|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 167/2000 |
| Fecha | de 7 de julio de 2000 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Pablo Cachón Villar y doña María Emilia Casas Baamonde. |
| Núm. de registro | 5236-1999 |
| Asunto | Recurso de amparo 5.236/1999 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, la Sección acuerda inadmitir a trámite la presente demanda de amparo en virtud de la manifiesta carencia de contenido constitucional que justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional [art. 50.l.c)LOTC]. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado ante este Tribunal el 10 de diciembre de 1999 el Procurador don Antonio del Castillo Olivares Cebrián, en nombre de don Damián y don Gabriel Valens Cerda y de don Martín Palmer Calvo, interpuso demanda de amparo contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 7 de julio de 1997 y la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999, que confirmó en casación la primera. En dichas Sentencias los demandantes de amparo fueron condenados como autores de un delito de estafa continuada agravada por la especial gravedad de la defraudación, considerada como muy cualificada, a las penas de cinco años de prisión menor, accesorias correspondientes y costas procesales.

2. Los hechos declarados probados que sustentaron la condena, sucintamente expuestos, son los siguientes:

a) Los hermanos don Damián y don Gabriel Valens y el Sr. Martín Palmer eran socios de la empresa Sermatic y, según el Registro Mercantil, don Gabriel Valens y don Martín Palmer eran, además, administradores solidarios de la misma. Tras varios ejercicios económicos con pérdidas y ante la insostenible situación financiera de la empresa, los tres recurrentes decidieron llevar a cabo la operación diseñada por el Abogado y también condenado don Vicente Campaner consistente en desvincularse de la sociedad Sermatic a través de la venta ficticia de sus acciones a una persona que nombraron administradora única. Paralelamente, crearon una segunda sociedad a través de personas interpuestas que canalizaría el material suministrado a Sermatic por las empresas suministradoras. Material que venderían lo antes posible a precio inferior al de mercado.

b) En ejecución de dicha trama, el Abogado don Vicente Campaner contactó con doña Dulce Nombre Chicharro, que había sido anterior empleada de un bar, explotado por una sociedad del padre de don Vicente Campaner, convenciéndole, mediante la entrega de una cantidad de dinero, de que fuera accionista mayoritaria de una empresa y de que suscribiese todos los documentos que le presentaran a la firma. También contactó con otros dos clientes habituales del bar, uno con antecedentes penales, sin patrimonio ni trabajo, para que aceptaran ser accionistas de la futura empresa y firmaran los documentos pertinentes. Paralelamente, engañaron a los otros accionistas de la empresa Sermatic sobre la existencia de un grupo catalán que compraría la empresa para que vendieran sus acciones, como así hicieron.

c) Los testaferros contactados en el bar constituyeron la nueva sociedad Unifri S.L. ante notario el 13 de junio de 1989. Dos días después, los hermanos Valens y don Martín Palmer vendieron sus acciones a doña Dulce Nombre Chicharro, por la cantidad de dos millones y medio de pesetas, que no recibió, produciéndose un autoingreso por la misma cantidad en las cuentas corrientes de titularidad de los recurrentes.

d) Los recurrentes continuaron gestionando la empresa Sermatic y realizando gestiones de pedidos de mercancías a sus antiguos proveedores en poco tiempo por una cantidad de 100 millones de pesetas. Estos pedidos eran pagados mediante letras de cambio firmadas por la nueva administradora de Sermatic -doña Dulce Nombre Chicharro- y fueron impagadas a su vencimiento. Ante la magnitud de los pedidos, que no encajaba con la cuantía de la actividad anterior de la empresa, los proveedores pidieron en distintas ocasiones confirmación de los pedidos, y ante los primeros impagos fueron tranquilizados por los recurrentes y por la administradora, afirmando que se trataba de una situación de falta de liquidez provisional. Las entregas de material fueron desviadas desde Sermatic a la nueva empresa Unifri, sin que fueran documentadas las entregas en esta empresa.

e) Ante la denuncia de uno de los perjudicados fue detenida doña Dulce Nombre Chicharro, quien, inmediatamente, contó todo lo sucedido y colaboró en la investigación posterior.

