

material probatorio de cargo obrante en el expediente y el derecho a la tutela judicial efectiva.

2.º Anular el Acuerdo sancionador de 27 de octubre de 1992, dictado por la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario de Guadalajara; el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 16 de noviembre de 1992 y el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla-La Mancha de 9 de marzo de 1993.

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

Dada en Madrid a nueve de julio de mil novecientos noventa y seis.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—Pedro Cruz Villalón.—Enrique Ruiz Vadillo.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Javier Delgado Barrio.—Firmados y rubricados.

**18651** *Sala Primera. Sentencia 129/1996, de 9 de julio de 1996. Recurso de amparo 2.888/1994. Contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla en rollo procedente de procedimiento abreviado instruido por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de los de Sevilla y contra Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo recaída en recurso de casación dimanante en autos seguidos ante la Audiencia Provincial de Sevilla en dicho procedimiento abreviado. Supuesta vulneración del principio de legalidad y de los derechos a la igualdad y a un proceso con todas las garantías.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente; don Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Javier Delgado Barrio, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2.888/94, promovido por don José Manuel Carrasco Torres, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Lydia Leiva Cavero, y asistido por el Letrado don José Fernández Villa, contra la Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 8 de marzo de 1993, en el rollo núm. 181/92, procedente del procedimiento abreviado núm. 172/91, instruido por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de los de Sevilla, y obviamente contra la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el día 17 de junio de 1994, recaída en recurso de casación dimanante de autos seguidos ante la Audiencia Provincial de Sevilla, en dicho procedimiento abreviado, por delito de prostitución. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Enrique Ruiz Vadillo, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 5 de agosto de 1994, doña Lydia Leiva Cavero, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don José Manuel Carrasco Torres, interpone recurso de

amparo contra la Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 8 de marzo de 1993, en el rollo núm. 181/92, procedente del procedimiento abreviado núm. 172/91, instruido por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de los de Sevilla, y contra la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 1994, recaída en recurso de casación dimanante de autos seguidos ante la Audiencia Provincial de Sevilla, en dicho procedimiento abreviado, por delito de prostitución.

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

a) Durante la primavera del año 1986 se abrió al público el establecimiento denominado «La Casita», sito en la finca núm. 26 de la avenida de Andalucía, de Sevilla, funcionando desde entonces sin interrupción. Su propietario y gerente ha sido don José Manuel Carrasco Torres. El negocio constaba de un bar y diversos dormitorios, la mayoría con cuarto de baño anexo. Dicho local permanecía abierto desde las diecisiete horas hasta las tres horas de la mañana, y al mismo acudían mujeres que tenían allí relaciones sexuales con los clientes a cambio de cantidades de dinero no determinadas, para lo cual pagaban a don José Manuel Carrasco 5.000 pesetas por el uso del dormitorio en cada ocasión. El recurrente en amparo tenía conocimiento de todo ello, facilitando el pago por dicha utilización a las mujeres, mediante el abono de dicha cantidad mediante el empleo de tarjetas de crédito. Incluso el establecimiento se llegó a anunciar en el periódico «Diario-16 Andalucía» del siguiente modo: «20 chicas vips 20. Alta selección. Bañeras de hidromasaje. Piscina y sauna. Señoritas de alto standing. Visa y American Express. Teléfonos ...».

b) Don José Manuel Carrasco fue condenado en virtud de la causa instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Sevilla, procedimiento abreviado 172/91, cuyo conocimiento correspondió a la Audiencia Provincial de Sevilla, por un presunto delito de tercería locativa en la prostitución, cuya Sala dictó Sentencia en fecha 8 de marzo de 1993, condenando al ahora recurrente a la pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; multa de 30.000 pesetas y seis años y un día de inhabilitación especial, y la retirada durante el mismo plazo de la licencia que, en su caso, se le hubiera concedido.

La mencionada resolución declaraba nula la intervención telefónica practicada en la causa (folios 8 a 10 y 19 a 34), como consecuencia de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a un juicio con todas las garantías establecidas en los arts. 18.3 y 24.2 C.E., al haber sido obtenido dicha prueba sin intervención judicial y de modo no contradictorio.

c) Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional contra la referida Sentencia, el mismo fue desestimado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de junio de 1994, que declaró no haber lugar al recurso interpuesto por infracción de ley y de principios constitucionales, al no existir dichas vulneraciones en la Sentencia dictada por la citada Audiencia Provincial.

3. Contra dicha Sentencia se interpone recurso de amparo, interesando su nulidad. En la demanda se aduce vulneración del art. 16.1 de la Constitución Española de 1978, comprensivo del derecho a la libertad ideológica y religiosa, toda vez que, según el recurrente, la interpretación que sostiene tanto la Audiencia Provincial, como el propio Tribunal Supremo, con relación al art. 452 bis d) 1.º del Código Penal, determina que si

el bien jurídico protegido en dicho precepto no es la libertad sexual, sino la protección de determinadas categorías morales que el legislador quiere que prevalezcan en las relaciones sociales, parece que entonces el citado precepto penal está viciado de inconstitucionalidad, al infringir el principio de aconfesionalidad del Estado español, de acuerdo con el citado art. 16.1 en relación con el 10.1, ambos C.E.

