

**5093** *Sala Segunda. STC 38/2000, de 14 de febrero de 2000. Recurso de amparo 2770/96. Promovido por don Ginés Coy Vivancos frente a la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cartagena que le condenó como autor de un delito de receptación. Alegada vulneración de derechos a la tutela judicial: falta de interposición de los recursos procedentes y de denuncia de las dilaciones acaecidas. Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente; don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2770/96, promovido por don Ginés Coy Vivancos, representado por el Procurador don Florencio Aráez Martínez, con la asistencia del Letrado don Diego Bonilla Serrano, contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cartagena, de 6 de junio de 1996, dictada en procedimiento seguido por delitos de hurto y receptación. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 9 de julio de 1996, el Procurador de los Tribunales don Florencio Aráez Martínez, en nombre y representación de don Ginés Coy Vivancos, interpone recurso de amparo contra la Sentencia referida en el encabezamiento del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cartagena, recaída en el juicio oral 963/92, por delito de receptación.

2. Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

a) El actual demandante de amparo compró en enero de 1987 al señor Pastor García un martillo neumático, sustraído por éste, por el precio de 50.000 pesetas. En todas las declaraciones prestadas por el vendedor, éste manifiesta que el señor Coy Vivancos conocía el origen ilícito del mencionado objeto. El atestado de la Guardia Civil y la diligencia de detención y lectura de derechos del recurrente llevan fecha de 16 de febrero de 1987.

b) Por providencia de 26 de octubre de 1992 se remite el procedimiento al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cartagena para su enjuiciamiento y fallo.

c) El día 14 de mayo de 1996 el Juzgado de lo Penal envía sendos telegramas al recurrente y al señor Bonilla Serrano, su Letrado defensor, anunciándoles que el día 16 siguiente a las dieciocho cuarenta y cinco horas tendría lugar la vista preliminar.

El mismo día 16 por la mañana comparece el Abogado del recurrente en la Secretaría del Juzgado y solicita nueva vista para el juicio, alegando la imposibilidad de conformarse con las penas solicitadas por la acusación y haciendo constar que ni él ni su defendido y actual demandante en amparo podrían asistir a la vista preliminar por hallarse éste en Madrid y tenerse que desplazar aquél a dicha ciudad. Asimismo puso en conocimiento del Juzgado que habían sido citados con poco tiempo y que no había podido preparar la defensa de su cliente.

d) Según se expresa en la demanda, «llegada la hora de la vista preliminar..., el Magistrado que presidía el Tribunal, obliga a uno de los Letrados que se encontraban en el pasillo a la espera de su turno, a comparecer asumiendo la defensa del señor Coy». En la hora señalada se celebra, pues, el acto del juicio oral, sin la presencia de don Ginés Coy Vivancos ni la de su Abogado, don Diego Bonilla Serrano.

e) La Sentencia condenó al recurrente como autor responsable de un delito de receptación a las penas de dos meses de arresto mayor y 100.000 pesetas de multa, accesorias y costas. Y condenó asimismo a don Pedro Pastor Gracia como autor responsable de un delito de hurto a la pena de un mes y un día de arresto mayor. Debiendo ambos indemnizar al propietario del martillo pilón en la cantidad de 108.000 pesetas.

En el fallo de la Sentencia se contiene el siguiente pronunciamiento: «La presente Sentencia es firme, y no cabe recurso alguno contra ella, al haberse notificado en el acto de la finalización del juicio, a las partes implicadas, la presente parte dispositiva, y haber manifestado todos que estaban conformes con la misma, y que no pensaban interponer recurso contra ella».

3. La demanda de amparo solicita la declaración de nulidad de la resolución impugnada, bien con retroacción de actuaciones para una nueva celebración de vista, bien decretándose la nulidad de la firmeza de la Sentencia para permitir interponer recurso de apelación contra ella. Suplica asimismo la suspensión de la ejecución de la misma, tanto en lo relativo a la pena privativa de libertad, cuanto en lo referente a la de multa, costas e indemnización, alegando que el recurrente ha puesto a disposición del Juzgado una parte de una vivienda.

El demandante, aun reconociendo los errores cometidos por su parte en la defensa de sus legítimos intereses, aduce que se han quebrantado los siguientes derechos fundamentales:

a) Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.) en relación con las garantías procesales (art. 24.2 C.E.), puesto que al celebrarse el juicio oral con la mera presencia de un Abogado que se encontraba por los pasillos se ha impedido la defensa contradictoria y la igualdad de armas entre las partes. La celebración del juicio sin la comparecencia del entonces imputado, y actual recurrente, impidió a éste contradecir la declaración inculpativa del coimputado y ejercer el derecho contemplado en el art. 6.3 d) CEDH, que concede al acusado el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él.

