

la pena a su persona teniéndole delante y conociendo, hasta donde resulte posible, su biografía procesal. Consciente de ello, como no podía ser menos, el propio Tribunal Supremo ha autolimitado su potestad correctora y ha dicho, en consecuencia, que «no es revisable en casación la determinación de la pena verificada por el Tribunal de instancia en ejercicio de su arbitrio, concedido por el legislador, siempre que se motive de forma suficiente la individualización y que las razones dadas para llegar a la misma no sean arbitrarias» (STS de 14 de mayo de 1999).

6. La imparcialidad del juez.

Una última perspectiva, desde la posición constitucional del juzgador, pone de manifiesto que su imparcialidad se ve disminuida por cualquier actuación *ex officio*, al menos en su apariencia y, sobre todo, cuando tercia espontáneamente en el debate y ejercita su potestad para imponer una pena más gravosa que la pedida por la acusación, con la misma calificación jurídica, sin que previamente las partes hayan tenido siquiera la oportunidad real de debatir esa «tercera opinión», rompiendo su hieratismo o su indiferencia institucionales. Desde este punto de partida se hace necesario dar un paso más para reforzar y garantizar al máximo esa cualidad socrática del juez situado «por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o la inocencia» (Sentencias 54/1985, de 18 de abril, FJ 6, y 225/1988, de 24 de octubre, FJ 1). Hoy, cuando ya está fuera de cualquier polémica la necesaria separación de las funciones instructora y enjuiciadora, desde las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los conocidos casos *Piersack* y *De Cubber*, conviene avanzar paso a paso en esa senda para ir tallando más facetas en esa característica, esencia de lo judicial. No parece dudosa ni problemática la exigencia de que el juez sea totalmente ajeno al litigio, sin jugarse nada en él, por estar supraordenado a los litigantes, como revela la misma etimología del nombre, magistrado, el que está por encima en el estrado, sin bajar de éstos a la arena para ser «Juez y parte».

La raíz del principio acusatorio conecta aquí, por tanto, con la imparcialidad como requisito determinante de la misma existencia de un proceso en el cual el juzgador no pueda nunca asumir funciones de parte ni una posición partidista o partidaria. El monopolio de la acción penal por el Fiscal y los demás acusadores pretende excluir la posibilidad de que quien haya de fallar prejuzgue en cierto modo el fallo, formulando de oficio la acusación con el peligro de que se anticipe así «el pensamiento, la opinión, el juicio formulado por el Tribunal, que de este modo desciende a la arena del combate para convertirse en acusación», como escribía el autor de la exposición de motivos tantas veces traída a colación, que remachaba así: «No, los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates». Un proceso penal, en fin, con sus protagonistas clásicos formando un triángulo donde el vértice superior lo ocupe el Juez, equidistante de los dos ángulos inferiores, al mismo nivel, acusador y acusado, Fiscal y Abogado defensor, sin permitir que quiebre la posición impasible y ecuánime de aquél ni que, desde el distanciamiento inherente a quien haya de juzgar, se mezcle y contamine en la contienda, con un evidente prejuicio como es el que le lleva a dar por sí y ante sí más de lo pedido, suplantando a las acusaciones con detrimento de su independencia (Sentencia 134/1986, de 29 de octubre, FJ 1). Si al Fiscal corresponde constitucionalmente la defensa de la sociedad desde la perspectiva de la ley, el Juez tiene una primaria función de garantía (arts. 53

y 117.4 C.E.), por lo que es la primera línea de defensa de los derechos fundamentales, como ha dicho este Tribunal Constitucional siempre que ha tenido oportunidad de hacerlo. Si esto es así, y lo es, con carácter genérico, su exigencia resulta aun más intensa en los grados procesales más altos pero también más angostos.

7. Recapitulación.

Lo dicho hasta aquí pone de manifiesto que la Sentencia impugnada, cuya parte dispositiva aumentó en dos años sin previo aviso ni razonamiento alguno la pedida por el Fiscal a lo largo del proceso en sus dos grados, no obstante coincidir en los hechos y en su calificación como delito incluso la circunstancia agravatoria específica, ha rebasado el límite intrínseco del principio acusatorio por haber tocado varias de sus piezas. En tal coyuntura nuestra Sentencia 12/1981, de 10 de abril, parece suficientemente expresiva al respecto y marcó el único rumbo que en esta singladura nos puede llevar a buen puerto. Allí se dijo, en efecto, que «el recurso de casación por infracción de Ley se mueve, respecto a la calificación de los hechos, en límites aún más restringidos». El Tribunal Supremo no puede imponer pena superior a la señalada en la Sentencia casada o, en su caso, a la que solicite el recurrente cuando éste pida una pena superior a aquélla, sin que pueda hacerse uso de una facultad análoga a la que el citado art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a las Audiencias y Jueces de lo Penal (art. 902 L.E.Crim.), residuo del sistema inquisitivo. Por su parte, y en el mismo sentido, el propio Tribunal Supremo ha entendido que sólo puede confirmar la Sentencia recurrida o acceder a la petición del recurrente y, por ello, ni siquiera en el caso de llegar a la convicción de que fuere correcta una calificación jurídica distinta pero homogénea, procedería «de oficio reformar *in peius*» la decisión impugnada, sino mantener los efectos punitivos de la calificación primitiva (STS de 10 de febrero de 1972, entre otras). En definitiva, lo dicho hubiera llevado directamente a la concesión del amparo constitucional, no sólo por una deficiente motivación, sino por haberse cruzado la raya del sistema acusatorio.

Esto es todo.

Dado en Madrid a veintisiete de marzo de dos mil.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Rafael de Mendizábal Allende.—Firmado y rubricado.