Asimismo, por el recurrente se denuncia la violación del art. 25.1 C.E., donde se reconoce el derecho a no ser condenado por una acción u omisión que en el momento de producirse no constituya delito. Alega el solicitante en tal sentido que la dedicación de un local para que personas mayores de edad utilicen sus habitaciones para mantener relaciones sexuales por las que se paga un precio, sin que haya coacciones, intimidaciones o engaños hacia las mujeres por parte de un dueño, gerente, administrador o encargado del local, que además no tiene interés en la práctica de esas relaciones sexuales, no las explota ni participa en sus ganancias, no está penalizada en el art. 452 bis d) 1.º del Código Penal, porque en modo alguno se lesiona el bien jurídico protegido, es decir, la libertad sexual.

La tercera violación constitucional que se denuncia es la relativa al principio de igualdad ante la Ley, y la interdicción de todo supuesto de discriminación, reconocidos ambos en el art. 14 C.E. Dicha vulneración consiste según su argumentación en la diferencia de trato jurídico al que se ven sometidos los titulares de establecimientos que combinan el consumo de bebidas con el tráfico sexual, cuya actividad es sancionada penalmente, y el carácter penalmente atípico del uso alternativo de los locales destinados al hospedaje ordinario, con la cesión de habitaciones para la prestación por terceros de servicios sexuales, o la edición y venta de publicaciones pornográficas, o la proyección de películas del mismo calado, o la mediación en la oferta de esos servicios carnales mediante precio.

También se alega la vulneración del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, en relación con el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, derecho reconocido en el art. 18.2 C.E., así como de los derechos fundamentales a la defensa, a ser informado de la acusación formulada, y al empleo de los medios de prueba pertinentes para la defensa, derechos que se encuentran, asimismo, reconocidos en el art. 24.2 C.E. Se manifiesta la nulidad tanto de la intervención telefónica practicada, como de la diligencia de entrada y registrado efectuada, que fueron declaradas nulas por la propia Audiencia Provincial, lo que no ha impedido la práctica de otras diligencias de investigación, que son igualmente nulas de pleno Derecho. Por el recurrente se afirma que en tales diligencias de investigación se han vulnerado los principios de contradicción, igualdad y defensa, al no haber tenido la oportunidad en tales actos de interrogar a los testigos para equilibrar el conjunto de armas de ataque y defensa.

Por último, se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), al no haber existido auténtica prueba de cargo, practicada con todas las garantías legalmente exigibles, que sirvan de fundamentación para desvirtuar dicha presunción y, por ende, condenar al ahora recurrente en amparo por la citada infracción penal.

4. Por providencia de 11 de septiembre de 1995, la Sección acordó admitir a trámite la demanda y requerir al Tribunal Supremo y a la Audiencia Provincial de Sevilla para que en el plazo de diez días remitieran testimonio del recurso de casación y demás actuaciones, interesando al propio tiempo el emplazamiento de cuantos

hubieren sido parte en el procedimiento judicial antecedente, salvo el recurrente en amparo.

5. Por providencia de 9 de octubre de 1995, la Sección acordó, de acuerdo con el art. 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por un plazo común de veinte días, tanto al Ministerio Fiscal, como al propio solicitante de amparo.

6. El escrito del Ministerio Fiscal fue registrado el día 3 de noviembre de 1995. En sus alegaciones interesa la desestimación de la presente demanda, basándose en las siguientes consideraciones:

a) El recurrente imputa a las resoluciones judiciales la violación del art. 16.3 C.E. La interpretación que el Tribunal sentenciador hace del art. 452 bis c) 1.º del Código Penal quiebra el principio de aconfesionalidad del Estado que, según el actor, imposibilita la existencia de unos valores morales oficiales que hayan de admitir todos los ciudadanos.

Esta denuncia carece de dimensión constitucional, porque el Tribunal sentenciador no interpreta el precepto, sino que lo aplica al supuesto de hecho por el proceso lógico de subsunción. La interpretación que realiza el órgano judicial del precepto penal es la única que permite la norma. El actor pretende, si aceptamos su argumentación, que el precepto se inaplique porque su utilización supone que el Tribunal impone normas que responden a conceptos o principios de una confesión religiosa, lo que choca con el derecho fundamental del art. 16.3 de la C.E. Esta afirmación del actor no se adecua a la realidad, porque la norma cuestionada es consecuencia directa únicamente de un concepto moral social y laico, que el legislador estima que corresponde al sentimiento de la mayoría de los miembros de la sociedad y que obliga al mantenimiento de unos mínimos de prohibición, cuya vulneración por atacar la conservación de la convivencia civil debe ser objeto de sanción penal.

