no haber reparado la vulneración y haber profundizado en ella al contestar el motivo del recurso de casación por remisión a la contestación efectuada a otro condenado. Se afirma que esta motivación por remisión no es conforme con el derecho a la presunción de inocencia por cuanto las pruebas tenidas en cuenta para condenar a ambos procesados eran distintas.

d) En un cuarto bloque, se aducen varias vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), que se atribuyen exclusivamente a la Sentencia dictada en casación por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

1) Se atribuye la vulneración de este derecho a la incongruencia omisiva en que habría incurrido la Sentencia por haber dejado sin respuesta alguno de los planteamientos del recurso de casación; en particular, la incongruencia omisiva afectaría a una pretensión de lesión de un derecho fundamental. Se trataría de la falta de respuesta a dos de las pretensiones relativas a la lesión del derecho al proceso con todas las garantías, las referidas a la inoportunidad de la acusación del Fiscal al modificar la acusación y a la remisión a las pruebas de otra Sentencia anterior.

2) De otro lado, se aduce falta de motivación, o motivación insuficiente de la Sentencia de casación en relación con las respuestas dadas por el Tribunal Supremo a las alegaciones de lesión del derecho a las pruebas pertinentes, del derecho a la legalidad penal y del derecho a la presunción de inocencia, que se contesta por remisión a lo resuelto respecto de otro condenado.

3) Se alega, finalmente, que el recurrente ha carecido de un recurso efectivo, en el que se haya revisado en su integridad el fallo condenatorio y la pena, como exige el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Se razona con base en la fundamentación del Dictamen del Comité de ONU de 11 de agosto de 2000 sobre la casación española y el art. 14.5 PIDCP, insistiéndose en que no cabe una nueva evaluación de las pruebas y que la decisión del Tribunal inferior sobre los hechos es definitiva.

e) En quinto lugar, se argumenta la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), con base en la doctrina de la STEDH de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela Contreras c. España*, y nuestra STC 49/1999. Se denuncia la falta de proporcionalidad de la medida por su excesiva duración, por su carácter prospectivo, porque los indicios aportados en las solicitudes policiales son insuficientes y se basan en conjeturas y porque los Autos de autorización son estereotipados y sin fundamentación. Se reprocha también la falta de fe pública en la mayoría de las cintas y de sus transcripciones y la ausencia de control judicial y de intervención de las partes en el período de instrucción para someter a contradicción las escuchas.

f) Por último, se alega la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), tanto en cuanto a la aplicación indebida de la agravante del art. 344 bis b) CP, como porque esta disposición vulnera la garantía de *lex certa*, que requiere que la norma esté redactada con la claridad suficiente para que el ciudadano pueda prever cuál es la acción u omisión que le acarrearán la sanción. Se afirma que el Fiscal no acertó a precisar cuál era el plus añadido de la conducta del recurrente que permitía la agravación y que la Sentencia de la Audiencia Nacional no ha explicado cuáles son los criterios de cantidad y calidad que avalan la extrema gravedad que la agravante exige.

4. Por providencia de 20 de marzo de 2002, la Sección Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, tras solicitar y recibir de la Audiencia Nacional actuaciones relativas a las intervenciones telefónicas y acta del juicio oral; y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó, también, requerir a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para que, en el plazo de diez días, remitiera testimonio del recurso de casación núm. 1608/99, interesándose al propio tiempo que por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se emplazare a

quienes fueron parte en el sumario núm. 15/92, del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el presente proceso de amparo. Asimismo, acordó abrir la pieza de suspensión, que, tras ser tramitada, dio lugar al Auto de la Sala Primera de 22 de abril de 2002, por el que se denegó la suspensión instada. Denegación que se mantuvo en Auto de 23 de julio de 2002, que resolvió el recurso de súplica interpuesto por el recurrente de amparo frente al primero.

5. Por providencia de 31 de mayo de 2002, la Sección Segunda tuvo por recibidas las actuaciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo solicitadas y, tras los escritos presentados, tuvo por personada a la Procuradora de los Tribunales doña Laura Lozano Montalvo en nombre y representación de don José Luis Hermida Paz. Asimismo acordó requerir a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, para que en el plazo de diez días remitiera testimonio del acta de juicio oral correspondiente al primer juicio que dio lugar a la Sentencia núm. 54/1995 de 15 de septiembre, relativa al sumario núm. 15/1992 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de esa Audiencia, y de la mencionada Sentencia de 15 de septiembre de 1995, así como las declaraciones sumariales prestadas por don Manuel Baulo Trigo correspondientes a los días 13 de diciembre de 1991 (folio núm. 3040 de dicho sumario), día 18 de septiembre de 1992 (folio núm. 4236), día 15 de diciembre de 1992 (folios núms. 4467 y 4468) y día 21 de diciembre de 1992 (folio núm. 4479).

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 11 de julio de 2002 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones solicitadas a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y por personada y parte a doña Esther Rodríguez Pérez en nombre y representación de doña Rosa María Charlín Martínez. Asimismo y, de conformidad con el art. 50.5 LOTC, se concedió un último plazo de cinco días al Procurador don Alejandro Utrilla Palombí, para que presentara escritura de poder original, advirtiéndole de los efectos que su no presentación tendría. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 24 de julio de 2002, tras haber transcurrido el plazo señalado, se acordó no tener por personado y parte al citado Procurador. En la misma diligencia, y a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se acordó dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a los Procuradores personados, para que en dicho plazo efectuaran las alegaciones que estimaren pertinentes.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el 19 de septiembre de 2002, el demandante de amparo reiteró las alegaciones de la demanda, dándolas por reproducidas en su integridad.

8. Por escrito registrado en este Tribunal el 20 de septiembre de 2002, la representación de don José Luis Hermida Paz se adhirió al presente recurso de amparo, haciendo suyas y dando por reproducidas las manifestaciones vertidas en la demanda. Con la intención de reforzar las tesis del recurrente se argumenta específicamente que la lesión del principio de igualdad de armas fue una constante durante el juicio oral, como lo demuestra el que se permitiera escuchar cintas en gallego sin traducción, que, por ser lengua desconocida para las defensas, impidió su adecuada contradicción. Se aduce que el Ministerio Fiscal, lejos de ser garante de los derechos del proceso, se permitió la redacción de un escrito de conclusiones definitivas totalmente distinto del escrito de conclusiones provisionales, tanto para

el recurrente de amparo como para el Sr. Hermida Paz, de modo que con ello se permitía la imposición de una pena muy superior a la que no hubiera sido posible la condena sin esa modificación. Se afirma que el art. 732 LECrim permite la modificación de las conclusiones una vez practicadas las diligencias de prueba en el juicio oral, pero que ello no significa que puedan introducirse hechos nuevos distintos a los que fueron objeto de acusación en el trámite de calificación provisional. En aras de garantizar el derecho de defensa del acusado la ley exige que la acusación sea precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y que la sentencia sea congruente con tal acusación, sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse. Se señala que en el caso es inconcuso que el escrito de conclusiones definitivas introdujo nuevos elementos frente a los que no existía posibilidad de defenderse en el juicio oral.

