|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 459/1986 |
| Fecha | de 28 de mayo de 1986 |
| Sala | Sección Cuarta |
| Magistrados | Don Ángel Latorre Segura, don Carlos de la Vega Benayas y don Luis López Guerra. |
| Núm. de registro | 1212-1985 |
| Asunto | Recurso de amparo 1.212/1985 |
| Fallo | Por lo que la Sección acuerda la inadmisión del recurso y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Con fecha 27 de diciembre de 1985 tuvo entrada en este Tribunal Constitucional la demanda de amparo interpuesta por don José Antonio Guillermo Iglesias Muñoz, representado por el Procurador don Carlos Navarro Gutiérrez, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1985, que no estimó el recurso de casación oportunamente interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de julio de 1983.

2. El recurrente fue condenado por esta última, como autor responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas, a la pena de cuatro años dos meses y un día de prisión menor, con las accesorias legalmente correspondientes.

Al establecer los hechos probados, la Audiencia declaró que el acusado «entró (causando daños por 5.000 pesetas) durante las primeras horas del día 3 de abril de 1978 en los locales de ''Rhodia Ibérica, Sociedad Anónima'', ubicados en el polígono industrial ''Urtinsa'', de Alcorcón, y una vez en el interior, donde había un letrero que decía ''Pagos'', encontró la llave de la Caja y sustrajo de la misma una cantidad no concretada, pero no inferior a 600.000 pesetas; se apoderó de esta cantidad y el mismo día 3 de abril de 1978 la ingresó en la cartilla del Banco Hispano Americano núm. 328/2.900 de sucursal de José Antonio, 28, de Madrid, cartilla que, cuando fue detenido este procesado el día 21 de mayo de 1978, tenia (desde el 17 de dicho mes) solamente un saldo de 10.000 pesetas, por haber dispuesto este culpado de fondos. Este procesado estaba penado por cinco delitos de hurto, tres de robo y una de hurto de uso.»» La Sentencia reseñada hizo aplicación, en función del art. 24 del C.P., del texto legal del Código Penal reformado por la Ley Orgánica 8/1983 y estimó que estos hechos se subsumían bajo las prescripciones de los arts. 500; 504, núm. 4; 505, párrafo 1, y 506, núm. 4, de dicho Código.

Por su parte, el Ministerio Fiscal habría calificado los hechos, al parecer, de acuerdo con el texto vigente en el momento de la comisión de los mismos, según lo prescrito por los arts. 500; 504, núm. 1, y 505, núm. 3, solicitando una pena de cuatro años dos meses y un día de prisión menor, sin perjuicio de indicar dice la Sentenciala modificación de la Ley 8/1983.

3. El recurso de casación deducido contra esta Sentencia se formalizó, al amparo del art. 849, núm. 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Cr.), en un único motivo que fundamentó la infracción de Ley en la no aplicación de los arts. 514 y 515 del Código Penal (C.P.), que deberían haber sido los aplicados en lugar de los arts. 500 y siguientes C.P.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación en su Sentencia de 26 de noviembre de 1985.

4. La demanda de amparo alega la violación del art. 24.2 de la Constitución Española (C.E.) cometida por la Audiencia Provincial al no haber procedido de acuerdo con lo previsto en el art. 733 de la L.E.Cr. y haberse apartado de la calificación realizada por el Ministerio Fiscal sancionando al recurrente por un delito más grave que el requerido por la acusación. Tal proceder supondría un quebrantamiento de forma, afirma la demanda, previsto en el art. 851, núm. 4, L.E.Cr., que no pudo alegarse ante el Tribunal Supremo por no habérselo señalado en la preparación del recurso de casación.

5. Por lo que solicita se declare la nulidad de las resoluciones que se impugnan.

Por otrosí solicita se proceda a la designación de nuevo Procurador del turno de oficio.

6. Por providencia de 29 de enero de 1986, la Sección Segunda de este Tribunal acordó dirigir comunicación al ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, a fin de que designase nuevo profesional del turno de oficio, lo que se llevó a cabo el 5 de febrero siguiente, siendo designada doña Carmen Tolosana Rancaño.

7. Con fecha 12 de marzo de 1986, la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional dictó providencia por la que se concedía al recurrente y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días a fin de que formulasen las alegaciones que estimaran pertinentes con respecto a la posible presencia del motivo de inadmisión de carácter insubsanable prescrito en el art. 50.1 b), en relación con el 44.1 c), ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), consistente en no haberse invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello, así como el que prevé el art. 50.2 b) de la LOTC, consistente en carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional.

8. El Ministerio Fiscal, por escrito de 10 de abril de 1986, manifiesta que el momento de denunciar la violación del derecho que se alega debió ser en el escrito relativo al recurso de casación, que no se ha aportado en la demanda de amparo.