Este concepto moral, social y laico, que fundamenta la consideración como delito de la tercería locativa, no es sólo sentido por nuestra sociedad, sino que es aceptado por numerosos países de confesionalidad diferente y costumbres distintas, y cuya general aceptación ha plasmado en su consideración como tal en el Convenio de Lake Success de 21 de marzo de 1950, ratificado por España el 18 de junio de 1962. Este Convenio declara la repulsa de todos los firmantes a la actividad de explotación de la prostitución. No existe la violación constitucional denunciada, porque el precepto penal no tiene fundamento en ningún principio de confesionalidad, sino que es reflejo del común sentir social de repudio de esta actividad de favorecimiento de la prostitución.

b) El actor imputa a la Sentencias recurridas la vulneración del art. 25.1 de la Constitución, porque el Tribunal condena al actor por una acción u omisión que en el momento de producirse no constituye delito reconocido. La denuncia del actor tiene que correr la misma suerte que la estudiada en el número anterior. El delito existía en el momento de su comisión aunque el recurrente estime que no debía considerarse existente. Su argumentación se basa en que la conducta del actor no puede subsumirse en el tipo penal al no afectar a la libertad sexual, que es el único bien jurídico protegido por el precepto, y no afecta a la libertad sexual, porque no existe ninguna voluntad imponiendo a otra la realización de la actividad sexual, ni tampoco se trata de menores de edad.

El Código Penal castiga en este delito el lucro obtenido por una persona con el comercio sexual de otra mayor de edad. Esta actividad o conducta supone el beneficio de un tercero por la actividad sexual de las personas, lo que supone que el tercero se aprovecha

económicamente de este tráfico y participa activamente en el funcionamiento de la propia actividad de prostituirse, al favorecerlo y promoverlo poniendo los medios materiales mediante precio para su realización.

El legislador comprende bajo la rubrica de libertad sexual dos objetos distintos de protección: uno de carácter individual, en el que se sancionan conductas de ejercicio de la sexualidad con imposición de un comportamiento sexual a otra persona contra o sin su voluntad, y otro de tipo social, que comprende conductas que constituyen ataques a la decencia pública como valor poseído por la comunidad, y conductas en conexión con el ejercicio de la prostitución, y, entre ellas, se encuentra la tercería locativa que constituye una actividad cuasi-empresarial cuyo objeto es un tráfico sexual, prostitución, que el legislador entiende que es objeto de repudio racional e irracional, como contrario a la moral civil.

Esta es la acción que el precepto penal sanciona, y ésta es la acción cometida por el actor que el Tribunal ha subsumido en la norma. El órgano judicial podrá estar o no de acuerdo con la norma penal, pero mientras no se derogue tiene que aplicarla porque esa es su función constitucional. El órgano judicial en la Sentencia examina el precepto y la acción del acusado, y de manera clara y ordenada constata la concurrencia de los elementos de hecho que exige la norma por lo que concluye aplicando el precepto penal.

El órgano judicial tiene que interpretar la norma penal, pero esa interpretación no puede llegar a la inaplicación del precepto. El Tribunal debe aplicarlo, y si entiende que la norma no responde a la realidad social, debe exponer esta consideración a los efectos legales oportunos, pero no puede, porque vulneraría la ley, dejar de aplicarla. La argumentación que para mantener su postura realiza la demanda de amparo plantea problemas de política criminal o filosofía del Derecho penal, que deben ser objeto de estudio y consideración por el legislador, pero que no afectan a la función jurisdiccional que tiene otro objeto y límites, y, en consecuencia, no vulneran el derecho fundamental alegado.

c) La tercera violación que denuncia el actor tiene por objeto la presunta quiebra del derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el art. 14 C.E. Esta denuncia también tiene que rechazarse, porque el derecho a la igualdad con dimensión constitucional tiene que basarse en que la norma de un tratamiento distinto a supuestos idénticos, lo que no sucede en este supuesto.

Es una realidad que existen conductas que afectan a la sexualidad de las personas y a la prostitución en la prensa, e incluso en medios de información, vídeos y películas de contenido pornográfico, en que existe un lucro para los que realizan dicha actividad, pero no es posible afirmar fundadamente, con dimensión y transcendencia constitucional, que estas actividades son esencialmente idénticas a las castigadas por el art. 452 bis c) 1.º C.P a los efectos de la violación del art. 14 C.E. Si el legislador no las castiga, es que encuentra que son diferentes a la tercería locativa, y por ello entiende que no atacan de forma igual a la moral sexual colectiva, y esta opción del legislador no puede recibir censura alguna constitucional por considerar que la actividad de favorecimiento lucrativo suponga una mayor perversidad, que las otras acciones con finalidad sexual. El Juez no puede dejar de aplicar una norma porque existan otras conductas que entienda que también deban ser castigadas y no lo sean.

d) El actor denuncia la violación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, porque el órgano judicial no ha realizado la imputación formal a que venía obligado, lo que ha conculcado su derecho de defensa.

No cabe duda que la aplicación de la doctrina señalada por la STC 186/1990, respecto a la interpretación constitucional del art. 790.1 de la L.E.Crim. lleva a la conclusión de la falta de formalización de la imputación, con anterioridad al momento de dictarse por el órgano judicial el Auto de continuación del procedimiento del art. 790.1 de la L.E.Crim., y esta falta de formalización determina que el actor no intervenga en la fase de instrucción como imputado a los efectos de proponer pruebas, intervenir en las practicadas, y solicitar cualquiera de las resoluciones judiciales del art. 789.5 de la L.E.Crim., y al no haber tenido esta posibilidad se ve abocado, como dice la Sentencia citada, a soportar el juicio oral en cuya preparación no ha tenido parte.