En relación con la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se argumenta que no deberían servir como prueba de cargo las declaraciones sumariales del fallecido don Manuel Baulo porque se prestaron bajo secreto del sumario, por lo que no se pudieron someter a contradicción, así como tampoco en el juicio oral, por cuanto estaba ya fallecido. Igualmente se aduce que las declaraciones de don Daniel Baulo tampoco pueden servir a la condena dado que es un coimputado arrepentido que se negó a contestar a las preguntas de las defensas afirmando que no contestaría a los asesinatos de su padre, lo que evidencia su animadversión hacia el resto de los procesados. Finalmente, se impugna también la validez de las escuchas telefónicas, de las cintas y sus transcripciones, en los mismos términos que lo hace la demanda de amparo, afirmando también su insuficiencia como prueba porque no se pudieron identificar las voces de los procesados mediante su audición en el juicio oral, sino a través de dos policías que realizaron las escuchas diez años antes.

9. Por escrito registrado en este Tribunal el 23 de septiembre de 2002, el Fiscal interesó la desestimación de la demanda de amparo, a pesar de considerar que el Tribunal Supremo había incurrido en incongruencia omisiva.

a) En primer término, el Fiscal argumenta en relación con la alegación relativa a la vulneración del principio acusatorio que si bien dicha lesión se produce cuando se alteran de forma esencial los hechos, introduciendo elementos nuevos, sin embargo, en el caso, la Sala se ciñe en su Sentencia a la genérica conducta de los procesados rectificando en la declaración de hechos probados aspectos fácticos de carácter accidental que no modifican la concreta operación que describen. Así se considera anecdótica la diferencia de la cuantía del beneficio señalada en el escrito de conclusiones, además de implicar una reducción cuantitativa del beneficio.

b) En cuanto a la lesión del derecho a ser informado de la acusación, dada la modificación fáctica y jurídica producida en las calificaciones definitivas, sostiene el Fiscal que con carácter general la decisión judicial de condenar con base en las calificaciones definitivas no puede generar indefensión ni limitación del derecho a conocer la acusación, pues en tales casos la Sentencia se pronuncia sobre el debate fáctico y jurídico habido en el juicio oral. Cita al efecto nuestra STC 62/1998 que recuerda que los límites de la congruencia se fijan en las calificaciones definitivas. Afirma, además, el Fiscal que las modificaciones producidas, si bien introducen una redacción más completa de los hechos, no introducen diferencias sustanciales, pues la única adición es la relativa a que el recurrente se trasladó a Portugal con la finalidad de recibir la mercancía, y la misma no

agrava lo más mínimo la conducta del procesado. Considera que dicha modificación no ha podido producir indefensión porque se efectúa «tras el debate contradictorio en el juicio oral», en el que se habrá sometido a contradicción el medio de prueba en base al cual el Fiscal llega a la conclusión, además de que la defensa tiene la posibilidad de negar u oponerse al relato de hechos propuesto por el Fiscal en el trámite de informe oral, e inmediatamente después, el propio acusado mediante el empleo de su derecho a la última palabra. Finalmente, respecto de la proposición del subtipo agravado entiende el Fiscal que tampoco puede estimarse que la acusación fuera sorpresiva pues, de un lado, es fruto de un manifiesto error, ya que figuraba en el escrito de conclusiones que dio lugar a la Sentencia de 15 de septiembre de 1995, y, de otro, la totalidad de los elementos que integran la descripción típica de la figura genérica y la figura agravada se hallaban contenidos en el escrito de conclusiones provisionales, por lo que pudo advertir con anterioridad al juicio oral la probable modificación de las calificaciones. En definitiva, el Fiscal sostiene que no hubo ni condena sorpresiva ni limitación de las posibilidades de alegación y prueba.

c) Considera el Ministerio Fiscal que tampoco se ha vulnerado el derecho a las pruebas pertinentes, alegación íntimamente conectada con la anterior, pues, si bien el art. 746.6 LECrim contempla la suspensión de la vista oral, sin embargo la admisión de pruebas es facultad discrecional y no toda inadmisión genera la lesión de este derecho. En particular, aduce que los razonamientos de la Audiencia Nacional —fundamento jurídico 4— para inadmitir las pruebas son razonables al señalar que no se ha producido una modificación relevante de los hechos que requiera nueva prueba, sino una modificación de la calificación jurídica de los invariados hechos de la que la defensa ha tenido conocimiento, y que, al no suponer la adición de circunstancias que no fueran conocidas con anterioridad, no justifica la práctica de ninguna prueba, y en concreto de la testifical propuesta. En consecuencia, la prueba en cuestión sería irrelevante al no tener incidencia decisiva en la resolución del pleito, además de que el recurrente no ha cumplido con la carga de fundamentar en la demanda la relevancia de la misma para la decisión del proceso, limitándose a señalar la necesidad de interrogar a los testigos para evitar que se considere su participación como de extrema gravedad.

d) Respecto de la alegación relativa a la lesión del derecho a la presunción de inocencia, dada la invalidez de las intervenciones telefónicas, razona el Fiscal que las irregularidades que se aducen respecto de las cintas y las transcripciones, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, no inciden en el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino, en su caso, en el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). De las irregularidades aducidas, la referente a que las cintas se incorporaron después de dictar las prórrogas con base en la STC 82/2002, afirma que ello no implica siempre falta de control judicial, si se señalaron plazos para la intervención y el Juez conoció periódicamente su resultado mediante los informes policiales correspondientes. De otra parte, ni esta irregularidad ni la relativa a la falta de firma del Secretario judicial en las transcripciones y las cintas tuvieron incidencia en la forma en que fue practicada la prueba en el juicio, por cuanto las cintas originales fueron custodiadas por el órgano judicial y escuchadas en el juicio oral, constituyendo las cintas el material probatorio valorado, de modo que las transcripciones solo se valoraron para afirmar la coincidencia entre lo transcrito y lo registrado en el soporte magnetofónico.

Argumenta el Fiscal que tampoco la remisión a lo argumentado en los fundamentos jurídicos 5 y 6 de la Sen-

tencia anterior constituye ninguna vulneración, pues no existe obstáculo para que las argumentaciones de carácter jurídico se extiendan al demandante de amparo, cuando además se trata de trasposiciones de doctrina general del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y teniendo en cuenta que se trata de las mismas cintas oídas en el primer juicio que reflejan las mismas conversaciones que en su día sirvieron para dictar la correspondiente Sentencia condenatoria. Por ello no se alcanza a comprender, en opinión del Fiscal, en qué medida se le puede haber ocasionado indefensión al recurrente.

En cuanto a la invalidez de las declaraciones sumariales del fallecido don Manuel Baulo, sostiene el Fiscal que, de conformidad con la doctrina constitucional (SSTC 141/2001 y 2/2002), basta con dar una ocasión para la contradicción de las declaraciones, y, en el caso, aunque no pudo hacerse efectiva la contradicción en el plenario dado el fallecimiento del testigo, la declaración, incorporada como prueba preconstituida pudo ser sometida a contradicción desde el procesamiento del recurrente, antes del fallecimiento del testigo, sin que el recurrente propusiera diligencia alguna para su contradicción.