Pudiera, no obstante, entenderse que al no interponerse el recurso por la vulneración por incongruencia que ahora se cita, concurriría la mencionada causa de inadmisión del art. 50.1 b) de la LOTC. Si no se entendiera así, se sugiere se reclame la oportuna documentación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 88 de la misma disposición. En cuanto al motivo recogido en el art. 50.2 b), la disimilitud entre la acusación efectuada y la condena no fue objeto, pudiendo serlo, del recurso de casación, sin que pueda ser sometida ex novo al Tribunal Constitucional. Por lo que interesa se inadmita el recurso por las causas indicadas en la providencia de 12 de marzo.

9. La representación del recurrente, por escrito de 10 de abril, solicita se le notifique el nombre del Letrado que ha de llevar a cabo las alegaciones, lo que se efectuó el siguiente 16 de abril, concediéndosele para la formulación de tales alegaciones un nuevo plazo de diez días. Dentro del mismo, con fecha 11 de mayo, manifiesta la representación del recurrente que efectivamente, como se hace constar en el escrito original de interposición del recurso, no se pudo invocar el derecho constitucional violado en el momento procesal oportuno porque el recurso de casación había sido preparado únicamente por infracción de Ley. El procesado había sido defendido por Letrado designado de oficio, por lo que la falta de invocación es inmputable a éste y no al recurrente. Un error nunca imputable al recurrente no debe privarle del ejercicio del derecho al recurso de amparo constitucional. En cualquier caso, la posible colisión entre un requisito o exigencia de carácter formal, cuya ausencia no es imputable al recurrente, y el derecho fundamental al amparo debe resolverse siempre en favor y beneficio de este último.

En cuanto al segundo motivo señalado por el Tribunal respecto a la posible inadmisión del recurso, la decisión que se pide tiene un evidente contenido constitucional, reiterándose por el recurrente las alegaciones contenidas en el escrito inicial de demanda. Por lo que suplica del Tribunal acuerde la inadmisión del recurso de amparo.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Unico. Reiteradamente ha señalado este Tribunal que el requisito exigido por el art. 44.1 c) de la LOTC, consistente en que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello, no constituye en modo alguno un mero formalismo, sino que responde a la misma naturaleza del recurso de amparo. En efecto, no hay que olvidar que, de acuerdo con el art. 117.3 de la Constitución, corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, y sólo en el supuesto de que tales Juzgados y Tribunales no hubieran remediado la vulneración de un derecho constitucional, corresponde a este Tribunal proceder a ese remedio. Por ello, y dado el carácter último y subsidiario de la vía de amparo, es necesario no sólo agotar las vías judiciales procedentes, sino también dar la oportunidad al juzgador ordinario para que subsane la violación de derechos fundamentales que se hubiera podido llevar a cabo. Ello impide que puedan plantearse ante este Tribunal cuestiones que, habiendo podido plantearse ante la jurisdicción ordinaria, se hubieran sustraído al pronunciamiento de ésta. La invocación formal del derecho alegadamente vulnerado (interpretada con la amplitud con que este Tribunal lo ha hecho) ante los Tribunales ordinarios, no puede así omitirse como exigencia previa a la interposición del amparo.

En el caso presente, y como reconoce el recurrente, en el momento procesal oportuno, al interponer el recurso de casación, no sólo no se invocó el art. 24.2 de la C.E., ni el derecho en él reconocido alegadamente vulnerado por la Sentencia de la Audiencia, sino que ni siquiera se planteó la cuestión de fondo que hoy se presenta, esto es, la inaplicación de lo previsto en el art. 73.3 de la L.E.Cr. por la Audiencia, y la incongruencia de la Sentencia por ella emitida en relación con la petición del Ministerio Fiscal. El recurso de casación se interpuso únicamente por un motivo, fundado en infracción de Ley, y referido a los arts. 514 y 515 del Código Penal. En consecuencia, es evidente que tanto la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías, recogido en el art. 24.2 de la C.E. como la fundamentación en que se basa se plantean ex novo ante este Tribunal, sin haberse dado a la jurisdicción ordinaria oportunidad para pronunciarse sobre el caso. Y no puede en forma alguna apreciarse, para admitir pese a ello el recurso, que la preparación del recurso de casación fuera llevada a cabo por Letrado de oficio, dato este que resulta irrelevante a estos efectos. Concurre, pues, la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 b), en relación con el 44.1 c), de la LOTC; sin que proceda, por tanto, entrar en el análisis del segundo motivo de inadmisión que se señaló en su día.

ACUERDA

Por lo que la Sección acuerda la inadmisión del recurso y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y seis.