3. En la demanda se alegan la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24 CE), vulneración de la prohibición de bis in ídem (art. 25.1 CE), vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio acusatorio (art. 24 CE):

a) La primera vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que se conecta con el derecho a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la misma (art. 24 CE), se anuda a las presuntas irregularidades cometidas en la práctica de una prueba pericial caligráfica. En particular, la prueba habría sido practicada sin notificar el nombramiento del perito a la parte, habiendo ampliado el contenido acordado para la pericial, sin la presencia del secretario judicial, y sin avisar de que la pericial podría destruir o alterar el objeto de la pericia.

b) La vulneración de la prohibición de bis in ídem (art. 25.1 CE) se fundamenta en la calificación de la estafa como agravada, por la especial gravedad atendido al valor de la defraudación y como el delito continuado. Se afirma que ambas agravaciones se basan en el mismo hecho y, por tanto, este hecho habría sido doblemente sancionado.

c) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por falta de motivación de la determinación de la pena impuesta, ya que la Sentencia no explícita las razones jurídicas que avalan la imposición de la pena concreta de prisión menor de cinco años.

d) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por falta de motivación de la individualización de la pena impuesta (art. 24.1 en relación con el art. 17.1 CE). Se afirma, con cita de jurisprudencia constitucional, que el deber de motivación de una Sentencia penal es mayor por cuanto afecta al derecho a la libertad, para sostener que no se motivó la Sentencia en la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, como requiere el Código penal, refutando que los criterios jurídicos mencionados en la Sentencia sean aplicables, porque ya habrían sido tenidos en cuenta en el tipo penal.

e) Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), en cuanto que el Tribunal Supremo se habría apartado de forma inmotivada de su jurisprudencia al imponer conjuntamente las agravaciones referidas a la especial gravedad atendido el valor de la defraudación y por delito continuado, pues es doctrina reiterada la incompatibilidad entre ambas, dada la lesión del non bis in ídem que su aplicación conjunta implicaría.

f) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, puesto que la Sentencia se sustentó en la declaración de la coimputada, que no puede servir de prueba de cargo conforme a la doctrina del Supremo ya que se obtuvo bajo amenazas, y en conjeturas y suposiciones, por lo que no hubo prueba de cargo suficiente.

g) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio acusatorio e incongruencia omisiva (art. 24 CE). De un lado, se sostiene que el Tribunal Supremo incurrió en incongruencia omisiva al no contestar a la cuestión relativa a la presunta lesión del principio acusatorio. De otro, se afirma que se lesionó el principio acusatorio, pues se introdujo en el debate un elemento incriminatorio nuevo a partir de los documentos que se encontraron en el registro del despacho del Abogado coimputado. Finalmente, se estima que la ilegalidad del registro implicaría que la valoración de los documentos encontrados en el mismo lesionó el derecho a un proceso con todas las garantías.

4. La Sección, en providencia de 22 de enero de 2000, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el núm. 3 del art. 50 LOTC, conceder a los demandantes de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formulasen, con las aportaciones documentales que procediesen, las alegaciones que estimaren pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda, [art. 50.1c)LOTC].

5. Cumplimentado el citado trámite de alegaciones, en escrito de 8 de febrero, la representación de los recurrentes reiteró el contenido de la demanda de amparo, tanto respecto de las infracciones denunciadas como en lo que a sus fundamentos atañe.

6. El Ministerio Fiscal en escrito de alegaciones registrado el 14 de febrero de 2000, interesa la inadmisión del recurso de amparo por carencia manifiesta de contenido.

a) En primer término, respecto de la prueba pericial caligráfica, argumenta el Ministerio Fiscal que la forma en que se desarrolló ni revela indefensión constitucionalmente relevante ni los recurrentes precisan en qué ha consistido el perjuicio irrogado.

b) En segundo lugar, se sostiene la falta de fundamento de la lesión de la prohibición de bis in ídem, dado que, como explica la Sentencia del Tribunal Supremo, es posible la concurrencia de ambas, puesto que puede existir continuidad delictiva sin apreciar la agravante del art. 529.7, y viceversa.