b) Derecho a la defensa y asistencia de Letrado (art. 24.2 C.E.), cuya vulneración se habría producido por diversas circunstancias. En primer lugar, por el hecho de que el recurrente y su Abogado fueron citados para una vista preliminar —y no para la celebración de juicio oral— y además con escasísimo margen de tiempo; hasta el punto de que no estaba garantizada la citación personal, pues el acuse de recibo del telegrama no podía estar unido a los autos. Ante la ausencia del acusado y su defensor, el Juzgado debía haber suspendido el juicio oral, de conformidad con el art. 793.1 LECrim, sin perjuicio de la imposición de las correcciones disciplinarias que estimare merecidas. Y en segundo lugar, porque hacer cargo de la defensa del imputado a un Abogado que estaba cerca del Tribunal, supone una simple «designación» o «nombramiento» de Letrado y no una verdadera y efectiva «asistencia» de éste, lo que provoca indefensión material (SSTC 37/1988, 216/1988, 53/1990, 178/1991, 162/1993 y 175/1994, de 7 de junio) e infringe además lo dispuesto en el art. 6.3 c) CEDH (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de mayo de 1980, caso

*Artico*). Por otro lado, sólo la parte tiene capacidad para elegir y designar el Abogado que ejerza su defensa.

c) Derecho a defenderse por sí mismo y a la última palabra [art. 24.2 C.E., art. 6.3 c) CEDH y art. 14.3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], que se habrían lesionado en cuanto que el recurrente fue condenado sin haber sido previamente oído (STC 181/1994).

d) Derecho a la presunción de inocencia y a la prueba (art. 24.2 C.E.), por cuanto al no haber sido citado para el acto del juicio oral, el entonces imputado y ahora demandante se vio imposibilitado tanto de aportar pruebas de descargo como de haber podido contrarrestar con inmediación y contradicción las pruebas reputadas de cargo.

Dentro de este mismo motivo de amparo se incluye la vulneración del derecho al recurso, pues la declaración de firmeza de la Sentencia imposibilitó un *novum iudicium* ante un Tribunal Superior.

e) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 C.E.), ya que desde la detención del recurrente hasta el momento de dictarse la Sentencia transcurrieron más de nueve años y desde la remisión del procedimiento al Juzgado de lo Penal hasta que se pronunció el fallo han transcurrido tres años seis meses y diecinueve días, habiéndose dictado diligencias innecesarias para impedir que se cumpliera el plazo de prescripción.

f) Derecho a un juez imparcial, que el recurrente estima transgredido en virtud de diferentes datos, tales como la falta de constancia en el acto del juicio de que quien actuaba como defensor hubiese mostrado su conformidad a la sentencia para declararla firme sin recurso alguno, o que fuese más grave la condena del receptor que la impuesta al autor del delito receptado, con infracción del art. 546 bis a) del Código Penal.

4. Por providencia de 6 de febrero de 1997, la Sección Cuarta de este Tribunal acuerda admitir a trámite la demanda de amparo y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cartagena a fin de que, en el plazo de diez días, remitiera testimonio de las actuaciones correspondientes al Juicio oral núm. 963/92, procedimiento abreviado 654/89 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cartagena, debiendo previamente emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer en el recurso de amparo.

5. Mediante otra providencia de la misma fecha acordó la Sección formar la oportuna pieza separada de suspensión y, de conformidad con el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimaran pertinente sobre dicha suspensión.

Evacuados los trámites pertinentes, la Sala Segunda dictó Auto, de fecha 7 de abril de 1997, suspendiendo la ejecución de la Sentencia «pero sólo y exclusivamente respecto de la pena privativa de libertad y accesorias correspondientes».

6. Por providencia de 29 de abril de 1997, la Sección Tercera acordó, con arreglo a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para que pudiesen presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

7. La representación del recurrente presentó sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el 23 de mayo de 1997 en el que, tras una sistemática exposición de los hechos y sucesivos pasos procesales, retoma en lo sustancial su inicial alegato solicitando de este Tribunal que se estime el amparo y, a fin de res-

tablecerle en su derecho, se anule la resolución impugnada.

Abundando en los motivos del recurso se aduce:

a) Indefensión por incumplimiento de las garantías procesales. Se entiende vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías —vulneración del principio acusatorio y del art. 24 C.E.— por el hecho de haber sido imputado de un delito respecto del cual no pudo ejercitar su amplio derecho de defensa, habiendo sido acusado por sorpresa, a causa de las declaraciones del otro coimputado, conculcándose sus derechos a ser informado de la acusación en el marco de una prolongada instrucción que duró más de tres años y a la que tuvo que contestar en un plazo de tres días; b) Infracción del derecho de defensa y asistencia letrada. Lo primero, porque no se realizó debidamente el acto de comunicación de la vista privándose así al interesado de la efectiva posibilidad de ejercitar su derecho a comparecer en el juicio, defenderse por sí mismo, contrarrestar las manifestaciones del coimputado y decir la última palabra (SSTC 236/1992, 113/1993 y 29/1994). Y, lo segundo, porque, sin conocimiento del procesado, se busca un Letrado, sin instrucción alguna sobre los hechos a enjuiciar e ignorancia total y absoluta de lo que se trataba, para que le represente en el acto de la vista. Subraya el recurrente el quebranto que ello le supone por cuanto el derecho a la asistencia letrada gratuita no puede desembocar en una simple designación que redunde en una manifiesta ausencia de asistencia efectiva (SSTC 53/1990 y 178/1991; STEDH, *Artico*, de 13 de mayo de 1980) y, por tanto, el derecho de defensa y a la asistencia letrada no se satisface simplemente con la mera decisión del órgano judicial de acordar la designación de un Letrado sino que requiere además que el designado «pueda prestar en términos reales y efectivos una defensa técnica a la parte, que es la garantía material en la que se traduce el derecho» (STC 132/1992). De otra parte, se integra finalmente en este motivo una alegación inicialmente formulada con carácter autónomo, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con las garantías procesales. Abunda el recurrente, en efecto, en el desconocimiento de los principios de defensa contradictoria e igualdad de armas procesales resultante del hecho de que el Abogado nombrado por el Juez no presentase prueba alguna en su defensa y, pronunciado *in voce*, mostrase su conformidad con el fallo declarando su intención de no interponer recurso; c) Inaplicación del derecho a la presunción de inocencia y de los medios de prueba pertinentes. Disiente el recurrente de la valoración judicial de la prueba de la que, en su opinión, no resulta destruida su presunción de inocencia por cuanto el único medio válido para destruirla desplegado en el juicio oral no ha observado las condiciones de igualdad entre acusador y acusado ni los principios de inmediación, concentración, publicidad, oralidad y contradicción; d) Quebrantamiento del derecho a los recursos. Se reclama en este punto, con carácter autónomo, el derecho al recurso ante un Tribunal superior contra la condena penal recaída en la instancia; e) Conculcación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Insiste el recurrente en que la tramitación del procedimiento ha durado más de nueve años, a lo largo de los cuales se han producido paréntesis de actividad procesal intrascendente y en que el Juzgado de lo Penal mantiene paralizada la causa prácticamente durante dos años y medio. Tales dilaciones, ajenas a su actuación procesal, le habrían causado perjuicios respecto de los que interesa una reparación por vía indemnizatoria, sin renunciar por ello a su derecho a que se reconozca la prescripción del delito por aplicación del nuevo Código Penal; f) Y, finalmente, llama la atención el recurrente sobre la pendencia en vía judicial —recursos de reforma y, subsidiariamente, de apelación y de revisión— de su

pretensión de ver revisada la resolución impugnada por aplicación retroactiva del nuevo CP [arts. 2.2, 33.3 a), 130.5, 131.1.5 y disposiciones transitorias primera, segunda y cuarta], en su opinión, más favorable.

8. El escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal se registró en este Tribunal el día 2 de junio de 1997 solicitando la denegación del amparo. A dicha conclusión llega el Fiscal tras una detallada exposición de los hechos, en su opinión, determinantes del signo del amparo, por falta de requisitos procesales o por carencia de contenido constitucional del recurso.

En relación con lo primero, comienza por destacarse cómo, pese a que el Abogado firmante del recurso de amparo señala que no pudo recurrir una Sentencia dictada *in voce* y respecto de la cual manifestaron las partes su intención de no apelar, si bien se reflejan en el dictado de la Sentencia, tales datos no constan en el acta del juicio oral, por lo que se imponía formalizar un recurso de apelación o, al menos, una aclaración del fallo a fin de corregir la discordancia apreciable entre dicho fallo y lo documentado en acta por el fedatario público. Detectada esa discordancia, al notificarse la Sentencia (con fecha 2 y 5 de julio de 1996) se instruye ya de los recursos a la parte y a su Abogado, lo que es congruente con la posterior declaración de firmeza por Auto de 25 de octubre de 1996. Se añade a esta primera consideración que el ahora recurrente aun pudo haber acudido al recurso de anulación legalmente previsto para estos procedimientos (art. 797.2 LECrim). Al no haberlo hecho así, dejando de utilizar recursos aptos al efecto de remediar en vía judicial ordinaria las lesiones de derechos fundamentales que se denuncian, dice el Fiscal, la acción de amparo fue emprendida prematuramente. Y, en consecuencia, otro tanto se habría de decir en relación con la alegación de los derechos a la presunción de inocencia, al juez imparcial, al recurso y a la asistencia letrada, dada la posibilidad de intervención de letrado de su elección en un nuevo juicio. Por lo que se refiere al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, no existiendo ni un solo escrito de denuncia del retraso —nueve años de tramitación— aducido, se habría de apreciar la falta de previa invocación del derecho establecida en el art. 44.1 c) LOTC.