Finalmente, respecto de las declaraciones del coimputado don Daniel Baulo, considera el Fiscal que tampoco la condena basada en dichas declaraciones vulnera el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto no fue la única prueba en que aquélla se sustentó sino en las declaraciones de don Manuel Baulo, de don José Luis Charlín, del propio recurrente en fase sumarial, y la audición de las cintas originales en el juicio oral.

e) Sobre la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por la incongruencia omisiva en la que habría incurrido el Tribunal Supremo, reconoce el Fiscal que es cierto que en el apartado B) del primer motivo de casación se enuncian tres pretensiones y sin embargo solo se contesta a la primera de ellas; omisión que no se reparó en el incidente de nulidad, pues se inadmitió, argumentando que se habría obtenido una respuesta tácita. Sin embargo, el Fiscal señala que la lacónica respuesta del Tribunal Supremo no dio respuesta ni expresa ni tácita a las concretas peticiones. Ahora bien, entiende el Fiscal que en la medida en que la pretensión se refería a la cuestión de la fundamentación por remisión a la anterior Sentencia en lo relativo a las cintas, y teniendo en cuenta que con ello el recurrente estaba intentando la reparación de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), que no se habría logrado en vía ordinaria; «infracción de un derecho fundamental sustantivo, que al no haber sido remediado [*sic*] ha de ser replanteado [*sic*] ante esta instancia constitucional». En definitiva, en su opinión no cabría aducir la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

f) En cuanto a la lesión del derecho a la tutela judicial por no haber tenido un recurso efectivo, dado los límites de la casación, razona el Ministerio Fiscal que la cuestión ha sido resuelta en sentido negativo por este Tribunal en la STC 70/2002, cuya argumentación reproduce, y afirma que el Tribunal Supremo, al examinar la presunta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, analizó, aunque de forma sintética, la prueba de cargo, considerando que las pruebas habían sido llevadas a cabo con las debidas garantías y que se habían valorado de forma lógica y racional.

g) Sobre la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, el Fiscal afirma que las intervenciones telefónicas no lo lesionaron, pues, de un lado, los Autos están motivados y se basan en auténticas sospechas y en una intensa labor policial previa de seguimiento y observación de los procesados; y de otro, se motivaron por remisión a los oficios policiales en los que constan las sospechas, efectuando éstos una dación

de cuentas quincenal y la remisión de las cintas originales, produciéndose así un control judicial suficiente.

h) Finalmente, ninguna vulneración del derecho a la legalidad penal advierte el Fiscal a partir del canon constitucional aplicable (SSTC; 137/1997; 151/1997; 42/1999; 174/2000), pues la Audiencia Nacional, al aplicar el subtipo agravado, con cita de abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, especificó cuáles son los elementos que tienen que concurrir para poder aplicar la agravante, valorando la particular conducta desarrollada en la génesis o ideación del delito, el impulso prestado para lograr su fin o la naturaleza y entidad de los medios empleados para su logro.

10. Por providencia de 10 de febrero de 2003 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 13 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 1999 y contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000, que confirmó en casación la anterior, en virtud de las cuales el recurrente fue condenado como autor de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia por persona perteneciente a organización [arts. 344 y 344 bis a) núms. 3 y 6 del Código penal de 1973] y concurriendo extrema gravedad [art. 344 bis b) CP de 1973], en concurso de normas con un delito de contrabando en grado de tentativa —arts. 1.4, 2.1 y 3.2 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio—, imponiéndosele las penas de diecisiete años, cuatro meses y un día de reclusión menor, accesoria de inhabilitación absoluta y multa de 225 millones de pesetas. Asimismo, se dirige contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2001 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones planteado por el recurrente.

Como ha quedado expuesto con detalle en los antecedentes, la demanda aduce distintas vulneraciones de sus derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), atribuyéndose dichas lesiones en primer término a la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional y de forma derivada, en cuanto no las reparó, a la Sentencia dictada en casación, si bien, añadiéndose respecto de ésta, las vulneraciones específicas del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho congruente con las pretensiones aducidas (art. 24.1 CE) y del derecho del condenado a la revisión de su declaración de culpabilidad y del fallo condenatorio (art. 24.2 CE); pretensiones de amparo que, para evitar reiteraciones innecesarias, serán precisadas en el momento de ser analizadas.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación del amparo, no sin reconocer que determinados motivos del recurso de casación interpuesto por el recurrente, relativos a la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, quedaron sin respuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000, mientras que la representación de don José Luis Hermida Paz, comparecido en este proceso constitucional, considera que se han ocasionado las vulneraciones aducidas.

El examen de las vulneraciones alegadas se acometerá, prescindiendo del orden en el que han sido expuestas en la demanda de amparo, y en atención al criterio



de los efectos que su eventual estimación tendría en el proceso en cuyo seno se dicen cometidas.

2. Procede, por consiguiente, iniciar el examen de la demanda de amparo por las vulneraciones del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y, en particular, analizando las distintas quiebras de las mismas conectadas con el principio acusatorio y cuyo telón de fondo es no sólo la vulneración del derecho de defensa, sino también la de la garantía de imparcialidad del órgano enjuiciador.

En este marco, el recurrente se queja, en primer término, de que la Audiencia Nacional, en la declaración de hechos probados de su Sentencia, introdujo un hecho nuevo que no constaba ni en las conclusiones provisionales ni en las definitivas y que sirvió de sustento a la aplicación del subtipo agravado del art. 344 bis b) CP de 1973, así como a la petición de elevación de la pena privativa de libertad —de once a veinte años—, colaborando de esta forma con la acusación y perdiendo la imparcialidad que le corresponde. En concreto, se refiere al reparto de la cocaína transportada con otros coprocesados —entre otros, don José Luis Charlín.

Sostiene, en segundo término, el recurrente que fue sometido a una acusación sorpresiva, lesiva del derecho a ser informado de la acusación, al producirse la modificación de las calificaciones por el Ministerio Fiscal e introducirse en el trámite de calificaciones definitivas la agravante del art. 344 bis b) CP de 1973. A dicha lesión ha contribuido el órgano judicial, perdiendo, por tanto, su imparcialidad, al permitir al Fiscal modificar las calificaciones, con base en haber cometido un error. En su opinión, se ha producido un «uso torticero» de la facultad de modificar las conclusiones que otorga la Ley de enjuiciamiento criminal, pues dicha facultad está prevista en sus arts. 732 y 733 sólo para efectuar una modificación de los hechos en base al resultado de la prueba practicada en el juicio oral y no para enmendar errores de calificación del Fiscal.

En conexión directa con lo anterior, alega el recurrente, en tercer lugar, la vulneración del derecho de defensa y a las pruebas pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), al habersele inadmitido las pruebas propuestas al final del juicio oral tras la modificación de las calificaciones efectuada por el Ministerio Fiscal. Se insiste en la demanda de amparo en que la modificación de las calificaciones supuso una variación relevante de los hechos y que las pruebas inadmitidas pretendían rebatir los nuevos hechos. Además apoya la relevancia de la modificación no sólo en el considerable aumento de la extensión del escrito de calificaciones —de 33 a 90 líneas—, sino también en el hecho de que si no hubiera sido relevante para la condena, el Ministerio Fiscal no hubiera efectuado la modificación.

En definitiva, el recurrente denuncia tanto la pérdida de imparcialidad del órgano judicial dado que su actuación favoreció a la acusación en su contra, como la lesión del derecho de defensa al no haber podido defenderse de todos los elementos fácticos que sustentaron su condena por el subtipo agravado del art. 344 bis b) CP de 1973, ni de esta nueva calificación jurídica, ya que el órgano judicial le condenó por un hecho del que no había sido acusado —al no constar en los escritos de calificaciones—, y le impidió defenderse de los nuevos hechos al inadmitirle las pruebas propuestas a raíz de modificar el Ministerio Fiscal las calificaciones.

