|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 396/1997 |
| Fecha | de 3 de diciembre de 1997 |
| Sala | Sección Primera |
| Magistrados | Don Álvaro Rodríguez Bereijo, don Pedro Cruz Villalón y don Enrique Ruiz Vadillo. |
| Núm. de registro | 3525-1997 |
| Asunto | Recurso de amparo 3.525/1997 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión de la demanda de amparo y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 4 de agosto de 1997, don Pedro García Jiménez, representado por el Procurador don Roberto Granizo Palomeque y asistido por el Abogado Sr. Mohedano Fuentes, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia emitida por el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid, de 14 de marzo de 1997 (autos 391/96), confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimoquinta), por Sentencia 31/128, de junio de 1997 (rollo 275/97), que condenó al actor, como autor de un delito de falsedad en documento mercantil y de un delito de estafa de carácter continuado, a dos penas de cuatro años de prisión, 1 multa de 1.000.000 de ptas., y al pago de una indemnización de 140.000.000 de ptas.

La demanda pide la anulación de las Sentencias impugnadas y que se declare extinguida la. responsabilidad penal del actor; subsidiriamente, que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la apertura del juicio oral para que determine la competencia de la Audiencia Provincial para enjuiciar los hechos. Mediante otrosí pide la suspensión cautelar.

2. La pretensión de amparo se sustenta en los siguientes hechos: le

a) «Parking Hernani, S.A.», interpuso querella el 15 de abril de 1988, contra don José Luis García Jiménez y otros, que dio lugar a la incoación de diligencias previas por el Juzgado de Instrucción núm. 17 de Madrid (registradas con el núm. 1.731/88).

Posteriormente, el 21 de marzo de 1990, la querella fue ampliada para acusar al actor, hermano del inicialmente querellado, por considerarle igualmente responsable de los hechos. La demanda de amparo afirma que no se puso en su conocimiento tal circunstancia, ni tampoco los cargos que se le imputaban. Por el contrario, la Sentencia de apelación afirma que el Juzgado dictó Auto de 21 de marzo de 1990 (folio 110), en el que amplió la querella contra él y acordó recibirle declaración como querellado; resolución que le fue notificada, citándosele para que compareciera en calidad de querellado a prestar declaración.

b) La demanda de amparo afirma que el actor declaró por primera vez ante el Instructor el 8 de febrero de 1991, recibiéndosele declaración en calidad de testigo, tras ser exhortado a decir verdad, y sin que en momento alguno se le interrogará por los hechos por los que, finalmente, ha resultado condenado: La falsificación de una certificación de Junta General del Parking Hernani y la escritura de constitución de una hipoteca sobre el aparcamiento, que permitió llevar a cabo una emisión de obligaciones hipotecarias por valor de 140.000.000 de ptas.

Sólo muchos años después, y a instancias del Ministerio Fiscal, se recibió declaración a don Pedro García Jiménez en calidad de imputado e instruido del contenido de los arts. 118 y 789 L.E.Crim. Concretamente, esa declaración se llevó a cabo el 22 de marzo de 1996, cuando la instrucción criminal estaba concluyendo.

c) Los hechos que han dado lugar a la condena concluyeron el 14 de octubre de 1987, fecha en la que se procedió a formalizar la hipoteca. Por lo que cuando prestó declaración como imputado, el 22 de marzo de 1996, habían transcurrido sobremanera los cinco años de prescripción que preceptúa el art. 113.4 del C.P. de 1973 para los delitos encausados.

La demanda subraya que los otros tres coacusados prestaron declaración los días 18 de noviembre de 1992, 23 de marzo de 1993 y 10 de junio de 1994, antes que él. Y que, precisamente por ello, resultaran absueltos por la Sentencia del Juzgado, por entender prescritos los delitos de los que se les acusaba.

d) La Sentencia de apelación (primera que se pronuncia sobre el tema de la prescripción, que no fue alegado por la defensa del actor ni durante la instrucción ni en el acto del juicio, planteándola ex novo en el recurso de apelación) rechazó que se hubiera producido la prescripción: «El hecho de que el propio querellado retrasara interesadamente su comparencencia y declaración no quiere decir que la prescripción no estuviera interrumpida. Como también es claro que su declaración de 8 de febrero de 1991 la presta como querellado y, por lo tanto, como imputado, si bien generó confusión en el tema su transcripción en un impreso para testigos. Pero se trata de un mero error, dado que tanto la citación para la diligencia como el contenido de la misma acreditan que el recurrente estaba declarando en calidad de imputado» (fundamento jurídico 4º).