8217 *Sala Segunda. Sentencia 76/2000, de 27 de marzo de 2000. Recurso de amparo 3.928/1994. Promovido por don José María Castillo Sanmartín frente a las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que le condenaron como autor de un delito contra la salud pública. Supuesta vulneración de los derechos a la prueba y a la presunción de inocencia (Sentencia 236/1999). Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: Sentencia de casación que eleva la pena de prisión por encima de la pedida por el Fiscal sin motivación (Sentencia 59/2000). 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 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. 3.928/94, interpuesto por don José María Castillo Sanmartín, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Sofía Pereda Gil, luego sustituida por la Procuradora doña Belén Aroca Flórez, y con la asistencia letrada de don Isidro Díaz de Bustamante y Terminel, contra la Sentencia de 26 de junio de 1993, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional en la causa 8/1992 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, y contra la dictada el 31 de octubre de 1994 por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en casación de la misma causa. En el proceso de amparo ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Juzgado de guardia el día 1 de diciembre de 1994, registrado en este Tribunal el día 7 de diciembre, la Procuradora de los Tribunales doña Sofía Pereda Gil interpuso, en nombre y representación de don José María Castillo, el recurso de amparo del que se hace mérito en el encabezamiento, y en la demanda nos cuenta que en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional se siguió el sumario núm. 8/1992 contra el hoy recurrente y otros por distintos delitos (tráfico de drogas, contrabando, receptación, falsedad, delito monetario, etc.), que una vez concluido fue remitido a la Sección Segunda de la Audiencia Nacional (rollo de Sala núm. 12/92). En la fase de apertura del juicio oral la defensa del hoy recurrente presentó escrito de calificación y proposición de prueba, en el que solicitó, entre otras, la documental consistente en la audición de las grabaciones telefónicas (bobinas originales) ordenadas por el Juez Instructor. Por Auto de 14 de abril de 1993 la Sala declaró pertinentes las pruebas propuestas, a excepción de la audición de las conversaciones telefónicas («por no insistir en ello las partes y en atención a las dificultades técnicas que conllevan, amén de que su contenido ha sido legalizado por el Juzgado Instructor, sin que ello prejuzgue su validez»). Celebrado el juicio oral la Sección Segunda de la Audiencia Nacional dictó Sentencia el 26 de junio de 1993, en la que condenó al hoy recurrente como cómplice de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas) a las penas de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor y multa de 50.000.000 pesetas, con dos meses de arresto sustitutorio en caso de impago. Contra dicha Sentencia interpuso el hoy demandante recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (recurso núm. 1.265/93). En Sentencia de 31 de octubre de 1994 el Tribunal Supremo desestimó todos los motivos del recurso del recurrente y estimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en relación con la condena del hoy recurrente, y apreció la concurrencia de la agravación prevista en el art. 344 bis b) del Código Penal, Texto Refundido de 1973, imponiéndole la pena de diez años y un día de prisión mayor y multa de 50.000.000 pesetas.

En la demanda de amparo se invoca la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.), a utilizar los medios de prueba per-

tinentes para la defensa (art. 24.2 C.E.) y a un derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), aduciendo que las citadas infracciones constitucionales deben tratarse de forma conjunta, pues todas ellas tienen en su origen en la valoración como prueba de las intervenciones telefónicas ordenadas por el Juez Instructor en la fase de instrucción sumarial. En primer término se denuncia que las cintas con las grabaciones telefónicas no fueron reproducidas en el juicio oral, a pesar de que el recurrente así lo solicitó expresamente en el escrito de calificación provisional, ni tampoco fueron leídas en el juicio oral ninguna de las transcripciones de las conversaciones del recurrente, por lo que la única prueba de cargo en la que se basa la condena no fue reproducida en el juicio oral. Al respecto se razona que la Sala, en un principio, señaló la imposibilidad de practicar la audición solicitada porque las bobinas originales no habían sido incorporadas a los autos, pero, posteriormente, una vez recibidas, nada comunicó a las partes ni consideró necesaria su reproducción. En consecuencia, no existió comportamiento omisivo por parte del recurrente, como ha entendido el Tribunal Supremo, pues el único comportamiento omisivo fue el de la Sala, que mantuvo en secreto la recepción de las bobinas con las grabaciones e impidió así que las partes pudieran solicitar de nuevo su audición en el juicio.

En segundo término, la lesión también se imputa a la Sentencia de casación, que desestimó el motivo del recurso en el que se planteaba la queja referida a la no audición de las grabaciones telefónicas por la «falta de formal protesta (en el juicio oral) por la denegación de la misma» porque la prueba en cuestión era «prueba nada significativa para los intereses de las partes acusadas, habida cuenta el control de cotejo de tales cintas, con su transcripción escrita bajo la fe pública judicial y la amplia prueba pericial al respecto practicada en el plenario». Tampoco estos razonamientos pueden entenderse conformes con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, pues como «nada significativa» la prueba de audición en el acto de la vista oral supone desconocer los principios de publicidad, concentración, inmediación, contradicción e igualdad de defensa.

Por otra parte también se alega la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) por incongruencia *extra petitum* de la sentencia de casación, en relación con el principio acusatorio. La lesión se imputa a la sentencia de casación del Tribunal Supremo por imponer una pena superior a la pedida por el Ministerio Fiscal, que solicitó ocho años y un día de prisión mayor y multa de 110.000.000 de pesetas, y en cambio el Tribunal Supremo impuso diez años de prisión mayor y multa de 105.000.000, incurriendo en *reformatio in peius* y vulnerando el principio acusatorio. En atención a lo expuesto el recurrente solicitó el otorgamiento del amparo y la declaración de nulidad de las Sentencias recurridas.