En relación ya con el fondo de las quejas, centrada la atención del Fiscal, por entender que es el sustento básico de la acción, en lo atinente al derecho de asistencia letrada que se considera vulnerado por haberse celebrado el juicio en ausencia del señor Bonilla, Letrado del recurrente desde el inicio de las diligencias, se recuerda el marcado carácter material del concepto constitucional de indefensión que lleva a excluir la reparación en amparo de aquellas lesiones que resulten de una falta de diligencia de la parte, de su representante o de su letrado (AATC 304/91 y 312/96), antes de subrayar que, una vez citado a juicio, las razones expuestas por el señor Bonilla para excusar su asistencia y la de su defendido —tener que desplazarse a Madrid y no hallarse en Cartagena, respectivamente— no pueden incluirse en ningún supuesto legal de suspensión (art. 746 LECrim); ni se adujo justificación alguna, antes o después de dicho acto, de la causa de tal obligación (presencia en otro juicio, enfermedad de familiar u otra imaginable), ni la mencionada ausencia de Cartagena del recurrente excusa el incumplimiento de un deber de colaboración con la justicia, ni la apelación al escaso tiempo tenido para preparar el juicio se compadece tampoco con el minucioso estudio de la causa que se deriva del escrito de defensa, ni con la dificultad de la misma, ni con el tiempo que media entre la comisión del hecho y su enjuiciamiento. Como el aditamento «vista preliminar» no oculta que la citación fue para el juicio al que la citada vista precede, se entiende que la decisión

judicial de no suspender el juicio aparece revestida de legalidad (art. 793.1 LECrim). Añade el Fiscal que, si la asistencia al juicio del Abogado designado habría posibilitado la contradicción de las razones expuestas por el Fiscal y el interrogatorio del otro acusado, lo cierto es que la línea defensiva del ahora recurrente venía ya diseñada en el detallado escrito de defensa y que, frente a la apriorística descalificación del Letrado designado por el Juez, es de presumir que si se prestó a la defensa lo haría en la conciencia de obtener una resolución absoluta, manteniendo la calificación de su compañero y sin que conste que se conformara con el fallo o manifestara su intención de no recurrir. En suma, se dice, no cabría identificar indefensión material con fallo condenatorio y, por lo demás, atendidas las actuaciones interrumpidas por la demanda de amparo, aun sería posible que se declarase la prescripción del delito.

Por último, y para el caso de que el Tribunal Constitucional decidiese entrar en el fondo, ni se aprecia vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia, por cuanto existen pruebas suficientes para desvirtuarla, en particular la declaración del coimputado, ni la denunciada vulneración del derecho a un juez imparcial va más allá de la crítica de la Sentencia y de la valoración de las pruebas y de la sospecha de parcialidad del Juez.

9. Por providencia de 10 de febrero de 2000 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 de febrero siguiente.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Como se ha expuesto en los antecedentes, el presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia, de 6 de junio de 1996, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cartagena, dictada en procedimiento seguido por delitos de hurto y receptación, que condena al actual recurrente como autor responsable de un delito de receptación.

Se invoca como vulnerado el art. 24 C.E. y, a los efectos del presente recurso de amparo, la denuncia se desglosa en una múltiple referencia a los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.), en relación con las garantías procesales del art. 24.2 C.E., a la defensa y asistencia de Letrado (art. 24.2 C.E.), a defenderse por sí mismo a la última palabra (art. 24.2 C.E.), a la presunción de inocencia y a la prueba (art. 24.2 C.E.), a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 C.E.) y a un juez imparcial (art. 24.2 C.E.). El demandante, no obstante reconocer errores propios, solicita de este Tribunal que se declare la nulidad de la resolución impugnada, ya sea para celebrar nueva vista, ya para permitir la interposición de un recurso de apelación contra la misma.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la denegación del amparo. Por lo que se refiere a los derechos a la presunción de inocencia, al juez imparcial, al recurso y a la asistencia letrada, al no haber utilizado la recurrente las vías de recurso disponibles y aptas al efecto de remediar las lesiones denunciadas en amparo, según piensa el Fiscal, la presente demanda de amparo se ha emprendido prematuramente; por lo demás, no habiéndose denunciado previamente, la tacha relativa a las dilaciones indebidas incurriría en la causa de inadmisión establecida en el art. 44.1 c) LOTC. Y en cuanto al fondo de las quejas, se niega tanto la aducida vulneración del derecho de asistencia letrada, por cuanto fallo condenatorio no equivale a indefensión material —evocando además la posibilidad de que aun pueda declararse la prescripción del delito— cuanto la supuesta conculcación de los derechos a la presunción de inocencia o al juez imparcial.

2. Centrada así la cuestión, antes de entrar a pronunciarse sobre el fondo de las tachas aducidas, se hace

preciso examinar si concurren en este caso las causas de inadmisibilidad opuestas por el Ministerio Fiscal puesto que, caso de acogerse, se habría ya de inadmitir el presente recurso de amparo sin pronunciarse sobre la conculcación de los derechos constitucionales reconocidos en el art. 24 C.E. que se invocan como vulnerados.