3. El examen de la pretensión expuesta debe comenzar recordando que desde la STC 12/1981, de 12 de abril, este Tribunal ha reconocido que en el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo (art. 24.2 CE) se encuentra el derecho a ser informado de la acusación y que éste se conecta con

el derecho de defensa. En concreto, desde entonces hemos declarado que la información, a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que «sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral», pero también la calificación jurídica, dado que ésta «no es ajena al debate contradictorio» (FJ 4). Ahora bien, ya en aquella primera ocasión señalamos que si bien de este principio resulta la necesaria congruencia entre acusación y sentencia, es, sin embargo, posible que los órganos judiciales se aparten de la calificación jurídica fijada por las acusaciones sin que ello suponga automáticamente la vulneración del derecho de defensa del acusado, siempre que concurren dos condiciones: «la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación», y «que ambos delitos... sean "homogéneos", es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo»; en definitiva dijimos, «si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia ... no existe indefensión», ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la nueva calificación (FJ 5).

Esta doctrina ha sido reiterada hasta nuestros días (por todas, SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 161/1994, de 23 de mayo, FJ 2; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14; 302/2000, de 16 de enero, FJ 2; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5), sin perjuicio de que hayamos efectuado importantes precisiones, que, con independencia de las que afectan a la necesidad de una previa imputación en fase de instrucción (por todas, STC 19/2000, de 31 de enero, FJ 5), pueden sintetizarse así:

a) Nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado (por todas, STC 54/1985, de 18 de abril), o, como afirma la STC 104/1986, de 17 de julio (FJ 3), «el no acusado no puede ser condenado y ni siquiera juzgado», pues, de un lado, la Constitución impone la separación entre la función de juzgar y la de acusar impidiendo que el Juez actúe sucesivamente como acusador y como juzgador (entre otras muchas, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FFJJ 4, 5 y 6; y 225/1988, de 28 de noviembre, FJ 1), y, de otro, el derecho a ser informado de la acusación es consustancial al derecho de defensa, pues parte esencial del mismo es el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 3) y nadie puede defenderse de lo que no conoce (por todas, SSTC 141/1986, de 12 de noviembre, FJ 1; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4; y 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4).

b) No cabe acusación implícita, ni tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa (SSTC 163/1986, de 17 de diciembre, FJ 2; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7; 358/1993, de 29 de noviembre, FJ 2) y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados (SSTC 9/1982, de 10 de marzo, FJ 1; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 87/2001, de 2 de abril, FJ 5), salvo en el juicio de faltas, en cuyo ámbito se flexibilizan las exigencias derivadas del principio acusatorio (por todas, SSTC 141/1986, de 12 de noviembre, FJ 1; 358/1993, de 29 de noviembre, FJ 2).

c) La congruencia entre la acusación y el fallo se determina a partir de la fijación definitiva de las calificaciones por la acusación, esto es, en el escrito de conclusiones definitivas (por todas, SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5; 62/1998, de 17 de marzo, FJ 5).

d) La información en segunda instancia de la acusación no subsana la lesión del derecho a ser informado de la acusación producido en la primera instancia, pues «el resultado final de todo el proceso sería que el acusado habría tenido una ocasión única de informarse y defenderse de la acusación ... y, en consecuencia se le habría privado, efectivamente, de una primera instancia con todas las garantías» (STC 17/1988, de 16 de febrero, FJ 4; en sentido similar, por todas, SSTC 18/1989, de 30 de enero, FJ 2; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2).

4. De lo anteriormente expuesto resulta que le asiste la razón al recurrente al situar en el ámbito de las garantías conectadas con el principio acusatorio las irregularidades, presuntamente cometidas por el órgano enjuiciador, que, según alega en su demanda, ponen de manifiesto su pérdida de imparcialidad, pues, ciertamente, una de las garantías sustanciales del proceso justo consiste en la imposibilidad de condenar sin acusación ejercida por órgano distinto a quien juzga (por todas, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FFJJ 5 y 6; 104/1986, de 17 de julio, FJ 3; 134/1986, de 29 de octubre, FJ 4; 186/990, de 15 de noviembre, FJ 5; 302/2000, de 11 de noviembre, FJ 2). Ciertamente, el órgano judicial que introduce elementos fácticos que determinan una nueva calificación, o simplemente dicha nueva calificación, y condena en base a ellos, puede vulnerar esta garantía al condenar sin acusación previa. El principio de la necesaria congruencia entre la acusación y el fallo plasma esta garantía, por lo que hemos señalado que el momento decisivo para la fijación de la acusación es el escrito de calificaciones definitivas (SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5; 62/1998, de 17 de marzo, FJ 5).

Hemos de aceptar también la alegación del demandante de amparo relativa a que una modificación de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas, puede ocasionar la lesión de su derecho de defensa, pues si, como acabamos de recordar, no puede contradecirse lo que se desconoce y la defensa se ejerce primeramente en el juicio oral, el acusado no habrá podido ejercer de forma plena su defensa, respecto de las modificaciones fácticas y jurídicas introducidas en las calificaciones definitivas, al final del juicio oral. Cuestión distinta es que para declarar vulnerado el derecho de defensa en estos casos de alteración esencial del escrito de conclusiones provisionales, al fijar las definitivas, hayamos exigido que el acusado ejerza las facultades que le otorgan los arts. 746.6 y 747 LECrim, solicitando la suspensión de la vista y proponiendo nuevas pruebas o una instrucción sumaria complementaria (SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 16); pues esta exigencia no es más que la aplicación de la doctrina general de que la indefensión constitucionalmente proscrita es la que deriva de la actuación del órgano judicial y no la que ocasiona la falta de diligencia procesal de la parte en la defensa de sus intereses.

Ahora bien, ninguna vulneración se habrá producido si las modificaciones efectuadas —sean efectuadas por el órgano judicial en la sentencia respecto de las calificaciones definitivas, o por las partes acusadoras respecto de las presentadas con carácter provisional— no son esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena. Las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales (por todas, SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FFJJ 4, 5 y 6; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 6; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5; 4/2002,

de 14 de enero, FJ 4; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos inesenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas, o entre éstas y la declaración de hechos probados, no suponen ni la actuación parcial del órgano judicial, ni una condena sin acusación, ni, por ende, la vulneración del derecho de defensa. Pues, en efecto, el derecho a ser informado de la acusación se ciñe a serlo de aquellos elementos fácticos y jurídicos que conforman el hecho constitutivo de delito y su correspondiente calificación jurídica. De modo que si dichos elementos figuran en las calificaciones provisionales y en éstos se sustenta la condena, las modificaciones en las calificaciones definitivas o en los hechos declarados probados por la sentencia no implicarán ni una condena sin acusación, ni una condena sin ejercicio del derecho de defensa.

5. Unas ulteriores precisiones son aún necesarias antes de la aplicación de nuestra doctrina al caso que aquí debemos enjuiciar. Hemos dicho que las diferencias entre los hechos declarados probados de la Sentencia y las calificaciones definitivas que se proyectan sobre los elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o sobre la diferente calificación jurídica y que sustentan la condena suponen una vulneración del derecho del acusado a no ser condenado sin acusación previa ejercida por órgano distinto a quien juzga (SSTC 54/1985, de 18 de abril; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7; 205/1989, de 11 de diciembre; 161/1994, de 23 de mayo; 95/1995, de 19 de junio; 228/2002, de 9 de diciembre). Sin embargo, hemos señalado también que esta vulneración no acarrea paralelamente la lesión del derecho de defensa, pues es conceptual y materialmente posible que los nuevos hechos hayan sido objeto de debate en el plenario aún sin estar en los escritos de calificaciones (STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 7).

Asimismo, y en sentido inverso a las afirmaciones que acabamos de reiterar, hemos reconocido que, si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que suponga una calificación más grave no lesionan el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación (por todas, STC 9/1982, de 10 de marzo, FJ 1).