El actor no ha podido desarrollar actividad instructora porque no tenía la condición procesal de imputado y por lo tanto, la conclusión, desde un punto de vista formal, es que la omisión del órgano judicial produce la indefensión del actor. Sin embargo, si formalmente parece real la quiebra constitucional, es necesario examinar si materialmente ha existido dicha quiebra en este caso concreto.

Examinadas las actuaciones judiciales se llega a la conclusión de que el actor ha conocido la existencia de la actividad judicial por el delito de prostitución en el establecimiento del que es dueño, y, sin embargo, deja transcurrir dos años (1989 a 1991), tiempo en que es interrogado como testigo, sin realizar ninguna actividad procesal de intervención en el procedimiento con finalidad de defensa.

El Juzgado de Instrucción dicta Auto de continuación de procedimiento del art. 790.1 L.E.Crim., que cierra al actor toda posibilidad de intervenir en la instrucción, y solicitar las pruebas y las resoluciones del art. 989.5 de la L.E.Crim. El Auto se le notifica a petición del Ministerio Fiscal con las advertencias legales y con la presencia de Letrado. El órgano judicial le imputa formalmente la posible autoría de un delito de prostitución y le toma declaración.

Frente a esta resolución judicial, el ya imputado permanece procesalmente pasivo, sin intentar remediar la situación de indefensión formal mediante la interposición del correspondiente recurso de reforma, y, en su caso, de queja, contra dicho Auto de continuación del procedimiento. Si el recurso prosperara, hubiera producido su nulidad y la consiguiente posibilidad de solicitar pruebas con su intervención, y las consecuentes resoluciones judiciales respecto al proceso, y si no hubiera prosperado la negativa del Juzgado posibilitaría el correspondiente recurso de amparo con la consiguiente economía procesal y de tiempo.

El actor no reaccionó como debía respecto a la resolución judicial y permaneció inactivo incluso en la designación de Letrado y Procurador, de tal forma que tuvo que ser el órgano judicial quien realizara la designación de ambos profesionales de oficio.

De lo expuesto se deduce que, si formalmente es posible apreciar quiebra del derecho de defensa, materialmente no es posible aceptarla, porque la situación procesal de indefensión se ha mantenido por la falta de diligencia del actor que no ha actuado como le permitía la norma, mediante la utilización de los recursos establecidos en la ley. El actor pudo recurrir e intentar solucionar la situación de desventaja procesal. Su falta de actividad es tan intensa que permite imputarle sin duda la situación de indefensión que denuncia.

Por otra parte, el actor no ha agotado la vía judicial previa a la constitucional, por lo que concurre la causa de inadmisión, en este momento procesal de desestimación del art. 44.1 a) de la LOTC.

e) El recurso de amparo alega la violación por las Sentencias recurridas del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución. El estudio de las actuaciones permite afirmar que no existe esta violación constitucional, porque la condena del actor se basa en varias pruebas válidas que, valoradas en su totalidad y en conjunto, llevan al Tribunal a la conclusión de la existencia de actividad probatoria de cargo bastante y suficiente para considerarle autor del delito del art. 452 d) 1.º C.P.

En el juicio oral declara el recurrente en amparo y ratifica todas las declaraciones prestadas como testigo e imputado en el procedimiento. El actor manifiesta que es dueño del establecimiento al que acuden un número variable de señoritas que alquilan, para su uso con pareja, los dormitorios que tiene el bar mediante el pago de un precio por el alquiler. También declara el camarero del bar en el mismo sentido y doña Margarita María González, conocedora del establecimiento y del dueño, a quien denunció por otros hechos. Esta testigo se ratifica en las anteriores declaraciones y afirma que en el establecimiento se ejerce la prostitución por las señoritas que lo frecuentan; junto a esta prueba testifical existe una documental consistente en el anuncio en un periódico, cuyo texto, unido a las declaraciones prestadas, determinan que la valoración del Tribunal respecto a la existencia del delito imputado tenga un fundamento probatorio de cargo claro y terminante.

Ninguna de estas pruebas puede ser consideradas contaminadas, porque no tienen relación ni con la intervención telefónica ni con la entrada y registro. La existencia de la tercería locativa fue denunciada por determinada persona y, como consecuencia de esa denuncia, se inicia el procedimiento penal, y es precisamente esta persona la que declarará en el juicio oral, por lo que su testimonio, contrastado con las declaraciones realizadas en la instrucción, tiene valor de prueba.

7. Por la representación del solicitante de amparo no se hizo manifestación alguna en el trámite de alegaciones concedido al efecto.

8. Mediante providencia de 11 de octubre de 1995, la Sección Primera de este Tribunal ordenó formar la oportuna pieza separada, resuelta por Auto de 5 de abril de 1995, en el que se acordó la suspensión de la ejecución de la Sentencia de 23 de octubre de 1995, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y la anterior resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla, en lo que se refiere a las penas de prisión menor y accesorias, y a la de arresto sustitutorio.