La Sentencia de apelación, igualmente, consideró que la prescripción apreciada por el Juzgado de lo Penal en favor de los restantes acusados era injustificada y contraria a la Ley, pues habían sido citados como imputados (lo que era suficiente para interrumpirla), y los retrasos en llevar a cabo sus declaraciones fueron provocados por el primer querellado, que hizo caso omiso a las reiteradas citaciones judiciales alegando problemas de salud que en ningún momento quedaron acreditados. Aunque por la prohibición de la reformatio in peius la Sala se abstuvo de todo pronunciamiento.

e) La demanda de amparo afirma que cuando fue dictado el Auto de apertura del juicio oral, el 31 de mayo de 1996, ya había entrado en vigor el Código Penal de 1995, que determinó que la competencia para los delitos enjuiciados debía corresponder a la Audiencia Provincial. Algunas defensas (aunque no la del actor) solicitaron la suspensión por cuestión de competencia, que fue desestimada por la Sentencia de instancia, que razonó la competencia del propio Juzgado para fallar la causa.

La Sentencia de apelación no se pronuncia sobre el tema. La demanda de amparo afirma que esa omisión elude el examen de la competencia para enjuiciar los delitos, pese a su indiscutible carácter de ius cogens.

3. La demanda de amparo alega dos vulneraciones de derechos fundamentales:

1) El alegato principal consiste en que las Sentencias impugnadas no apreciaron la prescripción de los delitos de falsedad y estafa por los que ha sido condenado, lo que vulnera los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 24.2 C.E.). El inculpado declaró por primera vez como tal el 22 de febrero de 1996, por unos hechos que se remontan al 6 de octubre de 1987. La prescripción no pudo quedar interrumpida por la declaración efectuada ante el Juzgado de Instrucción el 8 de febrero de 1991, porque declaró en calidad de testigo, no de imputado, por lo que el procedimiento penal no había sido dirigido contra él.

2) Asimismo, la demanda de amparo afirma que el haber sido Juzgado por el Juzgado de lo Penal, en vez de por la Audiencia Provincial, que era la competente de conformidad con el nuevo Código Penal de 1995, vulneró sus derechos al Juez predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2, incisos 1 y 8 C.E.).

4. La Sección, por providencia de 3 de octubre de 1997, abrió trámite de alegaciones acerca de la falta de invocación de los derechos fundamentales al Juez predeterminado por la Ley y un proceso con todas las garantías [arts. 50.1 a) y 44.1 c) LOTC], y acerca de si el contenido de la demanda justifica la admisión [art. 50.1 c) LOTC].

5. La parte recurrente formuló alegaciones el siguiente día 22, en favor de la admisión. Afirma que los derechos fundamentales al Juez predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías fueron invocados en el acto del juicio oral, y la Sentencia del Juzgado se pronunció expresamente sobre la cuestión; y que invocó en el recurso de apelación los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso justo, cuya vulneración fue desechada por el juzgador de alzada en el fundamento jurídico 4º de su Sentencia.

En cuanto al fondo, alega que la no apreciación de la prescripción (cuestión de legalidad ordinaria normalmente) incurren en error patente, porque convirtió la declaración testifical del reo en declaración como imputado (STC 301/1994. Tomar como imputado -a efectos de la prescripción- a quien declaró como testigo desprevenido de sus derechos supone idéntica vulneración a la que se concita de ser condenado quien no llegó a declarar sino como testigo, en vez de calidad de imputado, en la fase de instrucción. La decisión judicial es, asimismo, arbitraria e irrazonable. Si hubo prescripción para las restantes partes, que declararon antes, con más razón habría de existir para don Pedro García, que sólo declaró como imputado en 1996.

La segunda vulneración se debe a la inaplicación de las normas competenciales, a la vulneración de la objetividad que vincula los delitos graves con el órgano determinado para los mismos, a la arbitrariedad del razonamiento para su atribución y a la falta de certeza jurídica en el criterio esgrimido por el Juez a quo para afirmar su competencia, en vez de la de la Audiencia Provincial.

6. El Ministerio Fiscal emitió informe el día 27, estimando que concurrían las causas de inadmisión puestas de manifiesto por providencia. El recurrente no invocó la cuestión de la prescripción de la instancia, planteándola ex novo en el recurso de apelación; de otro lado, no hay error patente ni arbitrariedad, sino todo lo contrario, pues la prescripción ha sido desestimada de manera razonable y razonada (ATC 164/1992).