Ahora bien, tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la Ley de enjuiciamiento criminal, en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues eso puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas, puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicaren que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim). Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte «cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suple-

mentaria» (art. 746.6 en relación con el art. 747 LECrim). Con mayor precisión, la Ley de enjuiciamiento criminal prevé, para el procedimiento abreviado (art. 793.7), que «cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez modificar sus conclusiones definitivas».

En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la Ley de enjuiciamiento criminal, se permite su ejercicio respecto de esos nuevos hechos y su calificación jurídica.

6. En aplicación de esta razón de decidir al caso, hemos de comenzar nuestro análisis comparando la Sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional con el escrito de calificaciones definitivas, y éste con el de calificaciones provisionales, para determinar si las diferencias, cuya existencia ninguna de las partes de este proceso ha negado, son o no esenciales para fundamentar la condena por el delito de tráfico de drogas, de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, por persona perteneciente a organización, de extrema gravedad [art. 344, en relación con el art. 344 bis a), 3 y 6, y 344 bis b) CP de 1973].

Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el recurrente fue acusado, además del delito de contrabando, de un delito de tráfico de drogas, de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, por persona perteneciente a organización [art. 344, en relación con el art. 344 bis a), 3 y 6, CP de 1973], solicitándose una pena de once años de prisión mayor y multa de ciento treinta millones de pesetas. Al final del juicio oral, el Fiscal modificó sus conclusiones añadiendo a la calificación provisional la agravante del art. 344 bis b) del mismo Código, sin especificar si solicitaba su aplicación en virtud de concurrir el primer inciso —cuando las conductas revistieren «extrema gravedad»—, o el segundo —«cuando se trate de los jefes, administradores, o encargados de las organizaciones mencionadas en su número 6»—, y elevando su petición de pena a veinte años de reclusión menor y multa de doscientos veinticinco millones de pesetas. Esta última calificación fue la acogida en la Sentencia de la Audiencia Nacional, si bien la pena privativa de libertad impuesta fue de diecisiete años, cuatro meses y un día de reclusión menor.

De una primera comparación de la figura delictiva por la que fue condenado el recurrente, los hechos que sustentaron dicha calificación y la pena impuesta con los hechos, calificación y pena que fueron objeto de acusación final en el escrito de conclusiones definitivas, resulta con absoluta nitidez que el órgano judicial fue congruente con la pretensión acusatoria, pues, de un lado, no condenó por un delito distinto y más grave que aquél que fue objeto de acusación, sino por el mismo, ni condenó a pena superior a la pedida por el Fiscal o superior a la determinada por el marco legal de pena aplicable. Y, de otro, esta condena por el tipo agravado del art. 344 bis b) CP se basó en hechos que constaban en el escrito de conclusiones definitivas. Afirma el recurrente que la aplicación del subtipo agravado tiene su fundamento fáctico en el hecho de que el acusado

repartía la cocaína transportada por mitad con los otros procesados considerados máximos responsables de la organización, y entiende que este hecho no figuraba en el escrito de conclusiones definitivas del Fiscal. Pues bien, aunque no puede negarse que este elemento fáctico es uno, quizás el más relevante, de los que fundamentaron la aplicación del subtipo agravado al recurrente, sin embargo, este hecho aparecía expresamente en el escrito de conclusiones definitivas, en los siguientes términos: «Durante los meses previos a la realización del transporte, especialmente en el mes de junio de 1991, ambos procesados mantuvieron frecuentes reuniones con los condenados Daniel Baulo y José Charlín en las que acordaron los detalles de la operación sobre el traslado de la cocaína desde Sudamérica, la introducción y descarga en la Península Ibérica, y la posterior distribución de la parte del alijo que les corresponderían por su intervención (aproximadamente la mitad del mismo)».

7. Distinta conclusión se alcanza efectuando la comparación entre los escritos de conclusiones provisionales y definitivas, y no sólo porque en este último se adicionara una nueva agravación que determinaba un marco de pena superior, sino también porque dicha nueva calificación jurídica se sustenta en un nuevo relato de hechos en el que se añaden circunstancias esenciales relativas a la intervención del recurrente en el tráfico de cocaína, siendo precisamente estos elementos fácticos los que fundamentaron la condena por el subtipo agravado del art. 344 bis b) CP 1973.

a) En el escrito de conclusiones provisionales se sostuvo que el recurrente estaba integrado «en la organización que dirigida por José Luis Charlín y Daniel Baulo Carballo proyectó y ejecutó en el año 1991 un transporte...». Se añadía que en los meses previos a la aprehensión de la droga el demandante de amparo «mantuvo frecuentes contactos telefónicos con el responsable máximo del grupo José Luis Charlín y con otros miembros del mismo sobre el desarrollo y ejecución de tal operación ilícita, y en particular sobre su descarga una vez se aproximara el barco a las costas de la Península Ibérica con el objeto de que el plan criminal diseñado llegara a buen término». Finalmente, se afirmaba que Martínez Santiago cambió el radar del barco «Rand» en Marruecos. De acuerdo con ello, parece claro, en primer lugar, que al recurrente no se le atribuía un papel dirigente en la organización criminal, sino sólo su pertenencia a ella; en segundo lugar, que quien proyectó la operación fue la organización; y, en tercer lugar, que la referencia a los contactos telefónicos sobre el desarrollo, la ejecución de la operación y la descarga de la droga no precisaban qué intervención tenía el recurrente en la misma, ni, por último, si el acusado participaba en la toma de decisiones.

b) En las calificaciones definitivas, además de otras precisiones, se introducen tres hechos: de un lado, se comienza afirmando que «los procesados José Luis Hermida Paz y Enrique Martínez Santiago... en unión de otros... decidieron... transportar una importante cantidad de cocaína desde Sudamérica a España». Con posterioridad, se declara no sólo que los procesados mantuvieron contactos con los Sres. Charlín y Baulo en los que acordaron los detalles de la operación —traslado de la cocaína desde Sudamérica, su introducción y descarga—, sino también que en dichos contactos acordaron «la posterior distribución de la parte del alijo que les correspondería por su intervención (aproximadamente la mitad del mismo)». Finalmente, se afirma que «como quiera que el alijo de cocaína iba a ser descargado por las costas portuguesas, ambos procesados, Hermida Paz y Martínez Santiago, que en el plan criminal diseñado

eran los encargados de la descarga de la cocaína a través de Portugal, se desplazaron en esas fechas al país vecino a los efectos acordados, razón por la cual no pudieran ser detenidos por las fuerzas policiales una vez producida la aprehensión del barco y la incautación de la cocaína».