9. Por providencia de 8 de julio de 1996 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 9 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La primera consideración que hemos de formular viene referida con carácter general a la exposición en su conjunto del recurso de amparo y a sus distintas manifestaciones, en el sentido de que, de acuerdo con el art. 44.1 b) LOTC, en ningún caso este Tribunal puede entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso, y que se recogen como probados en la Sentencia de instancia, sin perjuicio, ello es obvio, del examen de todas y cada una de las vulneraciones de derechos fundamentales que en el recurso de amparo se denuncian, aunque se parta necesariamente del soporte fáctico sobre el que se han construido las Sentencias dictadas en la causa, y que son objeto del presente recurso.

2. La primera violación constitucional denunciada en el escrito de recurso es la que hace referencia y concierne al principio de aconfesionalidad del Estado espa-

ñol, recogido en el apartado primero del art. 16 C.E. como corolario lógico del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, proclamado en dicho precepto de nuestra Ley fundamental.

Con base en tal derecho, el recurrente denuncia la interpretación que el Tribunal sentenciador hizo del art. 452 bis d) 1.º del Código Penal que, según el recurrente, quiebra el citado principio de aconfesionalidad del Estado al imposibilitar la existencia de determinados valores sociales distintos de los oficiales.

Con independencia de las expresiones que la Sentencia de instancia haya utilizado, el dato incontrovertido es que su contenido ha sido respetuoso y se ha mantenido dentro del marco estricto de la redacción dada por el Código Penal al art. 452 bis d), cuyo bien jurídico protegido es precisamente la libertad de las personas en la esfera sexual, en el entendimiento de que este tipo de locales propicia, o propiciaba, por lo que luego se dirá, el comercio lucrativo en beneficio de terceras personas, supuesto que en el Código Penal de 25 de noviembre de 1995 puede entenderse que se ha excluido del ámbito penal pasando a ser un hecho atípico, cuestión sobre la que no puede pronunciarse el Tribunal Constitucional, y que si habrá de hacerlo la jurisdicción ordinaria, siendo para ello preciso acudir al correspondiente proceso de revisión, como más adelante se dirá.

El hecho de la prostitución ajena de personas capaces, se recoja o no en un texto legal penal (cfr. el Convenio Lake Success de 21 de marzo de 1950 para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, al que se adhirió España por Instrumento de 18 de junio de 1962), es un tema de política legislativa criminal, que no corresponde enjuiciar, en principio, a este Tribunal. Las observaciones que formula el recurrente parecen más bien dirigidas, en general, al futuro legislador (y en este sentido, las diferencias que se ponen de relieve respecto de los correspondientes Proyectos y Anteproyectos, y a la toma de posiciones frente a las mismas de determinados sectores sociales así lo acredita), pero nada tiene que ver con la imposición por parte del Estado de normas que sólo traigan causa en un concepto específico de una confesión religiosa.

3. La segunda violación que se denuncia es la relativa al derecho a no ser condenado por una acción u omisión que, en el momento de producirse, no constituya delito, reconocido en el art. 25 de la Constitución.

El tema que ahora se somete a nuestra consideración posee una directa y evidente relación con el anterior. El legislador, al configurar como infracción penal la conducta de los dueños, gerentes, administradores o encargados de locales, abiertos o no al público, en el que se ejerciera la prostitución u otra forma de corrupción, y de toda persona que a sabiendas participare en su financiamiento, utilizó la libertad de configuración de los tipos penales, con igual y amplia libertad con que otro legislador posterior puede llevar a cabo un proceso de descriminalización, con el correspondiente efecto de retroactividad favorable propio de las normas penales, de acuerdo con el art. 9.3 C.E. el art. 24 del Código Penal, Texto Refundido de 1973, y el art. 2.2 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1995. A esta realidad social valorable por el legislador, que este Tribunal no puede enjuiciar, ni valora, se hizo ya referencia.

La Ley vigente en el momento de dictarse la Sentencia objeto de este recurso de amparo, que es la que tiene que servirnos para la decisión del mismo, tipifica como delito, según acaba de decirse, una forma de favorecimiento de la prostitución y corrupción de terceras personas, y este comportamiento fue objeto de enjuiciamiento y de subsunción de la infracción en el precepto del Código Penal al que ya se hizo referencia, sin que

ello suponga, obviamente, ninguna vulneración constitucional, antes al contrario, la efectiva realización del ordenamiento jurídico, en un sector tan sensible a la realidad social como es el penal, por parte de los Jueces y Tribunales, que bajo el principio del imperio de la Ley, a la que están sometidos de acuerdo con el art. 117 C.E., han de hacerlo eficaz, mediante el cumplimiento de las normas vigentes en cada momento.

4. La tercera violación que se denuncia es la que concierne al derecho fundamental a la igualdad ante la Ley, y la interdicción de todo supuesto de discriminación, reconocidos ambos en el art. 14 de la Constitución.

Se refiere el recurrente en amparo a las diversas tendencias ideológicas que aparecen en los medios de comunicación social, donde se recogen imágenes de carácter pornográfico, en escenas o películas, o por medio de otros instrumentos de propaganda o publicidad, o al alquiler de habitaciones en hoteles, para que en ellas se mantengan relaciones sexuales mediante precio, refiriéndose a continuación a la conciencia social actual bastante generalizada que llega a estimar, que en la España de hoy, y en los países de nuestro entorno, la prestación de servicios sexuales por personas mayores de edad, de manera más o menos organizada, constituye un negocio homologable con las restantes actividades lucrativas que forman el mercado en su más amplia acepción.