En atención a la denunciada indefensión, pretendidamente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, y a la aducida vulneración de los derechos a la presunción de inocencia, al juez imparcial, al recurso y a la asistencia letrada, según sostiene el Fiscal, la queja habría sido interpuesta prematuramente incurriendo con ello en la causa de inadmisión establecida en el art. 44.1 a) LOTC. Sostiene, en cambio, el Letrado del demandante que por haber sido la impugnada una Sentencia dictada *in voce*, y respecto de la que habrían manifestado las partes su intención de no apelar, no habría sido posible recurrirla.

Ahora bien, a la vista de las actuaciones es posible constatar que, si bien es cierto que lo afirmado por el Abogado se pone de manifiesto en el texto escrito de la Sentencia impugnada, no lo es menos que tales datos no constan en el acta del juicio oral. La posible duda resultante de la discordancia apreciable entre el tenor del fallo y lo documentado en acta por el fedatario público, cuya aclaración bien pudo haberse instado por parte del propio recurrente, como recuerda el Fiscal, habría quedado en todo caso despejada cuando, con fecha 2 y 5 de julio de 1996, procedió a notificarse la resolución impugnada, con instrucción de los recursos que contra la misma cabía interponer, tanto al Letrado señor Bonilla como a su defendido, y actual demandante de amparo, el señor Coy Vivancos.

Ello no obstante, recibido el testimonio de los documentos solicitados al Juzgado, asimismo con fecha 2 de julio de 1996, procedió a interponerse directa e inmediatamente el presente recurso de amparo —registrado de entrada en este Tribunal el siguiente día 9 de julio—, dejando así pasar la ocasión de intentar el remedio de las tachas aducidas ya en la vía judicial previa, mediante la interposición, con arreglo a lo dispuesto en el art. 795.1 LECrim, del pertinente recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Y, en todo caso, cualesquiera que hubiesen podido ser las dudas a este propósito, y no obstante la falta en aquel momento del genérico cauce de la nulidad de actuaciones actualmente previsto en el art. 240.3 LOPJ, la nulidad pretendida en amparo pudo muy bien intentarse por la específica vía articulada, para este tipo de procedimientos, en el art. 797.2 LECrim, de cuyo claro tenor resulta que una «sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación...».

Así pues, al venir en amparo sin haber agotado previamente todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial ordinaria, no cabe sino constatar la prematura interposición de una queja que, en la medida en que desconoce la subsidiariedad propia del recurso de amparo, queda incurso en la causa de inadmisibilidad articulada en el art. 44.1 a) LOTC.

3. En cuanto a la tacha relativa a las dilaciones indebidas que el recurrente anuda a la prolongada e interrumpida tramitación de un procedimiento en el que finalmente habría sido condenado, como bien aduce el Fiscal, la presente demanda de amparo incurre en la causa de inadmisión establecida en el art. 44.1 c) LOTC.

En efecto, sin perjuicio de que el proceso haya experimentado manifiestos retrasos y aun no siendo ello imputable a la parte recurrente, la subsidiariedad característica de esta jurisdicción de amparo empece un pronunciamiento acerca de la incidencia constitucional de

tales dilaciones si con anterioridad no ha posibilitado el recurrente, mediante una actuación diligente, que el órgano judicial se pronuncie, ya sea para ponerles remedio, ya sea para lo contrario, porque desestimase la pretensión o no llegase a pronunciarse en modo alguno sobre la misma. Es reiterada doctrina de este Tribunal, en efecto, que la necesidad de salvaguardar el carácter subsidiario del amparo constitucional, exige la oportuna denuncia formal por parte del recurrente del retraso en el proceso *a quo*, «normalmente a través de un escrito con los datos necesarios para que la denuncia llegue a conocimiento del órgano judicial [...] dando incluso la oportunidad al Tribunal *a quo* de que la reconozca con el objeto de reclamar ante las instancias oportunas» (STC 32/1999, de 8 de marzo, FJ 4; SSTC 23/1999, de 8 de marzo, 140/1998, de 29 de junio, por otras).

Constatada —a la vista de las actuaciones— la inexistencia de escrito alguno de denuncia de los retrasos aquí aducidos, por lo que a esta tacha se refiere, la presente demanda incurre además en la causa de inadmisión prevista en el art. 44.1 c) LOTC.

En suma, por cuanto queda dicho, no procede que este Tribunal entre a conocer sobre el fondo de las tachas denunciadas.

## FALLO

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

Ha decidido

Declarar la inadmisión del presente recurso de amparo.