2. La Sección Primera, por providencia de 30 de enero de 1995, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo diez días para formular alegaciones en relación con la concurrencia del motivo de inadmisión previsto en el art. 50.1.c) LOTC, por la posible carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda. Posteriormente, una vez presentados los escritos de alegaciones, en los que la representación del recurrente y el Fiscal solicitaron la admisión y la inadmisión de la demanda, respectivamente, la Sección

Cuarta —a quien le correspondió el conocimiento de la causa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 del Acuerdo del Pleno del Tribunal de 25 de abril de 1995—, por providencia de 29 de mayo de 1995, acordó admitir a trámite la demanda. Asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Segunda de la Audiencia Nacional interesando la remisión de las actuaciones correspondientes al rollo núm. 12/92, dimanantes del sumario 8/1992 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, y el emplazamiento a quienes hubieren sido parte, a excepción del recurrente, en el proceso judicial para que pudiesen comparecer en el presente proceso constitucional.

3. Por escrito presentado el 23 de junio de 1995 la Procuradora de los Tribunales doña Yolanda García Hernández solicitó su personación, en nombre y representación de doña Isabel Osorio Ramírez, a lo que no accedió la Sección en providencia de 28 de septiembre de 1995, por ostentar la misma situación procesal que el recurrente en amparo y haber transcurrido el plazo que la Ley Orgánica del Tribunal establece para recurrir. Asimismo acordó dar vista de las actuaciones recibidas en el recurso de amparo núm. 3.775/94 a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para presentar las alegaciones que estimaren oportunas.

4. El Ministerio Fiscal, por escrito presentado el 31 de octubre de 1995, manifestó que en las actuaciones remitidas constaban sólo las procedentes del Tribunal Supremo, faltando las diligencias sumariales y las correspondientes al rollo de Sala de la Audiencia Nacional, por lo que solicitó, al amparo del art. 88.1 LOTC, recabar la documentación referida antes de evacuar el trámite de alegaciones.

Por providencia de 18 de enero de 1996 la Sección, en atención a la extensión de las actuaciones en relación con el tiempo que se tardaría en obtener testimonio de ellas y a la dilación en la resolución del presente proceso que ello supondría, así como, en el caso de que fuesen remitidas las actuaciones originales, a lo gravoso de su transporte y de la ubicación en local adecuado en la sede del Tribunal, acordó conceder un nuevo plazo de veinte días al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas para efectuar las alegaciones, con la posibilidad de examinar las actuaciones en el lugar de su ubicación en la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

5. El Ministerio Fiscal, en su escrito de alegaciones, presentado el 27 de febrero de 1996, interesó la denegación del amparo por no resultar del proceso la lesión de los derechos fundamentales que sirven de apoyo a la demanda. En efecto, luego de exponer los hechos de los que trae causa el recurso, la doctrina acerca de la validez probatoria de las intervenciones telefónicas, la exigencia de que la intervención esté sometida a los principios de legalidad, proporcionalidad y autorización judicial específica y razonada, y la necesidad de su reproducción en el acto del juicio oral, el Fiscal razonó la desestimación del recurso con base en los siguientes razonamientos, sucintamente expuestos:

a) El primer Auto de efectiva operatividad de intervenciones telefónicas fue dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 el 23 de noviembre de 1990 (folio 285), resolución ésta debidamente motivada y que se adopta a la vista de las actuaciones judiciales seguidas en el mismo Juzgado en otro procedimiento sumarial ya en marcha (sumario 13790, seguido contra José

Ramón Prado Bugallo, por posible delito de tráfico de drogas). Con posterioridad se adoptan otras intervenciones relativas a personas concretas sobre números telefónicos bien determinados, por plazo cierto (generalmente de un mes), que son objeto de prórroga en su caso, siempre mediante Auto, y para la específica investigación judicial de delitos de narcotráfico, concretadas en diversas resoluciones judiciales de intervención que obran a los folios 296, 299, 542, 545, 580, 583, 586, 587, 611, 629, 712, 715 y 724 del sumario 8/92. En todos los casos se procedió a la contrastación por el Secretario judicial de las cintas recibidas con sus respectivas transcripciones, que obran a los folios 313, 369, 431, 433, 473, 487, 494, 516, 539, 605 y 706 del mencionado sumario. Las exigencias de los principios de legalidad y proporcionalidad no presentan —a juicio del Fiscal— mayores dificultades, a la vista la gravedad de los delitos imputados, la complejidad de la organización delictiva, que exigía como único medio posible de investigación la intervención telefónica de diversos números, la fijación de plazos taxativos y su prórroga, acordada siempre de conformidad con las garantías constitucionales.

b) En cuanto al control judicial, todas las transcripciones se encuentran adveradas por el Secretario judicial, y el hecho de que algunas conversaciones se produjeron en griego, francés, catalán y gallego, y no conste la intervención de intérprete para su transcripción, carece de relevancia, como razona el Tribunal Supremo en la Sentencia de casación. Primero, porque las conversaciones en griego no aparecen transcritas de ninguna forma y no fueron objeto de valoración judicial. Segundo, porque, en los demás casos, «tratándose de lenguas romances o neolatinas, nada ha impedido al fedatario que haya podido contrastar lo oído con lo escrito en castellano, pues en el sentido coloquial y no estrictamente literario son entendidas por muchos españoles». En cualquier caso, se trata de un problema de fe pública judicial, que es ajeno a la competencia del Tribunal Constitucional.

c) Por lo que se refiere a la queja de que las transcripciones, no recogen la totalidad de las cintas grabadas, aparte de que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sólo exige la síntesis de lo grabado. Lo cierto es que la sentencia de casación aclara que todas las conversaciones telefónicas fueron transcritas, salvo en tres supuestos: Las que no llegaron a intervenir por cuestiones técnicas, las que carecían de interés y aquellos otros casos en que no ha existido propiamente conversación.