c) En tercer lugar, se afirma que las dos páginas dedicadas en el fundamento jurídico XI de la Sentencia de la Audiencia Provincial explicando las razones de la apreciación de las circunstancias específicas que autorizan la aplicación de los tipos y las penas constituye explicación suficiente al justiciable de las razones de la decisión.

d) Carece de contenido, igualmente en opinión del Ministerio Fiscal, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva derivada de la falta de motivación de la individualización de la pena, pues está suficientemente motivada y los recurrentes confundirían la falta de motivación con la discrepancia.

e) En quinto lugar, se defiende la imposibilidad de efectuar la comparación requerida a los efectos del análisis de la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, ya que de las Sentencias mencionadas, en las que no se aportan los hechos probados y las calificaciones jurídicas, no se podría colegir la identidad de supuestos requerida al efecto.

f) En relación con la presunta lesión del derecho a la presunción de inocencia se sostiene que el Tribunal Supremo no hizo sino aplicar la doctrina del propio Tribunal Constitucional sobre la validez de las declaraciones de coimputados como prueba de cargo, por lo que no se puede entender que no exista prueba de cargo.

g) Por último, se afirma, de un lado, que la presunta invalidez constitucional del registro carece de conexión con el principio acusatorio, lo que se conectaría, a su vez, con la incongruencia omisiva denunciada. Y, de otro, se afirma que las cuestiones sobre la validez del registro fueron contestadas en ambas resoluciones recurridas.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Iniciando el análisis de las vulneraciones alegadas en el orden en el que se exponen en la demanda, hay que afirmar que carecen de contenido de forma manifiesta las vulneraciones de derechos fundamentales que se anudan a la práctica de la prueba pericial caligráfica. La irregularidad principal a la que se refieren los recurrentes, relativa a que en el acta del juicio oral no quedara constancia del nombre de los peritos, no afecta al derecho a utilizar las pruebas pertinentes para la defensa (por todas STC 1/1996, de 15 de enero), pues no supone ni la denegación inmotivada ni la falta de práctica de una prueba propuesta. Tampoco afecta al derecho a la tutela, ni al derecho de defensa, ni al derecho a un proceso con todas las garantías, pues, como afirma el Tribunal Supremo y reitera en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, no se precisa ni se observa en qué medida la irregularidad mencionada les ocasionó indefensión. De un lado, no se trata de la falta de conocimiento de la parte del nombramiento de los peritos y del contenido y objeto de la pericial, pues, habiendo sido nombrados en el juicio oral, es evidente que estaban presentes los recurrentes y tuvieron un conocimiento puntual de lo que aconteció, no sólo en cuanto al nombramiento, sino en cuanto al resultado de la prueba que pudieron someter a contradicción. De otro, la irregularidad alegada es la falta de constancia documental en el acta del juicio oral, de manera que la cuestión, puramente fáctica, es si es posible entender que los hechos sucedieron como se afirma en las Sentencias. Como este Tribunal ha declarado (ATC 155/1999), lo que no consta en el acta puede ser probado por otros medios, de manera que en la medida en que este Tribunal no puede revisar las apreciaciones fácticas realizadas por los Tribunales ordinarios salvo que afecten a algún derecho fundamental, ha de darse por cierto lo relatado por los Tribunales ordinarios.

Igualmente ha de entenderse que el resto de las presuntas irregularidades alegadas no afecta al derecho a las pruebas pertinentes, ni puede entenderse que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que tales irregularidades no ocasionaron indefensión en los recurrentes.