El recurrente considera que constituye una discriminación el hecho de sancionar penalmente a titulares de establecimientos que combinan el uso de habitaciones con el tráfico sexual y considera atípico, en cambio, el uso aludido de los locales destinados al hospedaje ordinario, con la cesión de habitaciones para la prestación por terceras personas de servicios sexuales, o la edición y venta de publicaciones pornográficas, o la proyección de películas de la misma naturaleza en los medios de comunicación, o la mediación en la oferta de esos servicios citados mediante precio, en los términos ya referidos.

Con ello estima el recurrente en amparo, que se vulnera el principio de igualdad, porque esta distinta consideración se encuentra desprovista de una justificación objetiva y razonable, que debe de ser apreciada en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (STC 22/1981), exigencia de justificación que ha de aparecer fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente admitidos (STC 49/1982), sin que puedan establecerse por los poderes públicos distinciones artificiosas o arbitrarias, entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma (STC 83/1984).

Pero no es este el caso. La desigualdad en la Ley, ha dicho este Tribunal en STC 73/1989, se produce cuando la norma distingue de manera irrazonable y arbitraria un supuesto específico al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales, y crea, sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente, lo que supone una violación del principio de igualdad.

Como ha puesto de relieve la STC 55/1996, el legislador en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanar de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como respecto de la determinación de sanciones penales, goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad demo-

crática. No sólo cabe afirmar, pues, sigue diciendo la Sentencia, que como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde al legislador el diseño en exclusiva de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad.

Por ello, tan conforme es a la Constitución en los términos acabados de exponer, que un hecho que hasta un determinado momento es penalmente típico, deje de serlo, o viceversa o que sobre él, el legislador establezca una diferente pena en el aspecto cualitativo o en el cuantitativo. Los procesos de auténtica criminalización y descriminalización, o de aumento o reducción de penas, responden a una serie de circunstancias que generalmente afectan a la sensibilidad social, frente a determinados comportamientos que al ser captada por el legislador en cada momento histórico, da lugar a una distinta reacción del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva penal que es la que ahora nos interesa.

En este sentido, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/1995, de 25 de noviembre, del Código Penal, en relación con el delito al que este recurso de amparo se refiere (Capítulo Quinto, Título VIII, del Libro II: De los delitos de prostitución, en sus arts. 187 y ss.), constituye una buena prueba de cuanto queda dicho, aunque no corresponda a este Tribunal como ya se anticipó, y sí a los de la jurisdicción ordinaria la revisión de las correspondientes Sentencias, a fin de comprobar si el hecho, en efecto, ha dejado de ser delito, o, si la pena procedente con el nuevo Código Penal es inferior a la impuesta (ver Disposición transitoria quinta y concordantes de dicho nuevo Código).

5. La cuarta y última violación que se denuncia se proyecta en bloque sobre el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 C.E., al derecho fundamental defensa, y al de utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la misma, reconocidos todos ellos en el art. 24.2 C.E.

En conclusión, se alega, de acuerdo con la doctrina mantenida por la STC 186/1990, respecto de la interpretación constitucional del art. 790.1 de la L.E.Crim. que no hubo formalización de la imputación con anterioridad al momento de dictarse por el órgano judicial competente el Auto de continuación del procedimiento, lo que de ser cierto conduciría a su no intervención en la fase de instrucción como imputado, con todas las consecuencias de indefensión que ello puede acarrear.

Respecto a la denunciada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías lo proyecta hacia la violación del derecho a preservar la intimidad del domicilio, el derecho a ser informado y, finalmente, el derecho a utilizar los correspondientes medios de prueba.

Ningún derecho tiene el carácter de absoluto y, por consiguiente, el que corresponde a toda persona de mantener la intimidad de su domicilio puede ceder en los supuestos, como es el caso que nos ocupa, en el que el Juez de instrucción decide la entrada y registro en un domicilio o en un establecimiento, con toda la evidencia de que dicho inmueble posee una naturaleza muy distinta a los lugares que sirven de morada, por existir indicios de haber cometido un delito o estarse cometiendo, en el supuesto que ahora se enjuicia, de tráfico de drogas.

El derecho a la oportuna utilización de la actividad probatoria ha de ponerse en relación con la pertinencia de la misma, y la posibilidad de su práctica y nada de ello fue obstaculizado ni impedido en este caso.

Finalmente tenemos que examinar la cuestión relativa a la información de la acusación contra el demandante mantenida. Es cierto y ello representa una de las garan-

tías básicas del proceso penal, que nacidas del art. 24 C.E. se han recogido en la L.E.Crim., que el art. 118 de esta última, en su párrafo segundo, obliga a poner en conocimiento del denunciado o querrellado o, en general, del imputado de manera inmediata; inmediatamente dice, de manera muy expresiva la Ley, la admisión de la correspondiente denuncia o querrela, así como cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito.

El hecho de que tal puesta en conocimiento se demore ha de ser examinado desde la perspectiva constitucional en función de las circunstancias concurrentes, para constatar si, efectivamente, se ha producido o no la quiebra del sistema.