d) Las cintas, cassettes y demás pruebas de convicción se recibieron en la Sala al inicio de las sesiones del juicio oral, con lo que pudieron ser objeto de contradicción, y en el juicio oral depusieron diversos peritos, que afirmaron la validez de las cintas y su autenticidad. Aunque consta tan sólo que parte de las cintas obrantes en el momento del juicio eran las originales, de lo que puede deducirse que el resto eran copias, no puede perderse de vista la finalidad del control judicial de las bobinas originales, que es la de evitar su manipulación, trucaje y distorsión (Sentencia 190/1992). La existencia de dictámenes periciales que adveran la falta de manipulación de las cintas y la autenticidad de las voces de los intervinientes en las conversaciones cubre el necesario control judicial. En cualquier caso nada se alega respecto de qué tipo de consecuencias negativas para el solicitante de amparo podría tener el hecho de que las cintas no sean las originales, pues ni se denuncia la falta de garantías que pudiera tener tal omisión, ni se aduce aspecto concreto alguno del que pueda deducirse algún atisbo de indefensión para el recurrente.

e) La falta de audición en el juicio oral de las cintas que contenían las grabaciones telefónicas no supone lesión del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, ni tampoco afecta al valor probatorio de las transcripciones. En primer término, las razones dadas por la Audiencia Nacional para denegar la práctica de tal prueba —porque la vista oral se hubiera visto dilatada innecesariamente y porque ya existían transcripciones de las cintas cuya lectura en el juicio oral era factible— resultan más que suficientes para justificar la denegación. En segundo término, contra la resolución que denegó la práctica de la prueba, el recurrente no formuló protesta alguna para preparar, en su caso, el recurso de casación (art. 659.4 L.E.Crim.), lo que motivó que el Tribunal Supremo inadmitiera el motivo de casación en el que se planteó esta concreta queja. Concorre, por tanto, la causa de inadmisibilidad consistente en la falta de agotamiento de los recursos en la vía judicial. Por último hay que tener en cuenta que en el juicio oral se dio lectura a los folios que contenían las transcripciones de las cintas, en su parte sustancial, con la consiguiente contradicción, y que la audición de las cintas en el acto del juicio oral no forma parte de los requisitos exigibles para la validez de la prueba (STC 128/1988) y puede ser perfectamente sustituida por la reproducción de los folios que incorporan las transcripciones.

f) Por último tampoco cabe apreciar infracción del principio acusatorio, ni incongruencia alguna, por el hecho de que el Fiscal solicitara una pena de ocho años y un día de prisión y la Sala impusiera diez años y un día. En concreto razona que en el presente caso, como consecuencia de la aplicación del tipo agravado del art. 344 bis b) C.P., tanto la pena solicitada por el fiscal como la impuesta por el Tribunal Supremo son procedentes desde el punto de vista legal.

6. La representación del recurrente no presentó escrito de alegaciones en relación con la posible lesión del art. 25.1 C.E., puesta de manifiesto en la providencia de 7 de marzo de 1996.

7. Con fecha 14 de mayo de 1996 el Magistrado Ponente dirigió escrito al Presidente de la Sala donde solicitó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se le tuviera por apartado del conocimiento de este recurso de amparo, escrito que se elevó al Presidente de este Tribunal quien, el 11 de junio de 1996, comunicó al de la Sala que el Pleno, después de oído el parecer unánime de los Magistrados componentes del Pleno, había acordado no dar lugar a la abstención. Por providencia de 22 de julio de 1996 la Sección acordó incorporar testimonio de la anterior comunicación al procedimiento y notificarla a las partes.

8. Por escrito presentado el 7 de marzo de 1997 la Procuradora de los Tribunales doña Belén Aroca Flórez, en representación del recurrente, solicitó que se entendiesen con ella las sucesivas actuaciones, bajo la dirección letrada de don Miguel Ángel Vázquez Riera. Una vez acreditada la representación, la Sección, por providencia de 27 de mayo de 1997, tuvo por personada y parte en el procedimiento a la citada Procuradora, en sustitución de la Procuradora doña Sofía Pereda Gil, acordándose entender con ella las sucesivas actuaciones.

9. Por providencia de 23 de marzo de 2000 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el siguiente día 27 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso se interpone contra tres Sentencias, una dictada el 26 de junio de 1993 por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional en causa instruida por el Juez Central núm. 5, y dos más, pronunciadas el 31 de octubre de 1994 en casación por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, condenando al demandante como autor de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas). En la demanda se alega la vulneración de los derechos a obtener la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, así como del principio acusatorio (art. 24.1 y 2 C.E.). El Ministerio Fiscal, por el contrario, pide la desestimación del recurso por entender que ninguna de las quejas y alegaciones contenidas en la demanda pueden servir como fundamento de la pretensión de amparo.

En definitiva, y una vez expuesto el objeto procesal en sus distintas facetas, queda claro que en él se remejen una serie de incógnitas que dejaron de serlo por obra y gracia de tres Sentencias nuestras muy recientes. Dos de ellas, las SSTC 236/1999, de 20 de diciembre, y 237/1999, de 20 de diciembre, pronunciadas por esta misma Sala, y otra, la 59/2000, de 2 de marzo, que el Pleno ha dictado hace unos días. Todas ellas enjuician aspectos constitucionales comunes por incidir en un único proceso (sumario núm. 8/92 instruido por el Juez Central de Instrucción núm. 5, rollo de Sala núm. 12/92 y recurso de casación núm. 1.265/93), y contemplar unas mismas Sentencias, aun cuando desde la perspectiva individual de cada uno de los muchos condenados en ella. Es claro que donde hay la misma razón debe haber el mismo Derecho y, por tanto, que esta Sentencia de hoy no hace sino reproducir las distintas respuestas ya dadas a las mismas preguntas en la parte que concierne a cada una de ellas.