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

Dada en Madrid, a catorce de febrero de dos mil.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Tomás S. Vives Antón.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado de este Tribunal Constitucional, a la Sentencia de su Sala Segunda recaída en el recurso de amparo 2770/96*

Sin negar por un momento la solidez de la argumentación que sirve de soporte a la Sentencia, me veo en la tesitura —actitud o disposición de ánimo— de subrayar su talante rayano en el formalismo, corrupción o pervisión de la forma, hipertrofiando un presupuesto procesal hasta convertirlo en obstáculo insalvable para el enjuiciamiento de las cuestiones sustantivas. Se da así mayor peso a la función subsidiaria de este Tribunal, garantía institucional, que a los derechos fundamentales en juego. Sin embargo, a tal extremo llevada la garantía que se vuelva contra su propia finalidad última e impida la protección del derecho fundamental, aquello para lo cual es instrumento y no fin, me parece un error de rumbo. Por ello, elevo mi voz y mojo mi pluma para defender el derecho a la defensa en juicio, uno de los más sagrados en una sociedad laica, baluarte de libertad con resonancias evangélicas. En fin, sin más preámbulos, pasemos a ello. Es mi opinión que saltando por encima o dejando en la cuneta, soslayando la causa de inadmisibilidad que acoge y rechaza en definitiva el amparo pedido, la Sentencia de la que discrepo debió afrontar el tema de la defensa en juicio letrada o con el concurso de la asistencia de Letrado.

1. Pues bien, para empezar por el principio como es costumbre sana, la balanza de la justicia, con el fiel

que puesto en la espada y los dos platos para el peso, nos da una imagen exacta de su estructura. En efecto, el Juez es Poder Judicial, pero no todo el Poder Judicial y sirve de eje a todo el conjunto. Con él son también elementos del artillugio sus colaboradores, la oficina judicial, escribanía, relatoría o secretaría, no sólo como unidad de apoyo burocrático sino como factor de garantía del proceso por incorporar la fe pública. Nuestra STC 76/1997, de 21 de abril, habla de «la fe pública del Secretario Judicial, una de cuyas funciones y la principal razón de su existencia es precisamente esa». Ahora bien, el elenco de los *dramatis personae* incluye también otros dos personajes, protagonista y antagonista, sin cuya presencia no se concibe el juicio como litis o lucha. Por una parte, el Ministerio Público, que la Constitución coloca en el corazón del mismo Título VI y, por la otra, la Abogacía como ejercicio privado de la función pública de patrocinio, así como la Procura que sirve a la postulación. En la Abogacía incluyo tanto su ejercicio libre como la que defiende al Estado, a las Comunidades Autónomas o a ciertos Ayuntamientos (Letrados Consistoriales), así como sus distintas modalidades en otros países (*attorney, barrister, solicitor*). La tutela judicial, para su existencia, necesita que se produzca sin indefensión, su tacha más grave hasta el punto de volatizarla, hasta no ser tutela judicial. Pues bien, ello hace que el meollo de esta se encuentre en el derecho a la defensa y, por tanto, a la defensa letrada desde el principio, nada más formulada la acusación aun sin palabras, con el hecho manifiesto de la detención, sin olvidar los derechos de la víctima. Así, la Abogacía adquiere rango constitucional en el mismo núcleo del sistema judicial. He dicho muchas veces que no puede imaginarse siquiera una judicatura independiente sin una abogacía libre.

En definitiva, los personajes de este espectáculo en que consiste el juicio en un estrado son los hombres de toga que enumera el art. 187 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se exige a los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores el uso de la toga en audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales. Un rápido análisis pone de manifiesto, que, aun cuando se configure como un deber, visto desde la perspectiva del funcionamiento de la justicia como organización, o estructura-función, es también un derecho de ciertos profesionales, el derecho a vestir la toga, con exclusión de los demás. Por otra parte, el uso de esa prenda se produce no sólo en los estrados, expresión máxima de la liturgia judicial, sino en otros escenarios y para otras representaciones, tanto internas—reuniones para deliberar a puerta cerrada— como en actos judiciales solemnes, aunque no procesales sino gubernativos—posesiones, apertura de Tribunales— y fuera de éstos también, recepciones rituales del Rey y otros fácilmente imaginables. La toga, en definitiva, no es un disfraz para un acto, el juicio en audiencia pública, sino la vestidura tradicional de los juristas, jurisconsultos o jurisperitos no sólo en España sino en toda Europa, en América e incluso en otros países africanos o asiáticos, a imagen y semejanza de sus antiguos colonizadores europeos.

El elenco de quienes pueden y deben vestir la toga abarca a todos los actores en el gran teatro de la justicia que, hoy por hoy, son necesariamente Letrados, aunque en épocas pasadas no se les exigiera tal condición. Lo fueron siempre, por definición, Jueces o Magistrados y Abogados. Han de serlo ahora todos los Secretarios de la Administración de Justicia y los Procuradores, que cuando carecieron otrora de tal calificación, habían de utilizar traje negro sin más (arts. 207, 209, 219 y 880 LOPJ de 1870). La legitimación profesional, proporcionada por la Universidad a través de la Facultad de Derecho y sólo por ella, es tan antigua y tan tajante e inconcusa que en los viejos Consejos del sistema polisindical español se distinguía entre los Consejeros o Ministros