Aplicando dicha doctrina, al caso que nos ocupa deben efectuarse las siguientes consideraciones. El Tribunal de Instancia declaró en su Sentencia la nulidad de las diligencias relativas a la intervención del teléfono y a la entrada y registro en el establecimiento.

Es cierto, como ya se ha recordado a través de nuestra jurisprudencia, que el Juez está obligado a poner de manifiesto al sujeto el hecho punible que se le imputa, para que pueda exculparse de él, por cualquiera de las vías legales, y que en el mismo sentido debe ilustrarle de sus derechos, sin que, por otra parte, tenga valor de declaración, como tal imputado, aquella que se produce con anterioridad a la imputación, actuando como testigo, porque, cuando declara como tal, tiene obligación de decir la verdad y, en cambio, el acusado no sólo no tiene esta obligación, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, pues hasta ahí llega el derecho de defensa (véanse SSTC 135/1989, 186/1990, 128/1993, 152/1993, 273/1993, 290/1993 y otras).

Pero, como ya se dijo, no sucedió así en esta causa. Es cierto que las sospechas iniciales de haberse cometido un delito contra la salud pública, en su especie de tráfico de drogas, fueron modificadas, a lo largo de las primeras actuaciones policiales y judiciales, en orden a la posible comisión de un delito de tercería locativa en la prostitución. Los imputados no aparecieron con claridad. Es cierto que debió comunicarse inmediatamente, como ordena el art. 118 de la L.E.Crim., al ahora recurrente en amparo a su condición de imputado, cuando ésta se dibujó en el proceso penal, y en este sentido pudo haber una irregularidad procesal. Sin embargo, y dado que el Ministerio Fiscal interesó del Juzgado de Instrucción que conocía de las actuaciones la audiencia del acusado, y aún no había finalizado el período de instrucción, y fue entonces cuando se le ilustró del contenido del art. 118 L.E.Crim., en presencia del Letrado defensor y del Ministerio Fiscal, la violación del derecho de defensa, constitucionalmente protegido, no llegó a consumarse. Pasaron más de dos meses hasta que se decretó la apertura del juicio oral, sin que el acusado hiciera ningún tipo de peticiones. Así las cosas, se le nombró Abogado y Procurador de oficio, al no haber procedido a nombrarlos él mismo, tal y como establece la Ley. En el escrito de conclusiones provisionales solicitó la práctica de prueba, petición que fue admitida y se llevó a cabo, a salvo la declaración de un testigo que, citada por dos veces, no concurrió a las sesiones del juicio oral, frente a cuyas incomparecencias nada se interesó por el Abogado del acusado, que en aquel momento procesal era ya el designado expresamente por él.

Una vez que se declaró la nulidad de las diligencias antes descritas, la condena no se apoyó lógicamente en ellas, sino en otra actividad probatoria desconectada por completo de aquéllas; así, la declaración de la denunciante que fue en el juicio oral testigo de cargo.

Como antes se dijo, el acusado pidió, y así lo acordó el Tribunal, la práctica de prueba, aunque lo que con toda obviedad no puede pretender el recurrente es sustituir la valoración que de su resultado hizo, dentro del marco de sus competencias, el Tribunal juzgador, si aquélla no era ilógica o arbitraria.

Por otra parte, la larga inactividad procesal del acusado, sólo a él, como se anticipó, le es imputable.

La cronología de las actuaciones puede ilustrar cuanto se está diciendo:

Que la investigación policial se inició el día 8 de febrero de 1989, como consecuencia de la denuncia efectuada por un posible delito de tráfico de drogas, centrándose las posteriores diligencias en esta modalidad delictiva.

En función de esta circunstancia, pudiendo ser dudosas las conclusiones sobre la participación de unas u otras personas, el día 11 de enero de 1991 se recibió declaración al demandante en amparo en calidad de testigo.

Es el día 3 de abril de 1991 cuando el Ministerio Fiscal solicita que se deduzca testimonio de particulares sobre la posible existencia de un delito de prostitución y que se sobresea respecto del resto, siendo el día 10 de junio cuando se incoa procedimiento por delito de prostitución, no accediendo a hacerlo el Juez frente a la petición de la acusación particular respecto de los demás delitos, y es finalmente el día 19 de febrero de 1992 cuando el Ministerio Fiscal solicita que se impute al demandante en amparo el hecho penal relativo al delito de prostitución, recibíendosele declaración el día 18 de marzo. El día 8 de mayo formula el Ministerio Fiscal escrito de acusación, insistiendo en que se declare la competencia de la Audiencia Provincial, como después se hizo, celebrándose el juicio oral el día 12 de enero de 1993.

Por todo ello, no es aceptable la tesis sostenida por la defensa del demandante. Desde el momento en que el Juzgado orienta el procedimiento hacia el delito de prostitución, el imputado conoce ya la acusación, sin que sea posible informar a alguien de una acusación inexistente, o que al juicio del Juez no tiene consistencia.