2. Dentro de los mismos linderos genéricos, aunque con propia individualidad pero, a su vez, vinculado el tema de las intervenciones telefónicas, se reprocha una falta de motivación suficiente en la Sentencia que llevó a la condena del agraviado como cómplice de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas. Sin embargo la mera lectura de los folios 51 y 74 de aquélla pone de manifiesto que allí se da una causalización de la prueba para guiar la convicción de la Sala juzgadora sobre la base de tales intervenciones, transcritas en el sumario e identificadas por un perito como correspondientes a la voz del luego condenado. A este respecto conviene recordar que la motivación no incluye, ni tiene por qué incluir, respuesta a todos y cada uno de los alegatos de las partes, bastando con que contenga las razones jurídicas que conducen a la decisión expuesta con una ilación lógica.

Desde otra perspectiva, pero íntimamente unida a la precedente, se nos denuncia la forma irregular, según se dice, en que el resultado de dichas intervenciones telefónicas se incorporó a las actuaciones judiciales y se alega, por una parte, que las grabaciones y transcripciones de las mismas se hicieron sin el debido control judicial y, de otra parte, que las grabaciones no fueron reproducidas en el juicio oral, pues no fueron oídas las originales ni fueron leídas sus transcripciones. Ello supondría la infracción del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y a la presunción de inocencia, pues la audición de las cintas o bobinas originales fue solicitada como prueba en el escrito de calificación provisional y su no práctica sólo puede ser imputable a la Audiencia Nacional, que en principio señaló la imposibilidad de llevarla a efecto porque las grabaciones originales no habían sido incorporadas a las

actuaciones y posteriormente, una vez recibidas las grabaciones al inicio del juicio, nada comunicó a las partes. Aquí entran en juego las consideraciones que, sobre el tema, contienen las SSTC 236/1999 y 237/1999. Ahora bien, la lectura de las sentencias recurridas y el examen de las actuaciones judiciales remitidas permiten anticipar que ninguna de las infracciones constitucionales denunciadas puede servir como fundamento de la pretensión de amparo.

En primer lugar conviene traer a la memoria que en las actuaciones constan las correspondientes diligencias de recepción de las cintas con las grabaciones, así como las diligencias de constatación por el Secretario judicial entre las cintas grabadas y las transcripciones de las mismas (folios 313, 369, 431, 433, 473, 487, 494, 516, 539, 605 y 706 del sumario núm. 8/92). En este sentido, como se afirma en la Sentencia de casación, todas las grabaciones telefónicas aparecen transcritas, a excepción de los supuestos, especificados, en los que no se hizo la grabación, no existió conversación en sentido estricto o lo grabado carecía de interés para la investigación (FJ 12).

Por otra parte ninguna relevancia tiene sobre la eficacia probatoria de las grabaciones telefónicas el hecho de que las bobinas y cintas no fueran reproducidas en el juicio oral. En efecto, la audición de las cintas no es requisito imprescindible para su validez como prueba (por todas, STC 128/1988, de 27 de junio), y puede ser sustituida por la reproducción de los folios que incorporan las transcripciones. Esto fue lo que justamente ocurrió en el presente caso, pues, según se afirma expresamente en la Sentencia de instancia, las transcripciones de las grabaciones telefónicas referidas a los procesados, valoradas como pruebas, «fueron leídas y sometidas a contradicción en la vista del juicio oral» (FJ 3). En consecuencia la valoración y apreciación como prueba de las grabaciones telefónicas no supone violación alguna del derecho a un proceso con todas las garantías, por tratarse de pruebas lícitas, ni la condena basada, entre otras pruebas, en dichas grabaciones, infringe el derecho a la presunción constitucional de inocencia. En este sentido en la sentencia de instancia se especifican todas y cada una de las pruebas valoradas (declaraciones de los procesados, transcripciones de las grabaciones telefónicas, prueba testifical y pericial), así como el alcance incriminador de las mismas, por lo que resulta evidente que la queja del recurrente se reduce pura y simplemente a su discrepancia con la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas han hecho razonada y motivadamente los Tribunales de la jurisdicción penal. Por ello es preciso recordar, una vez más, que el recurso de amparo no es una tercera instancia y que no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas hacen los órganos judiciales una vez verificada, como ocurre en el presente caso, la existencia de actividad probatoria respecto de los hechos objeto de la condena y de la participación del condenado en los mismos (entre otras, SSTC 17/1984, de 7 de febrero, 177/1987, de 10 de noviembre, 150/1989, de 25 de septiembre, 82/1992, de 28 de mayo, 79/1994, de 14 de marzo, y 82/1995, de 5 de junio).

En consecuencia la falta de audición de las grabaciones tampoco provoca indefensión alguna para el recurrente ni infringe su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. No se olvide que, ante todo, contra la decisión de la Audiencia Nacional (Auto de 14 de abril de 1993) denegando la prueba consistente en la audición de las cintas, propuesta por