Estos tres hechos —decidir el transporte en unión de otros, acordar un reparto de la droga por mitades, y ser el recurrente el encargado de la descarga de la droga para lo que se habría trasladado a Portugal a recibir el barco— constituyen circunstancias que modifican de forma significativa la intervención del recurrente, pues en las calificaciones provisionales solo se afirmaba que el recurrente pertenecía a una organización dirigida por otros, que fueron quienes tomaron la decisión sobre la operación, no atribuyéndosele más intervención concreta que haber reparado el radar del barco y haber mantenido reuniones y contactos sobre el transporte y la descarga. Tampoco en el escrito de conclusiones provisionales se hacía mención alguna del beneficio económico que le correspondía al recurrente.

c) A pesar de que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo consideraron inesenciales las modificaciones fácticas efectuadas, el carácter esencial de estos hechos para fundamentar la condena por el subtipo agravado del art. 344 bis b) CP se contiene en la propia argumentación de la Sentencia condenatoria. Así, en el fundamento jurídico decimocuarto de su Sentencia la Audiencia Nacional, tras recordar las distintas tesis del Tribunal Supremo sobre los criterios para aplicar esta agravante, afirma estar de acuerdo con la doctrina de la STS de 19 de junio de 1995, que también se había aplicado en la anterior Sentencia dictada en el mismo procedimiento. Conforme a dicha Sentencia ni la cantidad de droga aisladamente considerada, ni la pertenencia a una organización, ni el uso de instrumentos especialmente preparados para el tráfico de droga son suficientes para aplicar la agravante, aunque todos ellos pueden tomarse en consideración. Según su argumentación ha de tenerse en cuenta el papel que cada acusado desempeña en la organización y en el episodio de tráfico de drogas, pudiendo alcanzar la agravante a individuos integrados en la organización que representen estadios intermedios de la misma, y debiendo además ponderarse si el acusado actúa en interés propio o al servicio de otra persona. En aplicación de dicha doctrina y tras repasar a qué procesados se les aplicó la agravante citada en la anterior Sentencia, la Audiencia Nacional afirma de forma genérica que las actuaciones del recurrente fueron de extrema importancia, incluso de mayor relevancia que la intervención del capitán del barco, a quien también se aplicó la agravante. Y concluye: «Hermida Paz y Martínez Santiago, junto con Charlín Gama y Baulo Carballo, venían a ser dueños del ilegal negocio, como se evidencia por el significativo hecho del proyecto de reparto de beneficios derivados de la operación entre todos ellos, acorde con sus respectivas intervenciones en los hechos punibles perpetrados».

Hemos, pues, de convenir en que las nuevas circunstancias relativas a la actuación atribuida al recurrente, el grado de participación en la organización y en la toma de decisiones sobre el transporte de la droga, así como el reparto de beneficios del ilícito comercio considerado como «significativo» de su propia intervención, afirmándose expresamente que junto con los otros tres procesados mencionados era «dueño del ilícito comercio», fueron determinantes de la aplicación de la agravante. Aplicación que la propia Sentencia no considera posible con base sólo en la cantidad de la droga transportada, o en la pertenencia a la organización, o en la utilización de instrumentos especialmente dedicados al tráfico de drogas.

8. Ahora bien, como acabamos de afirmar, la vulneración alegada no se ocasiona de forma automática

como consecuencia de la modificación esencial del hecho constitutivo de delito, aunque, ciertamente, es requisito indispensable para la misma. El recurrente estima que la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías se ha producido por dos motivos. Primero porque la Ley de enjuiciamiento criminal no permite la modificación de las calificaciones en caso de error del Fiscal, de modo que al admitir la alteración basada en dicho error el órgano judicial no se ha comportado con imparcialidad, auxiliando a la acusación y quebrando, en definitiva, el equilibrio procesal que la garantía de igualdad de armas requiere. La segunda razón reside en habersele inadmitido todas las pruebas propuestas para contradecir los nuevos hechos.

Pues bien, el primer motivo no puede ser acogido. No corresponde a este Tribunal declarar cuál es la interpretación correcta de las normas procesales, tampoco, en consecuencia, pronunciarse sobre si la única interpretación que admite el art. 732 LECrim es la sostenida por el recurrente o si resulta posible una modificación del escrito de conclusiones producida por propia iniciativa del Fiscal al estimar errónea la anterior, sin perjuicio de que podamos advertir que dicha modificación de la calificación jurídica derivada de un error de la acusación está prevista en el art. 733 LECrim a instancias del órgano juzgador, como acabamos de recordar. Desde nuestra perspectiva constitucional, que no es otra que la de examinar si se ha producido o no la vulneración del derecho de defensa, no puede sostenerse que la mera admisión por el órgano judicial de la alteración sustancial del escrito de calificaciones en las condiciones dichas suponga quiebra de la igualdad de armas procesales, ni que ello implique una actuación del órgano judicial de colaboración con la acusación que haga quebrar su imparcialidad.

Sin embargo, hemos de señalar inmediatamente que una alteración tan significativa de los hechos objeto de acusación como la que el recurrente denuncia, que implica un cambio de calificación jurídica y determina una modificación del marco de pena aplicable tan relevante —que pasa de tener su límite máximo de catorce años y ocho meses a veintitrés años y cuatro meses— ha de efectuarse sin limitar en modo alguno al acusado su derecho de defensa, máxime cuando, como ha quedado expuesto, la legislación procesal dispone de mecanismos al efecto. Pues no es necesario señalar que la limitación del derecho de defensa desequilibra el proceso a favor de la acusación. Es desde esta perspectiva desde la que hemos de valorar la inadmisión de todas las pruebas propuestas por la defensa tras la modificación de las calificaciones y la escasa duración de la suspensión del juicio oral, que se acordó para efectuar la comparecencia del art. 504 LECrim a los efectos de la prisión provisional solicitada por el Fiscal en ese momento.

En este marco ha de tenerse en cuenta que el derecho al conocimiento previo de la acusación como elemento integrante del derecho de defensa exige que exista un tiempo entre el momento de la puesta en conocimiento de la acusación y el momento en que se ejerce la defensa en la vista oral a los efectos de preparar la defensa. Así lo recoge expresamente el art. 6.3 b) del Convenio europeo de derechos humanos: «Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa». Y así lo ha aplicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en el caso *Mattochia c. Italia*, Sentencia de 25 de julio de 2000.

En este contexto —y a la luz de las circunstancias del caso, en particular, la entidad de las modificaciones efectuadas, así como las características de la nueva cali-

ficación jurídica, esto es, la indeterminación de la propia configuración legal de la agravante de «extrema gravedad» finalmente aplicada—, no puede considerarse que el trámite de informe oral de la defensa o el relativo al derecho a la última palabra pueden suplir las limitaciones del derecho de defensa, ya que, de un lado, el segundo tiene una función distinta, y, de otro, en el primero difícilmente se pueden rebatir los hechos sin haber tenido ocasión de presentar pruebas frente a ellos, y, si bien dicho trámite puede ser utilizado para argumentar contra la nueva calificación jurídica, la falta de tiempo para la preparación del mismo convierte en puramente formal su existencia.

A esta conclusión no puede oponerse el argumento de la Audiencia Nacional —fundamento jurídico cuarto de su Sentencia—, consistente en que «la modificación en cuanto a la calificación jurídica de los hechos es perfectamente válida, toda vez que el debate contradictorio que se produce en el acto del juicio recae también sobre dicha calificación», pues precisamente porque dicha modificación se introduce al final del juicio oral, una vez finalizada la práctica de la prueba, resulta necesario dar ocasión al acusado para que pueda contradecir dicha calificación.

Tampoco puede aceptarse el argumento de la Sentencia del Tribunal Supremo —fundamento jurídico primero— «de que la suma gravedad, como dato objetivo e incontestable, era conocido desde el inicio del proceso y de la propia acusación por el inculpado, respecto del que pudo hacer alegaciones en su contra». Pues no cabe predicar de ningún elemento de la acusación, ni fáctico ni jurídico, que constituya «un dato objetivo e incontestable» para el acusado, ni puede afirmarse que el inculpado lo conozca antes de su formal inclusión en el escrito de conclusiones de la acusación. Como este Tribunal ha declarado y acabamos de recordar, en los procesos por delito no cabe una acusación implícita o tácita, de modo que no es posible dar por conocido lo que no figura expresamente en los escritos de calificaciones, ni puede entenderse que el acusado ha tenido posibilidad de ejercer su derecho de defensa frente a lo que en dicho escrito no consta.