2. Carece de contenido de forma manifiesta también la pretendida vulneración de la prohibición de doble sanción, pues si bien es cierto que este derecho se vulnera no sólo cuando se sanciona en dos procedimientos distintos el mismo hecho, sino cuando el mismo fundamento fáctico es utilizado para agravar la pena dos veces (STC 154/1990, de 15 de octubre), no puede entenderse que se haya producido en el caso doble sanción sobre el mismo hecho. A estos efectos ha de tenerse en cuenta que, aunque fuera posible sostener que la aplicación conjunta del art. 69 bis y del art. 529 CP (1973) conlleve en algún caso doble sanción del mismo elemento fáctico, en el caso, la Audiencia eludió el bis in ídem con una fundamentación que no puede considerarse arbitraria. De un lado, no aplicó la agravante de múltiples perjudicados del art. 529.8 CP. Y, de otro, argumentó que la especial gravedad -circunstancia agravatoria del art. 529.7 CP- no se apreciaba en atención a la cuantía total de lo defraudado -cien millones-, sino teniendo en cuenta que, respecto de alguno de los perjudicados, la cuantía de lo defraudado era superior a seis millones de pesetas, de forma que esta cuantía superaba ya por sí misma, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cuantía mínima para imponer la agravante como muy cualificada. Por tanto, en atención a dichos argumentos y a la pena concretamente impuesta, no puede entenderse doblemente sancionado ni el hecho de la gravedad del perjuicio, ni el hecho de afectar la estafa a múltiples perjudicados; pues la pena de cinco años de prisión impuesta, en el marco de la pena de prisión menor en grado máximo, se basa en la calificación de estafa con la agravación de especial gravedad apreciada como muy cualificada -art. 528.2 CP-, y en la agravación genérica por apreciar delito continuado -art. 69 bis par. 1 CP-, sin que se haya hecho uso de las agravaciones específicas previstas en otros párrafos de este art. 69 bis.

3. De todo lo que antecede deriva que la pena está suficiente y razonablemente motivada en su determinación general, por lo que carece de contenido, al igual que las pretensiones anteriores, la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la determinación de la pena. La misma consideración merece la paralela alegación referida a la falta de motivación de la individualización de la pena, pues la Sentencia de la Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico XII, números 1° y 2°, se refiere de forma extensa a la intervención y responsabilidad de los recurrentes en concepto de autores, y en el fundamento jurídico XVI, último párrafo, se fundamenta la pena en "la gravedad de los hechos enjuiciados, su elevada dimensión económica, la pluralidad de entidades perjudicadas y la lesión a la confianza en el tráfico mercantil que generan conductas como la depurada...". Todos estos criterios han de considerarse razonables en sí mismos y en cuanto no fueron tenidos en cuenta para la apreciación de las agravantes.

4. De lo anteriormente argumentado deriva también la falta de contenido de la presunta vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, pues, en realidad, no se trata de que el Tribunal Supremo se haya apartado de su jurisprudencia anterior y haya dejado de considerar incompatible y lesiva de la prohibición de doble sanción en ciertos casos la aplicación conjunta de dichas agravantes, sino que ni las ha interpretado ni las ha aplicado en la forma en que sería lesiva conforme a su propia jurisprudencia. Por tanto, en cualquier caso, no se trata de un apartamiento inmotivado deja doctrina anterior, pues está razonable y suficientemente motivada la doctrina aplicada.

5. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia carece, como las anteriores, de forma manifiesta de contenido, pues, como afirma el Tribunal Supremo, encubre con absoluta claridad una pretensión de valoración distinta de la prueba practicada y, como este Tribunal ha declarado en múltiples ocasiones, no es de su competencia la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal, conforme a criterios de calidad o de oportunidad (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 2; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2), sino tan sólo si los hechos y la intervención del condenado en ellos se sustentan de forma sólida en pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías (SSTC 31/1981, de 28 de julio; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2).