la defensa en su escrito de calificación provisional, quien hoy se siente agraviado no formuló la oportuna protesta como presupuesto para un posterior recurso, tal y como exige expresamente el art. 659 L.E.Crim., siendo esta una de las razones por las que el Tribunal Supremo rechazó el motivo de casación donde luego denunció la falta de audición de las cintas. En segundo término, aunque la Audiencia en un principio denegara tal prueba por las dificultades técnicas que la misma conllevaba, también lo hizo por considerarla, no sólo innecesaria, al constatar su contenido transcrito y legalizado por el Juzgado (Auto de 14 de abril de 1993), sino también inoportuna, porque «su número y considerable capacidad de archivo, ... hubiera llevado una dilación ... manifiesta y perjudicial de las sesiones, circunstancia verdaderamente impeditiva de una celebración normal» (FJ 3 de la Sentencia de instancia). Es de aplicación, por ello, la reiterada doctrina de este Tribunal de que el derecho a utilizar los medios de prueba no faculta para exigir la admisión judicial de todas las pruebas que puedan proponer las partes, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, correspondiendo a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas (entre otras, SSTC 40/1986, de 1 de abril, 170/1987, de 30 de octubre, 167/1988, de 27 de septiembre, 168/1991, de 19 de julio, 211/1991, de 11 de noviembre, 233/1992, de 19 de octubre, 351/1993, de 29 de noviembre, y 131/1995, de 11 de septiembre), y que sólo podría tener relevancia constitucional, por causar indefensión, la denegación de pruebas relevantes sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad carente de razón (SSTC 149/1987, 233/1992, 351/1993 y 131/1995). Por último, la queja del recurrente aparece como puramente formal, pues, aparte de que nada se dice en la demanda sobre la posible incidencia en el proceso de la audición de las grabaciones, ni se discute o pone en entredicho el contenido de las transcripciones adveradas por el Secretario judicial —ni siquiera las correspondientes a las conversaciones tenidas en lengua o idioma distinto al castellano—, lo cierto es que no se aprecia menoscabo alguno del derecho de defensa ni indefensión material para el recurrente porque, como razona el Tribunal Supremo, la audición de las cintas «hubiera significado simplemente una nueva repetición de la lectura» (FJ 14).

3. La pretensión de amparo tiene otro de sus soportes en que la Sentencia impugnada quebrantó el principio acusatorio por haber impuesto al condenado una pena superior a la pedida por el Fiscal sin haber sido informado de la acusación y sin cumplir la exigencia de motivación contenida en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se invoca e incurriendo en *reformatio in peius*. Nada mejor que traer aquí, en lo pertinente, por ser idéntico el planteamiento, la respuesta que le dio el Pleno en su Sentencia 59/2000, en cuya virtud, expuesta así la incógnita, conviene al caso averiguar ante todo si tal pretensión merece un tratamiento en esta sede por su contenido. La respuesta no parece dudosa aquí y ahora por encararse el supuesto de una Sentencia que, dando lugar a la casación, impone pena de prisión superior a la pedida por los acusadores en la causa, sin explicación alguna, aceptando el motivo esgrimido como fundamento del recurso y compartiendo, no sólo la misma calificación jurídica del delito sino la participación en él del condenado como cómplice a quien la Audiencia le había impuesto cuatro años dos meses y un día de prisión mayor. No parece que sea necesario justificar la incidencia negativa y la pesadumbre que sobre la libertad personal del así condenado haya podido tener y tenga, si no se le pusiera remedio a tiempo,

ese sobredicho incremento de dos años de reclusión sobre los correspondientes, según la acusación, ocho años y un día, ni tampoco se le oculta a nadie su significado en nuestra Constitución desde la perspectiva de la libertad, que proclama como valor superior en su mismo umbral y configura luego su manifestación primaria, personal como derecho fundamental en el art. 17 C.E. Por ello lo que se pone en tela de juicio con relevancia constitucional, en definitiva, es la potestad judicial de agravar la pena más allá de la pedida por el acusador. Dentro de tal perímetro, estrictamente delimitado, el principio acusatorio juega un papel de protagonista con una función de garantía.

Ahora bien, antes de abordar este reproche constitucional conviene señalar una carencia de la Sentencia impugnada en la parte que respecta a este proceso y a su demandante. En los fundamentos de aquella, y para casar la que dictó la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo explica concisa pero expresivamente las razones que le llevan a dar la razón al Fiscal para calificarle como cómplice, y apreciar que concurre la circunstancia agravante incorporada al tipo, pero nada dice en la segunda Sentencia respecto del incremento de pena, dos años, importante por sí mismo. Esto nos plantea como incógnita previa si tal incremento, en la hipótesis de que fuera viable con arreglo al texto del art. 902 L.E.Crim., estaba necesitado de una explicación *ad hoc*, y ello nos pone en el terreno de la motivación, cuyo anclaje está directamente en el art. 120 de la Constitución.

Pues bien, como se dice en la Sentencia 43/1997, de 10 de marzo, «es doctrina constante de este Tribunal que la exigencia constitucional de motivación, dirigida en último término a excluir de raíz cualquier posible arbitrariedad, no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos y cada uno de los aspectos y circunstancias del asunto debatido, sino que se reduce a la expresión de las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, su *ratio decidendi* (SSTC 14/1991, 28/1994, 145/1995 y 32/1996, entre otras muchas). Pero lo que no autoriza la Constitución es, justamente, la imposibilidad de deducir de los términos empleados en la fundamentación qué razones legales llevar al Tribunal a imponer como "pena mínima" la que se contiene en el fallo condenatorio» (FJ 6). Es más: se subraya a continuación que esa exigencia constitucional de dar una respuesta fundada en Derecho para justificar la pena concretamente impuesta adquiriría particulares perfiles al hallarse afectado el derecho fundamental de libertad personal y esa falta de justificación de la pena le llevó a otorgar el amparo. En la STC 225/1997, de 15 de diciembre, se ratificó después, implícitamente, dicha doctrina, al desestimar la queja relativa a la falta de motivación de la pena concretamente impuesta, no por carencia de contenido, sino porque había sido subsanada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

La obligación de motivar cobra sin duda un especial relieve en supuestos, como el presente, en el que la condena fue superior a la solicitada por las acusaciones en el proceso. Ciertamente la Sentencia 193/1996, de 26 de noviembre, que reafirma esa exigencia constitucional de justificar la pena concreta, admitió que ésta quedase satisfecha sin necesidad de especificar las razones justificativas de la decisión siempre que, como era el caso, éstas pudieran desprenderse con claridad del conjunto de la decisión (FJ 6). Sin embargo, en el presente caso la simple lectura de la Sentencia pone de manifiesto que la justificación de la concreta pena impuesta, por encima de la pedida por el Fiscal, no se

infiere en modo alguno de su texto, pues sus razonamientos atañen, exclusivamente, al cambio de calificación efectuada y a la participación en los hechos inculcados. En consecuencia ha de estimarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) por falta de motivación de una decisión que atañe a la libertad personal (art. 17 C.E.).