Por ello, no podemos compartir la fundamentación que expresa la Sentencia del Tribunal Supremo para negar la vulneración del derecho a las pruebas pertinentes para la defensa sustentada, de un lado, en que el ejercicio de este derecho requiere que se respeten las normas de procedimiento en cuanto al momento de proposición, de modo que como en el sumario ordinario el momento previsto es el trámite de conclusiones provisionales (art. 728 LECrim) y en dicho trámite no se propusieron las pruebas, se inadmitieron correctamente; y, de otro, en que al no haberse producido modificaciones esenciales de los hechos no resultaba necesaria nueva prueba frente a ellos. Sobre el carácter esencial de la modificación de los hechos ya se ha razonado con anterioridad. Por lo que se refiere al momento de la proposición de pruebas, si se produce una modificación de las conclusiones provisionales al elevarlas a definitivas, no puede sostenerse que el momento procesal oportuno para la proposición de prueba es el escrito de conclusiones provisionales, ya que los nuevos hechos, que se pretenden contradecir, aún no habrán sido objeto de acusación.

9. Finalmente, tampoco podemos aceptar la inadmisión por la Audiencia Nacional de las pruebas solicitadas sobre la base de su irrelevancia, pues, si bien es cierto que este Tribunal ha declarado que el derecho a las pruebas pertinentes para la defensa no implica el correlativo a la admisión y práctica de todas las pruebas propuestas, de modo que la inadmisión o falta de práctica de una determinada prueba no ocasiona la

lesión de este derecho si no es relevante para una modificación del sentido del fallo (por todas SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 9; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2), no lo es menos que, dada la íntima relación entre este derecho y el de defensa del que no es más que una de sus manifestaciones, hemos estimado su vulneración en casos de inadmisión o falta de práctica de toda la prueba de descargo propuesta imputable al órgano judicial (SSTC 2/1987, de 21 de enero; 205/1991, de 30 de octubre). También hemos apreciado esa lesión en supuestos de denegación de la solicitud de recibimiento del pleito a prueba en la medida en que esta negativa tiene como consecuencia el vedar íntegramente la práctica de la prueba (SSTC 1/1992, de 13 de enero, FFJJ 3, 4 y 5; 14/1997, de 28 de enero). En todos estos casos se impide totalmente el ejercicio del derecho de defensa, por lo que no resultan adecuadas las alusiones a la relevancia o irrelevancia de las pruebas propuestas (STC 14/1997, de 28 de enero, FJ 9).

Hemos de recordar que el derecho a la utilización de los medios de prueba en el marco del derecho de defensa requiere, como dice expresamente el art. 24.2 CE, que los propuestos sean pertinentes, de forma que estén conectados con los hechos que se imputan, que constituirán, caso de entenderse probados, el sustento de la condena, pues, de ser impertinentes las pruebas propuestas, la indefensión sería consecuencia de la negligencia de la parte en la defensa de sus intereses. De modo que si la denegación, por el órgano judicial encargado del enjuiciamiento, de todas las pruebas propuestas por la defensa puede, sin duda, basarse en su impertinencia, no puede hacerse, en cambio, en su irrelevancia para el sentido del fallo, pues esta declaración de irrelevancia absoluta de las solicitadas implica un juicio anticipado de culpabilidad, o, dicho de otro modo, supone la declaración de suficiencia para la condena de las pruebas pedidas por la acusación. Declaración que sólo puede efectuarse en la Sentencia, una vez valorada la prueba de descargo.

Hemos de subrayar también que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, partiendo de que las garantías inherentes al proceso justo no son necesariamente las mismas en el proceso civil y en el proceso penal, ha reconocido que incluso en el proceso civil la equidad requerida y la igualdad de armas «implica la obligación de ofrecer a cada parte una posibilidad razonable de presentar su causa —incluyendo en ella sus pruebas—, en condiciones que no la coloquen en situación de neta desventaja en relación con su adversario» (Sentencia de 27 de octubre 1993, caso *Dombo Beheer B.V. c. los Países Bajos*). Por lo que se refiere a los derechos del acusado, el art. 6.3, apartado d), CEDH le reconoce expresamente no sólo el de interrogar a los testigos que declaren contra él, sino también el de «obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra». Y si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado, al interpretar este concreto apartado, que el art. 6.3 CEDH «no exige la convocatoria e interrogatorio de todo testimonio de descargo», sin embargo ha declarado que «las palabras “en las mismas condiciones”, tienen por finalidad esencial una completa “igualdad de armas” en esta materia (Sentencias *Engel y otros c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976, serie A núm. 22, págs. 38-39, § 91, y *Bricmont c. Bélgica*, anteriormente citada, serie A núm. 158, pág. 31, §89)» [Sentencia de 22 de abril de 1992, caso *Vidal c. Bélgica*, § 33].

De otra parte, hemos de reiterar que, en el caso que enjuiciamos, la modificación de las calificaciones definitivas incidió en hechos esenciales que sustentaron la aplicación de la agravante, y que, desde la STC 12/1981,

de 12 de abril (FJ 4), hemos afirmado que el derecho de defensa comprende no sólo el de alegar y contradecir los hechos objeto de acusación, sino también la posibilidad de alegar y contradecir sobre todos los elementos esenciales de la calificación jurídica. Como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 25 de marzo de 1999, caso *Pelissier y Sassi c. Francia* (§62) —reiterado en Sentencia de 17 de julio de 2001, caso *Sadak c. Turquía*, § 57—, una vez que se hace uso del derecho incontestado a la recalificación de los hechos, «se hubiera debido ofrecer a los recurrentes la posibilidad de ejercer sus derechos de defensa sobre este punto, de una manera concreta y efectiva».

En suma, la aplicación, *mutatis mutandis*, de dicha razón de decidir al caso conduce también a considerar vulnerado el derecho de defensa al haberse inadmitido todas las pruebas de descargo propuestas tras la modificación esencial de los hechos objeto de acusación en el escrito de calificaciones definitivas, ya que, de esta forma, se ocasionó un menoscabo efectivo del citado derecho fundamental frente a los hechos que sustentaron la condena por el subtipo agravado del art. 344 bis b) CP 1973, así como frente a los elementos de esta nueva calificación jurídica.

10. En definitiva, hemos de declarar vulnerado el derecho de defensa en relación con el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a las pruebas pertinentes, garantías todas ellas integradas en el derecho a un proceso justo (art. 24.2 CE), debido a que se limitó indebidamente al acusado su derecho de defensa ante la esencial modificación de los hechos y de la calificación jurídica operada en las calificaciones definitivas. Dicha vulneración se subsana retrotrayendo las actuaciones a la Audiencia Nacional al momento posterior al que se formalizó la nueva pretensión acusatoria para dar ocasión al acusado a ejercer sin limitaciones el derecho fundamental afectado, sin perjuicio de que, por razón del tiempo transcurrido, la Sala entendiera procedente iniciar las sesiones del juicio oral.

La estimación de la demanda de amparo por este motivo hace innecesario el análisis del resto de las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas en la demanda de amparo que se habrían producido *in iudicando* —presunción de inocencia, legalidad penal— y en la revisión de la condena —tutela judicial efectiva sin indefensión—, y, por consiguiente, en fase posterior a la lesión examinada y estimada que implica un vicio producido *in procedendo*.