6. Respecto de la alegación de haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E. poco hay que añadir a la ya dicho. En el juicio oral declaró el recurrente en amparo en el sentido que estimó oportuno, reconociendo los hechos, aunque no su significación antijurídica, declaró un camarero y la denunciante, como ya se señaló, y se incorporó un recorte de periódico conteniendo un anuncio del establecimiento. Ninguno de estos elementos probatorios trae causa de las pruebas declaradas nulas por el Tribunal sentenciador, siendo por ello correcta la condena en base a las mismas, sin perjuicio, en su caso, como se puso de relieve, del derecho del acusado a solicitar la revisión de su condena para que sea la jurisdicción ordinaria la que compruebe sobre la base de los hechos probados, la permanencia o no de la ilicitud penal en el nuevo Código.

## FALLO

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

## Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

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

Dada en Madrid a nueve de julio de mil novecientos noventa y seis.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—Pedro Cruz Villalón.—Enrique Ruiz Vadillo.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Javier Delgado Barrio.—Firmados y rubricados.

**18652** *Sala Primera. Sentencia 130/1996, de 9 de julio de 1996. Recurso de amparo 4.015/1995. Contra Auto de la Audiencia Provincial de Gerona resolutoria del recurso de apelación interpuesto contra Auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farnés (Gerona) dimanante de la ejecutoria instruida bajo diligencias previas, así como contra providencia dictada por la Audiencia Provincial de Gerona. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: derecho a la asistencia letrada.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente; don Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Javier Delgado Barrio, Magistrados, han pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4.015/95, promovido por don Enrique Martínez Sánchez, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María de los Angeles Sánchez Fernández, y asistido por el Letrado don Angel López Monsalvo, contra el Auto, de 2 de mayo de 1995, de la Audiencia Provincial de Gerona, recaída en el rollo núm. 66/94, resolutoria del recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farnés (Gerona), dimanante de la ejecutoria núm. 94/94, instruida bajo las diligencias previas 73/94; así como contra la providencia de 20 de septiembre de 1995, dictada por la Audiencia Provincial de Gerona, por el que se inadmite a trámite el correspondiente recurso de casación. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Enrique Ruiz Vadillo, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 28 de noviembre de 1995, don Enrique Martínez Sánchez presenta solicitud de amparo ante este Tribunal, así como de nombramiento de Abogado y Procurador en turno de oficio, y que se declare su derecho a gozar del derecho a la justicia gratuita.

2. Por providencia de 11 de diciembre de 1995 se tuvo por recibida la documentación aportada por la recurrente, acordándose librar los despachos necesarios a los efectos de proceder a la designación de Abogado

y Procurador del turno de oficio, como así había sido solicitado.

3. Mediante providencia de 15 de enero de 1996 se tuvieron por efectuadas las correspondientes designaciones de Abogado y Procurador en turno de oficio, acordándose dar traslado del escrito presentado por la recurrente al Letrado designado en primer lugar, para que en el plazo de veinte días formalizara la demanda de amparo, con los requisitos prevenidos en el art. 49 LOTC, sin perjuicio del derecho de excusa previsto en el art. 9 del Acuerdo del Pleno del Tribunal de 20 de diciembre de 1982.

4. Presentada la demanda en el plazo conferido al efecto, los hechos en los que la misma se fundamenta son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El recurso resulta inadmitido por presentarse, según se afirma en la resolución de la Audiencia Provincial, sin respetar el tiempo y la forma.

En ningún momento se informó al recurrente en prisión, ni del lugar ni del tiempo, ni del modo de recurrir la resolución; lo que representa una indefensión incompatible con la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.) a que tenía derecho.

b) Aunque la indicación del recurso y plazos no constituye parte del contenido decisorio, lo cierto es que si se soslaya u omite supone indefensión o pérdida del mismo, con independencia del fondo.

c) La inadvertencia de los recursos procedentes supone una infracción del art. 248.4 de la L.O.P.J., con relevancia constitucional y a los efectos del art. 24.1 C.E. en determinados casos, como en el presente, con una persona en prisión, y con un nivel cultural y económico limitado, tiene trascendencia suficiente para provocar su indefensión.

d) Respecto al fondo del recurso inadmitido, en aplicación de la regla 2.ª del art. 70 del Código Penal, se solicitaba que el tiempo total impuesto de condena no excediera del máximo previsto en el Código Penal, y que en todo caso tendría que reducirse al máximo efectivo de treinta años, más aún cuando existe una relación de conexión entre los delitos por los que se ha visto enjuiciado.

5. En la demanda de amparo se aduce una vulneración del art. 248.4 L.O.P.J., que regula la denominada «instrucción de recursos», y que al no haberse observado los requisitos que legalmente se establecen en cuanto a la notificación de las resoluciones judiciales, se denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), habiéndose producido como consecuencia de la notificación efectuada por la Audiencia Provincial de Gerona evidente indefensión.

6. Por providencia de 28 de marzo de 1996 se acordó admitir a trámite la presente demanda de amparo, así como requerir al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farnés (Gerona) y a la Audiencia Provincial de Gerona, a los efectos de que en el plazo de diez días remitieran a este Tribunal testimonio de las diligencias previas 73/94, del rollo de Sala 66/94, y de la ejecutoria 94/94, así como que emplazase a quienes fueron parte en el referido procedimiento judicial, a excepción del recurrente en amparo.

7. Por providencia de 13 de mayo de 1996, por la Sección, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se acordó dar vista de los testimonios recibidos, por plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y al Procurador del recurrente, para que dentro del expresado