4. Dicho esto, la Sentencia impugnada acoge, en primer lugar, el motivo fundado en la infracción de Ley alegado por el Fiscal en su recurso de casación, por cuya virtud en la actuación del condenado por la Audiencia Nacional como cómplice de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas concurría la circunstancia agravatoria que configura los tipos incluidos en los arts. 344 bis a) y b) del Código Penal. En tal sentido el Tribunal Supremo consideró, sobre la base del relato de hechos probados, que este acusado contrató un arrendamiento de una nave en Ajalvir y se hizo cargo de las llaves, «que dejó en el piso de la calle Alfonso XIII» n.º 27, ocupado por Prado Bugallo y otros procesados, y en la precitada nave fue intervenido un remolque de camión, matrícula V-1052-BW, matrícula roja de remolque V-03891-R, en cuya techumbre se apreciaron veinticuatro compartimentos de idónea habitación para transporte camuflado. De dicha nave salió el vehículo Seat Ibiza, matrícula M-4706-JX, que sería conducido por la coprocesada Isabel Cristina Osorio Ramírez y donde se ocuparon los 113.160 gramos de clorhidrato de cocaína».

En tal sentido la misma Sentencia da la razón al Fiscal, explicando que, por las mismas razones expuestas en otro lugar de la Sentencia, el tráfico de 113.160 gramos de cocaína con una pureza entre el 85,74 y el 99,93 por 100 suponía, en efecto, una conducta subsumible en la «extrema gravedad». Hay «así un delito básico que empieza distinguiendo las sustancias o productos que causan grave daño a la salud de los demás, para establecer, ..., unas agravaciones ... Entre los casos que comprende, el tercero del citado art. 344 bis a), se refiere a cuando fuere de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Con referencia a la cocaína, esta Sala ha estimado de notoria importancia ciento veinte gramos de cocaína pura... «Por consiguiente, se impone la pena superior al tipo básico cuando exceda» de tal cantidad, «y ello obliga a examinar el caso de autos desde esta perspectiva, de la cantidad de droga y de su pureza. Nos encontramos con la cantidad de 113.160 gramos de una gran pureza que, en todo caso suponía los 100 kilogramos de sustancia pura y ello obliga a preguntarse qué penalidad debe corresponder a una cantidad que es más de ochocientas veces superior. La Sentencia de este Tribunal de 11 de junio de 1991», ... «tomaba en cuenta no sólo el peso y pureza de la droga, sino también su incremento de valor en el mercado, cifrado con criterios sanitarios oficiales en cerca de 10.000.000 de pesetas, o aún más si se tiene en cuenta la más que posible manipulación y adulteración que aumentaría la difusión y el daño...», para concluir que la «notoria importancia ...» de un tipo no agota la «extrema gravedad» del otro.

El Fiscal, en su recurso, cuyos motivos de impugnación fueron aceptados por la Sala, insiste en pedir para el acusado la pena de ocho años y un día de prisión mayor, como venía haciendo desde las calificaciones provisional y definitiva en la instancia. Sin embargo, el Tribunal Supremo, una vez que casó la Sentencia de la Audiencia y asumió la «plena jurisdicción» para dictar una segunda, en virtud del art. 902 L.E.Crim., mantuvo

en ella el fallo recurrido, con excepción de su apartado 7 que, según dice, se ha de sustituir por el siguiente: «Se condena al procesado José María Castillo Sanmartín, como cómplice de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas, ya definido en los artículos 344, 344 bis a), 3.º y 6.º y 344 bis b), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de diez años y un día de prisión mayor y multa de 105.000.000 de pesetas». La simple transcripción del texto pone de relieve que, en esta coyuntura, la Sala Segunda no explica en ningún momento por qué impone finalmente una pena superior a la que había sido pedida por el Fiscal, y también por las acusaciones particulares en el juicio oral. No se dan a conocer, así, los argumentos o las razones que determinaron la elevación de la cuantía de la pena privativa de libertad en dos años más de la que había sido instada por las partes.

5. Pues bien, la primera Sentencia del Tribunal Supremo, en la parte que aquí importa, ofrece como hemos visto con suficiente claridad, aun cuando concisamente, las razones que tuvo la Sala para dar juego a la «extrema gravedad» como integrante del tipo penal, según venía propugnando el Fiscal. Sin embargo, una vez sentadas tales premisas, necesarias pero no suficientes, la Sala impone en la segunda Sentencia directamente la pena de diez años y un día, añadiendo dos a los ocho y un día pedidos por la acusación a causa de esa participación y esa circunstancia agravante sin la menor explicación. No se encuentra en aquella argumento alguno que legitime tan drástica decisión y, como consecuencia de tal silencio sobre un aspecto esencial de la pretensión punitiva, es claro que carece de motivación. En ningún momento se dice siquiera cuál precepto le haya podido servir de apoyo para ese incremento de la pena ni cuáles fueran las razones que la justificaran. Obrando así es forzoso concluir, por tanto, que se ha vulnerado el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva.

FALLO

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

Ha decidido

1.º Reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia dictada el 31 de octubre de 1994 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, exclusivamente en lo que toca a la pena de privación de libertad impuesta a don José María Castillo Sanmartín, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno que permita dictar otra ajustada al contenido declarado del derecho fundamental.