«de capa y espada», nobles sin cualificación universitaria y «togados», que eran los juristas. Todo ello pone de manifiesto que en la versión originaria del art. 187 de la Ley Orgánica no hubo omisión alguna por olvido o ligereza, sino la exteriorización de un criterio, pacíficamente aceptado por todos desde hace diez siglos al menos en nuestro contexto cultural, que utiliza la toga como signo de identidad de los Letrados y como ropaje ceremonial con una misión simbólica. Por tanto, en el precepto analizado están todos los que actúan con tal carácter en los actos judiciales o en otros públicos. No sería necesario pero tampoco es inoportuno decir que el derecho a vestir toga, privilegio de los juristas, o traje negro, si se trata de funcionarios judiciales o colaboradores profesionales carentes de aquella condición, o cualquier otro en el caso de quienes acudan como testigos o peritos o asistan como espectadores, no afecta en ningún aspecto a la dignidad de la función, de la profesión o de la persona, actuando tan sólo como signo distintivo, eso sí para un mayor esplendor de la justicia en el sobrio y austero estilo que le es propio.

2. Siendo esta la situación y desde su perspectiva tópica, conviene recordar que el derecho fundamental a un juicio justo, un proceso público sin dilaciones indebidas o el proceso debido, *due process* en la terminología de la Constitución norteamericana, conlleva, por una parte y con carácter instrumental, el derecho a la defensa en juicio de quien necesite la tutela judicial, sin que su negación sea el equivalente simétrico de la indefensión, achacable también a otras agresiones de los demás derechos instrumentales de aquella tutela. Este derecho a la defensa ofrece una cierta complejidad cuyo distintos aspectos paso a exponer.

A) En el ámbito penal, el principio acusatorio como garantía cardinal se refleja ante todo, en el derecho a ser informado debidamente de la acusación para permitir precisamente la defensa en juicio, carga informativa de quien acusa, como secuela de la presunción de inocencia, cuyo contenido ha de comprender no sólo el conocimiento de los hechos imputados sino también de su calificación jurídica—delito— así como de sus consecuencias reales y su incidencia en la libertad o el patrimonio del acusado, la pena, para cuya imposición y no para el mero reproche moral o social está organizado el proceso penal, así llamado, como el Derecho sustantivo, por ese castigo, sin que se agote en una mera declaración de antijuricidad sino que sólo se perfecciona por la retribución en la cual consiste su elemento simétrico, la sanción, consecuencia necesaria de aquella y núcleo esencial de la pretensión punitiva como objeto del proceso.

B) Siendo el titular de este derecho de defensa el acusado o litigante, que puede ejercerlo «por sí mismo» como reconocen el Convenio Europeo de Derechos Humanos [art. 6.3 c)] y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York [art. 14.3.d)], la más primaria de sus manifestaciones es la asistencia al juicio oral (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, 218/1997, de 4 de diciembre, y 138/1999, de 22 de julio). Ese su derecho a presenciarlo y, en su caso, a actuar en el marco de las leyes de enjuiciamiento, por esa misma y sola condición, no puede convertirse a mi entender, en un deber de estar allí, salvo que —y esto es otra perspectiva— fuere necesaria su presencia como objeto de pruebas, no como sujeto del proceso, por ejemplo para reconocimiento por la víctima y/o los testigos. Si se le negara el derecho a quedarse fuera o irse del juicio (sin ponerse fuera de la acción de la justicia, que es otro tema), le bastaría con alterar el orden de la audiencia para conseguirlo mediante la expulsión.

C) El derecho a la defensa en juicio conlleva normalmente aun cuando no necesariamente, como se dirá

luego, el derecho «a la asistencia de letrado» que se consagra desde la detención (arts. 17.3 y 24.2 C.E.), vale decir a disponer del consejo y representación de jurisperitos, Abogado y Procurador (ATC 158/1996, de 12 de junio). No se olvide al respecto que esa asistencia jurídica le puede ser tan necesaria a quien ejerce la abogacía como al lego en Derecho, para la buena defensa de un asunto propio sin que su discernimiento sea cegado por la pasión. «El Abogado que se defiende a sí mismo, tiene un tonto por cliente» dice un proverbio inglés.

D) Para dotar de contenido real a tal derecho subjetivo, nacido directamente de la Constitución, evitando así que se reduzca a una retórica declaración de buenos propósitos, la Administración General del Estado asume una actividad prestacional y se hace cargo de los honorarios devengados por la representación y la asistencia en juicio de quienes sean merecedores de esa ayuda por reunir las condiciones legalmente previstas (ATC 160/1996, de 12 de junio). El ingrediente social del Estado de Derecho que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 de la Constitución (STC 123/1992, de 28 de septiembre), explica la raíz profunda del derecho a la justicia gratuita de quienes no tengan los medios económicos suficientes para afrontar los gastos que genere un litigio (art. 119 C.E.) como dije ya en mi Voto particular a la STC 16/1994, de 20 de enero.