El problema de la competencia para enjuiciar los hechos no fue invocado nunca por el actor. Además, carece de todo contenido como demuestran los razonamientos de la Sentencia de instancia, que rechazó las alegaciones de otros acusados razonadamente, en aplicación del Código Penal de 1973 y atendiendo a la gravedad de las penas. La determinación del concreto Juez competente es cuestión de legalidad ordinaria (SSTC 204/1994, 97/1987 y 93/1988).

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El actor, condenado como autor de delitos de falsedad y estafa a sendas penas de prisión, demanda amparo por dos razones. La primera, que la causa ha sido fallada por un Juzgado de lo Penal en vez de por la Audiencia Provincial, a pesar de que se le acusaba de delitos graves, cuya pena en abstracto superaba tres años de prisión, y que el nuevo Código Penal de 1995 ya había entrado en vigor en el momento en que se dictó el Auto de apertura del juicio oral, el 31 de mayo de 1996. La segunda alegación de amparo consiste en que no se declararon prescritos los delitos, a pesar de que habían transcurrido con creces los plazos legales cuando se le tomó declaración como imputado por vez primera, sin que sirviera para interrumpir la prescripción su inicial declaración en la causa, que fue tomada exclusivamente en concepto de testigo.

2. La alegación relativa a la competencia del Juzgado de lo Penal para enjuiciar los hechos delictivos resulta procesalmente inviable [art. 50.1 a) LOTC]. La cuestión fue suscitada en el acto del juicio por los Abogados de dos de los coencausados, no por la defensa del actor, y fue rechazada razonadamente por la Sentencia de instancia, sin que el recurrente formulara impugnación alguna contra ese extremo de la Sentencia en su recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, ni hiciera invocación de los derechos fundamentales, supuestamente vulnerados, al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías que ahora, tardíamente, intenta hacer valer [art. 44.1 c) LOTC].

La finalidad del requisito de la previa invocación del derecho fundamental vulnerado, consiste en que la dimensión constitucional de la cuestión sometida a proceso sea puesta de manifiesto, para que los Tribunales ordinarios puedan pronunciarse sobre ella y reparar cualquier vulneración de derechos o libertades fundamentales que pudiera existir (SSTC 1/1981, 675/1984, 182/1990 y 29/1996). Sin embargo, es doctrina firme que el requisito de la invocación del derecho o libertad constitucional en la vía judicial previa al amparo es importante, y debe ser cumplido: «Por muy flexible que sea este Tribunal en la exigencia del cumplimiento del requisito del art. 44.1 c) LOTC, al no requerir mención expresa del precepto constitucional violado, ni siquiera de su contenido literal, sino simplemente del derecho, cualquiera que sea la forma que éste se exponga (STC 30/1984), no puede llegar esa flexibilidad a anular prácticamente esa exigencia legal al socaire de planteamientos implícitos o presumibles o sobreentendidos, puesto que, como recuerda la STC 10/1986, el rechazo del entendimiento literal o excesivamente rigorista de dicho requisito no ha llegado ni podía llegar a un vaciamiento absoluto del contenido de un precepto legal cuya ordenación responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo que se desprende claramente del art. 53.2 C.E., y el titular del derecho fundamental debe facilitar su protección y hacer posible, con su invocación, que el órgano judicial remedie la presunta violación del correspondiente derecho» (SSTC 77/1989, fundamento jurídico lo, y 168/1995, fundamento jurídico único).

3. En cuanto al argumento principal de la demanda, basado en que la prescripción de los delitos por los que ha sido condenado no pudo quedar interrumpida por su declaración como testigo, carece manifiestamente de contenido que justifique su admisión [art. 50.1 c) LOTC].

La prescripción de los delitos es una cuestión de legalidad ordinaria que, en principio, resulta ajena a los derechos enunciados por el art. 24 C.E. La STC 157/1990, fundamento jurídico 5º ha Consolidado el criterio, mantenido desde las iniciales SSTC 152/1987, 255/1988 y 83/1989, de que «la apreciación, en cada caso concreto, de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal es una cuestión de mera legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece de relevancia constitucional».

4. En el presente caso, por lo demás, no hay asomo del error patente o de la arbitrariedad que alega la demanda de amparo, con cita de la STC 301/1994. Como indica la Sentencia de la Audiencia, hay que tener presente que la querella, presentada el día 21 de abril de 1988, no se formuló en un primer momento contra su persona sino contra su hermano don José Luis y otras personas; pero posteriormente fue ampliada contra él, lo que fue admitido por Auto del Juzgado de Instrucción de 21 de marzo de 1990, en el que asimismo se acordó recibirle declaración como querellado, y que le fue notificado citándosele para prestar declaración.