En primer término, ha de advertirse que se valoraron como pruebas las declaraciones de los coimputados realizadas en fase de instrucción, las declaraciones de testigos y coimputados en el juicio oral, la documental y la pericial, de forma que la valoración de la prueba se exteriorizó por la Audiencia en más de cuarenta páginas de la Sentencia, y que, en ellas, con razonamientos precisos y lógicos el Tribunal argumenta sobre la credibilidad de cada una de las declaraciones efectuadas por testigos e imputados. En segundo término, procede recordar que este Tribunal ha declarado en varias ocasiones que los Tribunales ordinarios pueden otorgar credibilidad a las declaraciones sumariales frente a las vertidas en el juicio oral en sentido contrario (SSTC 82/1988, de 28 de abril; 98/1990, de 24 de mayo; 51/1995, de 23 de febrero; 115/1998, de 1 de junio). En tercer lugar, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, en principio, la valoración de las declaraciones incriminatorias de un coacusado vertidas en el juicio oral no vulneran el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 137/1988, de 7 de julio; 98/1990, de 24 de mayo; 51/1995, de 23 de febrero; AATC 479/1986, 293/1987, 343/1987 entre otros), "pues la circunstancia de la coparticipación no supone necesariamente la tacha o irrelevancia del testimonio, sino que constituye simplemente un dato a tener en cuenta por el Tribunal penal a la hora de ponderar su credibilidad en función de los factores particulares concurrente en cada caso". Sin embargo, "cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado -como ocurre en este caso-, es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (STC 129/1996; en sentido similar STC 197/1995), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (SSTC 29/1995, 197/1995; véase además STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto "Funke", A. 256-A). Es por ello por lo que la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo, cuando, siendo única, como aquí ocurre, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente..." [STC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; en el mismo sentido STC 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5].

A partir de la doctrina anteriormente expuesta, ha de entenderse que hubo prueba de cargo suficiente y sólida capaz de enervar la presunción de inocencia, pues, aunque la prueba central fue la declaración de la coimputada, no fue la única prueba, sino que existieron múltiples declaraciones testificales en fase sumarial y en el juicio oral, existió abundante prueba documental y pericial y, en todo caso, la Audiencia Provincial razonó que la coimputada mantuvo su declaración inalterada y sin contradicciones desde sus declaraciones ante la policía y el Juez de instrucción hasta el juicio oral y que dichas declaraciones no fueron realizadas por motivos autoexculpatorios u otros motivos espurios.

6. En cuanto a las vulneraciones que se anudan a la irregularidad del registro, hay que afirmar, de nuevo, su carencia manifiesta de contenido.

a) Ninguna lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva puede anudarse a la práctica del registro en el despacho del Abogado coimputado, pues aunque pudiera sostenerse que a la luz de la STEDH en el caso "Niemietz" -de 16 de diciembre de 1992, núm. 75-, el registro en un despacho profesional debe verificarse bajo garantías adicionales a las exigidas en un domicilio de particular, tales como la presencia de un observador independiente cuya función se orienta a preservar el secreto profesional del Abogado, como afirman la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo esta garantía puede considerarse cumplida en el caso examinado, toda vez que estuvo presente en el mismo el Secretario judicial, garante de la fe pública y observador imparcial y ajeno a las partes del proceso. De otra parte, la presencia del Decano del Colegio de Abogados, como pretenden los recurrentes, no constituye una exigencia constitucional, dado que este Tribunal ha declarado que "[u]na vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse..., se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad" (SSTC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 4; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 3; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 11), ni es exigida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) De otra parte, la lesión del principio acusatorio constituye una afirmación inconsistente, pues, en primer término, como afirma el Ministerio Fiscal, las irregularidades presuntamente cometidas en el registro carecen de conexión con el derecho invocado. De otra parte, no se alega que los hechos por los que los recurrentes fueron acusados de forma provisional y definitiva sean distintos a aquellos que han dado lugar al rallo, sino que a través del registro se incorporaron al proceso documentos no utilizados para realizar los escritos de calificaciones.

c) Por último, no puede entenderse que el Tribunal Supremo incurriera en incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal (entre muchas SSTC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2; 175/1990, de 12 de noviembre, FJ 2; 26/1997, de 11 de febrero, FJ 4; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 74/1999, de 26 de abril, FJ 2), pues negarse a responder a la cuestión de fondo por no haber desarrollado ni concretado la pretensión de lesión del principio acusatorio ha de considerarse una respuesta razonablemente fundada en Derecho, dado que se utiliza como fundamento de la desestimación del motivo del recurso de casación una causa de inadmisión. De manera que no puede sostenerse que se haya impedido conocer el fundamento de la desestimación del motivo.

ACUERDA

Por todo lo expuesto, la Sección acuerda inadmitir a trámite la presente demanda de amparo en virtud de la manifiesta carencia de contenido constitucional que justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional [art. 50.l.c)

LOTC].

Madrid, a siete de julio de dos mil.