## FALLO

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

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Enrique Martínez Santiago y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho del demandante a la defensa en relación con el derecho a ser informado de la acusación y a las pruebas pertinentes (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 1999, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000 y el Auto de la misma Sala de 25 de abril de 2001, tan sólo en lo relativo al pronunciamiento de condena del recurrente de amparo.

3.º Retrotraer las actuaciones a la Audiencia Nacional al momento posterior al de presentarse el escrito

de conclusiones definitivas por el Fiscal o al que la Sala estime pertinente en los términos señalados en el fundamento jurídico décimo de la presente Sentencia.

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

Dada en Madrid, a trece de febrero de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo núm. 45-2000, promovido por don Enrique Martínez Santiago*

En uso de la facultad establecida en el apartado 2 del art. 90 LOTC, el Magistrado que suscribe cree necesario expresar su opinión discrepante con el fallo y parte de la fundamentación de la Sentencia mayoritaria, anunciado en el acto de deliberación del recurso, mediante el presente Voto particular, emitido con el máximo respeto al criterio de la mayoría.

Estoy conforme con las conclusiones a las que se llega en los ocho primeros fundamentos de Derecho de la Sentencia, en lo que se refiere al alcance y a las manifestaciones, en general y en concreto, del principio acusatorio. Comparto también la afirmación general de que una alteración sustancial en los hechos objeto de acusación ha de efectuarse sin limitar el derecho a la defensa del acusado.

Discrepo, sin embargo, en que tal fundamentación pueda conducir a una automática estimación del recurso de amparo. La decisión de la mayoría no logra despejar esta objeción fundamental: el demandante de amparo ni siquiera se ha cuidado de realizar el más mínimo análisis de la potencial relevancia que la práctica de los medios de prueba inadmitidos hubieran tenido para el sentido del fallo. Por ello se concede el amparo, a mi entender, en contra de la doctrina tradicional de este Tribunal. Los restantes argumentos que se emplean en la Sentencia aprobada por la mayoría tienen poca fuerza de convicción desde la perspectiva del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa y más aún si se considera que este derecho está íntimamente ligado al de defensa, como voy a justificar.

No puedo compartir que tras la afirmación de que es imprescindible acreditar la potencial relevancia de los medios de prueba denegados o simplemente no practicados —primer inciso del fundamento de Derecho 9— la decisión de la mayoría conceda el amparo sin que en ningún momento se pueda conocer ni de la lectura de los antecedentes de hecho, ni lo que es peor de la demanda de amparo, en qué modo se ha visto afectado hipotéticamente el fallo por no practicar dichas pruebas. Entiendo que no se puede conocer la afectación que para el sentido del fallo hubieran tenido las pruebas, porque al no ser misión del Tribunal hacer un juicio directo de relevancia de las pruebas, juicio que compete a los órganos jurisdiccionales ordinarios, sería el demandante quien conforme a nuestra doctrina debería habernos proporcionado los argumentos de la relevancia. Sin embargo, no lo ha hecho.

Tampoco comparto los argumentos que emplea la mayoría para justificar que en este caso no es preciso el examen de la relevancia de los medios no practicados. El primer argumento que se enuncia —aunque parezca situarse en segundo lugar— en realidad abona la tesis que defiende. La prueba puede ser rechazada íntegra-

mente si es impertinente. La decisión mayoritaria no duda que en dicho supuesto es posible rechazar todos los medios propuestos, incluso aunque el recurrente calificara dichos medios como de descargo, y en cualquiera de las hipotéticas situaciones en que se produjera el rechazo a la prueba. Siguiendo este argumento, el demandante debería haber puesto de manifiesto las razones por las que a su juicio la prueba rechazada es pertinente, pues en otro caso podríamos entender ajustada al derecho de defensa la denegación de *toda* la prueba de descargo. Pero como parece lógico ello exigiría del demandante la justificación de la pertinencia de los medios de prueba. Y como en este caso ni siquiera se analizan en la Sentencia dichos medios de prueba, no es posible saber si se trataba de medios pertinentes o no.

Tampoco acepto el segundo de los argumentos, que tiene que ver con el rechazo de todas las pruebas de descargo por irrelevantes. Aunque la decisión de la mayoría se refiere en concreto a los casos de denegación del recibimiento a prueba si ello impide la total práctica de la pruebas, y a los de rechazo de la totalidad de la prueba de descargo por irrelevante, luego sienta una afirmación general que no puedo aceptar, en la medida en que desapodera a los órganos judiciales de su función de admitir o inadmitir la prueba, pues no es la cantidad de medios rechazados, sino su relevancia el único criterio al que habría que atender.

Basta citar textualmente el inciso último del fundamento que se analiza para entender la base esencial de mi discrepancia. Se afirma de modo tajante lo siguiente: «De modo que si la denegación, por el órgano encargado del enjuiciamiento, de todas las pruebas de la defensa puede, sin duda, basarse en su impertinencia, no puede hacerse, en cambio, en su irrelevancia para el sentido del fallo, pues esta declaración de irrelevancia absoluta de las solicitadas implica un juicio anticipado de culpabilidad...».

Esta afirmación, tal como se efectúa en la Sentencia aprobada por la mayoría, no puede ser compartida. En primer lugar es preciso insistir en que no se trata de un supuesto en el que se deniega toda la prueba propuesta por la defensa en el momento de sus conclusiones provisionales. Es decir, se trata de una prueba propuesta tras haber practicado el recurrente en juicio todas las

pruebas que estimó precisas en su descargo. Pero, en segundo y más importante lugar, para que según nuestra doctrina pudiéramos adentrarnos en la relevancia o irrelevancia de un medio de prueba es preciso que al menos supiéramos qué se pretendía acreditar con el medio de prueba. Y esta necesidad de adentrarnos en la relevancia con el fin de determinar si el medio no practicado podía ser relevante para el fallo, al menos hipotéticamente, es la que se ha exigido de modo constante en nuestra doctrina y en cualquier caso. Basta con leer el fundamento de Derecho 5 de la Sentencia 70/2002, de esta misma Sala, para concluir que no hemos hecho excepción alguna.

Por ello considero que existe un salto lógico en la Sentencia aprobada por la mayoría cuando al concluir este fundamento se afirma que con la denegación de todas las pruebas de descargo (sin mencionar ni tan siquiera cuáles fueron éstas ni analizar tampoco cuál era su contenido y cuál su relevancia de acuerdo con las alegaciones del recurrente a quien siempre se le ha impuesto esta carga por el Tribunal) «se ocasionó un menoscabo efectivo del citado derecho fundamental frente a los hechos que sustentaron la condena por el subtipo agravado...». Es a mi entender imposible argumentar este menoscabo cuando el propio demandante ha incumplido la carga procesal de fundamentar en la demanda de qué modo podría haber cambiado el fallo de haberse practicado las pruebas denegadas, como justamente ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal. Es imposible generalizar como se hace en este caso porque es posible concebir supuestos en los que toda la prueba propuesta sea irrelevante y, sobre todo, no es misión de este Tribunal de amparo afirmar lo contrario. Mantengo por ello que la íntima relación que existe entre el derecho a la utilización de los medios de prueba y el derecho de defensa exige indefectiblemente el cumplimiento de nuestra tradicional doctrina y que sea el demandante quien continúe teniendo la carga de argumentar la potencial relevancia para el sentido del fallo.

En este sentido, reiterando mi respeto a la Sentencia de la mayoría, emito mi Voto particular.

Madrid, a dieciocho de febrero de dos mil tres.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.