E) A su vez, ha de garantizarse la libre elección de los defensores profesionales por quien debe defenderse (*defendant*) que pasa así a la condición de defendido por estar basada la relación de ambos en un doble sentimiento de confianza y empatía, libertad de elección que no puede serle negada al litigante menesteroso, pobre en el lenguaje legal de otrora, a quien no cabe imponerle la asistencia de quienes le asigne la Administración, directamente o a través de los Colegios, por la circunstancia de ser quien pague los emolumentos a estos profesionales, ya que los caudales manejados por aquella o estos no son propios sino obtenidos de los presupuestos generales, caudales públicos por tanto. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 42 —con una configuración abstracta— reconoce al litigante pobre la libertad de elegir a su Abogado y a su Procurador en igualdad de condiciones con quienes los pagan de su bolsillo (ATC 65/1996, de 22 de marzo).

F) La facultad de nombrar y el derecho a que, en caso de no poderlo sufragar, se le designen de oficio los profesionales, no impide tampoco el cambio de defensor o representante cuando falle la confianza. Ahora bien, tal facultad va más allá y se extiende incluso a la posibilidad de desechar la asistencia de letrado, derecho en principio, como todos, renunciable si se recuerda, como se dijo más arriba, que el acusado o litigante tiene un derecho primario a defenderse por sí mismo.

G) Si esto es así, y así es, con mayor razón puede participar en la defensa, correspondiéndole como titular del derecho las decisiones procesales más importantes: hablar o callar, «no declarar contra sí mismo» o «declararse culpable», desistir o transigir, recurrir o consentir, con o sin e incluso contra el consejo de su defensor, mientras que no son válidas o eficaces las decisiones de éste sin la ratificación del interesado.

H) Una vez nombrados o designados defensor y representante, este derecho fundamental de naturaleza prestacional no puede agotarse en la mera designación sin relación alguna entre cliente y abogado que permita la instrumentación de una defensa en juicio a la manera habitual, cuando hay honorarios por medio. En consecuencia, quien hace la designación ha de ponerla tam-

bién en conocimiento del beneficiario para que disfrute del patrocinio con entera normalidad (STC 162/1993, de 18 de mayo). La falta de notificación de los nombramientos del Abogado y del Procurador de oficio que impide la comunicación y el contacto con ellos, menoscaba el derecho a la asistencia de letrado (ATC 158/1996 de 12 de junio), salvo que éstos lo hubieran hecho *motu proprio*.

I) Pues bien, en cualquiera de estas manifestaciones, la preceptiva asistencia de letrado, ha de tener un contenido real y operativo, que le dote de eficacia (*right of effective representation*) sin quedarse en los huesos de la mera apariencia, como hemos advertido recientemente (STC 137/1999, de 22 de julio).

J) Corolario de lo dicho es el derecho del acusado a decir la última palabra. El derecho a la defensa, repito, comprende no sólo la asistencia de letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también la posibilidad de defenderse personalmente según lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del Derecho. Es el caso que la nuestra en el proceso penal (art. 739 LECrim) ofrece al acusado el «derecho a la última palabra» (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino «por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera». La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio (STC 181/1994, de 20 de junio).

3. Es el caso que el Juez encargó la defensa del imputado a un Abogado que andaba por allí, cazándole a lazo en los pasillos. Aunque se citara al interesado y a su defensor para una audiencia preliminar, lo fueron con tan escaso margen de tiempo que no les permitió una preparación concienzuda. Por otra parte, ante la incomparecencia de ambos, defensor y defendido, al juicio oral, debió haberse suspendido el acto, averiguado la causa y tomado las medidas pertinentes, imponiendo las correcciones disciplinarias si a ellas hubiere habido lugar. No hubo pues «asistencia» o ayuda real y operativa de Abogado, que se convirtió así en simple formalidad ritual desprovista de contenido o sustancia para cubrir malamente las apariencias. La defensa no pudo desplegar un mínimo de eficacia y este vacío provocó la indefensión material, a pesar de la imagen superficial (STEDH de 13 de mayo de 1980, caso *Artico*; SSTC 37/1988, de 3 de marzo, 216/1998, de 16 de noviembre, 53/1990, de 26 de marzo, 178/1991, de 19 de septiembre, 162/1993, de 18 de mayo, y 175/1994, de 7 de junio). Se da la paradoja de que las deficiencias en la táctica defensiva cuya desembocadura ha sido la inadmisión pronunciada en la Sentencia de la cual discrepo, son en mucha parte imputables, precisamente, a que el litigante no dispuso de esa defensa eficaz, sin culpa del Abogado a quien no le dieron tiempo ni facilidades para prepararla.

En conclusión y al margen de la causa de inadmisión por prematuridad de la pretensión acogida en nuestro fallo, este debió dar lugar a la petición de amparo y, en consecuencia, anular la Sentencia impugnada por haberse dictado con indefensión del litigante que no disfrutó de asistencia letrada eficaz a lo largo de un proceso penal desprovisto de tan esencial garantía.

Dado en Madrid a catorce de febrero de dos mil.—Rafael de Mendizábal Allende.—Firmado y rubricado.