Ese mero dato justificaba que el Tribunal penal entendiera interrumpida la prescripción del delito, pues no es en modo alguno arbitrario que se entienda que la notificación del Auto que amplió la querella contra su persona conlleva que. el proceso se dirigía contra él.

5. Desde la perspectiva de la indefensión, única que nos compete en esta sede constitucional, es obvio que no se produjo en modo alguno ninguna situación calificable como tal. En primer lugar, en el momento de producirse su primera declaración, el actor se encontraba ya asistido por Abogado de su elección, y fue interrogado sobre su actuación respecto a los hechos investigados, no respecto a hechos de terceras personas (ATC 83/1992). No existe pues, asomo de que la causa fuera instruida a espaldas del acusado (SSTC 23/1991, 54/1991, 273/1993, 290/1993 y 100/1996). Por lo demás, las declaraciones que realizó ni siquiera se alega que hayan sido aportadas como prueba en el acto del juicio oral para incriminarle.

Ni la nueva redacción del art. 118 L.E.Crim., ni nuestra jurisprudencia sobre los derechos de defensa del imputado o inculpado en una instrucción criminal, imponen ninguna garantía formal ajena al derecho de defensa del justiciable. Este derecho de defensa «combate la situación de quien sin ser procesado puede ser interrogado por el Juez instructor o ser citado por él para intervenir en otro género de diligencias sumariales en relación con imputaciones más o menos fundadas, graves y verosímiles, y se trata de evitar que, ignorante de lo que el Juez inquiere o pretende confirmar y falto de una asistencia técnica adecuada, puedan producirse contra él, aún en esta fase sumarial y por ende no probatoria, situaciones contrarias al derecho de defensa (art. 24.2 C.E.)» (STC 135/1989, fundamento jurídico 30.4), cuando no, lisa y llanamente, le impide toda participación en el proceso al denegar su comparecencia como parte, en igualdad de armas con las partes acusadoras (STC 44/1985, fundamento jurídico 30).

Lo determinante, desde el punto de vista constitucional, es que el Juzgado de Instrucción no impida acceder al proceso de toda persona a quien se atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible: Para lo que debe comunicarle inmediatamente la admisión de denuncia o querella, ilustrándose de su derecho a defenderse en el procedimiento y a designar Abogado (SSTC 44/1985, fundamento jurídico 3º, 186/1990, fundamento jurídico 50, y 100/1996, fundamento jurídico 3º). Como subrayamos en esta última Sentencia, «la finalidad de aquella comunicación judicial se encuentra precisamente en la información acerca de la situación o condición real en que se encuentra el querellado en la causa, para que éste pueda ejercitar su derecho de defensa y sin que se produzca una real indefensión material como consecuencia del desconocimiento de su verdadera condición». Razón por la cual han sido denegados los amparos pretendidos por quienes se quejaban del modo en que se había desarrollado su primera comparecencia ante el instructor, pero no habían sufrido una situación material de indefensión (SSTC 290/1993 y 100/1996, y AATC 215/1987, 211/1990 y 83/1992): Lo que prohibe el art. 24 C.E. es que el inculpado «no haya tenido participación en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales» o que «la acusación se haya fraguado a sus espaldas, sin haber tenido conocimiento alguno de ella» (STC 54/1991, fundamento jurídico 3º, así como SSTC 186/1990, fundamento jurídico 70, 128/1993, fundamento jurídico 30, y 277/1994, fundamento jurídico 2º). De lo que se trata, en definitiva es de «garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella (la persona inculpada en una causa penal), aún en la fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión» (STC 273/1993, fundamento jurídico 2º, con cita de las SSTC 44/1985 y 135/1989).

Nada de esto aparece en las actuaciones del proceso penal en que el actor ha resultado condenado, por lo que sus alegaciones, relativas a una cuestión de mera legalidad (la prescripción del delito), carecen de todo fundamento. Por añadidura, tampoco tienen sustento fáctico. La afirmación judicial de que, en realidad, declaró como querellado y no como testigo ya en su primera comparecencia se encuentra corroborada por el contenido objetivo de las declaraciones efectuadas entonces, por el dato cierto de que actuó asistido de Abogado, y porque conocía la resolución judicial que había acordado la ampliación de la querella y su citación, donde inequívocamente se le convocaba en calidad de inculpado. Es censurable el error cometido por el Juzgado, al transcribir su declaración en un impreso propio de declaraciones testificales. Pero ese error formal no puede hacer ignorar la realidad, pues la Constitución proclama derechos efectivos de defensa, no formalismos (STC 290/1993, fundamento jurídico 50).

ACUERDA

Por todo lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión de la demanda de amparo y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a tres de diciembre de mil novecientos noventa y siete.