3.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

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

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

Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende y al que presta su adhesión don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados ambos del Tribunal Constitucional, a la Sentencia dictada por la Sala y recaída en el recurso de amparo núm. 3.928/94

Bastaría una remisión a los Votos particulares ya formulados a la Sentencia 59/2000, de 2 de marzo, dictada por el Pleno y a la que hoy mismo ha pronunciado esta misma Sala, estando así a lo ya dicho en ellos, para dejar a salvo nuestro criterio en este caso concreto. Sin embargo, una elemental cortesía forense que a su vez conecta con el deber constitucional de explicar a cada interesado, individualmente, uno por uno, las razones de nuestra decisión, deber que nos alcanza también, no obstante su localización en el Título VI donde se configura el Poder Judicial, nos lleva a transcribir aquí y ahora el texto completo de esta opinión discrepante o concurrente, según se mire. En tal disposición de ánimo conviene anticipar que en este Voto particular se utilizan sobre todo los materiales sobre el tema proporcionados por la Sala Segunda —de lo Penal— y seleccionados de su copiosa producción jurisprudencial, acrecida en estos últimos años por obra y desgracia de la avalancha de asuntos (recursos y causas) a los cuales ha tenido que hacer frente, donde la cantidad no desmerece la calidad de la doctrina para ir construyendo golpe a golpe el Derecho penal, sobre el cual le corresponde decir la última palabra. En definitiva, se manejan en el Voto las dos tendencias seguidas por el Tribunal Supremo en un doble plano, la legalidad y la constitucionalidad (véase al respecto el final de la STS 7 de junio de 1993, cuyo texto se transcribe) y entre ellas se opta por una, la que parece preferible desde la única perspectiva permitida a este Tribunal donde escribo, las garantías constitucionales, de las cuales es el guardián no único sino último, sin *inmissio* alguna en la función de interpretar la Ley, privativa de la potestad de juzgar.

La Sentencia del Tribunal Supremo que el Constitucional anula, por no haber explicado si utilizó y cómo el art. 902 L.E.Crim. desde la perspectiva del principio acusatorio, impuso una pena superior a la pedida por el Fiscal a consecuencia de la subida provocada por la nueva calificación jurídica de un hecho revestido de «extrema gravedad», más allá de la «notoria importancia». Pues bien, los razonamientos que contiene la Sentencia de casación para justificar la concurrencia de esa circunstancia de agravación configuradora del tipo delictivo están en la sintonía de una pena superior, pero no es menos cierto que, a pesar de ser posible inducirlo, no hay en la segunda Sentencia ninguna argumentación para justificar el incremento *ex officio* de la pena a la luz del art. 902 L.E.Crim., cuyo tenor parece impedirlo a primera vista, respetando así el principio acusatorio. Bastaría lo dicho, y ha bastado, para echar abajo el pronunciamiento judicial y reenviar el caso al Tribunal Supremo, si ello no significara amputar la parte principal de este proceso tal y como se nos ha planteado, para cuyo soporte principal no se invoca en un primer plano la falta de motivación (aludida marginalmente) sino haber transgredido la frontera punitiva que traza el principio acusatorio.

Sin embargo, nunca he sido partidario de soslayar los temas trascendentales que importan y preocupan a la gente así como a los juristas y que no han recibido hasta el momento una solución clara e inequívoca en el sistema judicial, propiciando consiguientemente la inseguridad y, por lo mismo, la litigiosidad con riesgo cierto de perjuicio para los ciudadanos encausados por

la justicia, ni tampoco entiendo oportuno volver la cara a los enigmas. Creo, por el contrario, que, no sólo constitucional, sino éticamente, ha de mirarse a los ojos de la esfinge. Por ello, incluso en esta coyuntura, siendo plausible la inexistencia de la motivación y habiendo de ser otorgado el amparo por tal motivo, ello no hubiera debido cortar el paso al enjuiciamiento de la otra cuestión en litigio, cuya trascendencia constitucional es más que notoria. No se da incompatibilidad alguna de los dos temas, formal y sustantivo, intrínseco y extrínseco, ni la aceptación del uno precluye necesariamente el tratamiento del otro. En ningún lugar está escrito que no se pueda amparar por más de una razón simultáneamente, si hubiera lugar a ello, deshaciendo los varios entuertos causados al reclamante, sobre todo cuando nuestra Sentencia, una vez que el amparo llegó a buen puerto por uno de los dos, ha de tener un efecto meramente devolutivo, como ocurre en el caso que nos ocupa. Por tanto se hace necesario proseguir el camino de las reflexiones en torno a la cuestión principal.

1. Tutela judicial y sistema acusatorio.

La situación que se nos plantea como tema principal consiste en determinar si quien se queja ante nosotros ha recibido la tutela judicial con efectividad y sin indefensión que la Constitución promete a todos como derecho fundamental de cada uno y, por tanto, como derecho subjetivo a disfrutar de esa prestación pública (art. 24 C.E.). En tal marco hay que encuadrar el llamado principio acusatorio, que no tiene por sí residencia constitucional alguna, o, más bien, la estructura dialéctica del proceso penal como contrapeso y freno del poder de los jueces, que en ningún caso deben ni pueden ser omnipotentes, en frase tomada de la exposición de motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, precisamente porque han de gozar de la máxima independencia —libertad de criterio— en el ejercicio de la potestad de juzgar. El principio acusatorio, como tal, no figura en la Constitución, que en cambio sí contiene todas las piezas de este sistema (*adversary system*) adoptado explícitamente en 1882 por aquella Ley de Enjuiciamiento, aun cuando durante el tiempo de su centenario vigencia haya sufrido eclipses parciales y desfallecimientos transitorios. En efecto, el art. 24, a través del proceso con todas las garantías, convierte al acusado en su protagonista, con el derecho a ser informado de la acusación para poder ejercitar su derecho a la defensa, por sí o con la asistencia de los profesionales de la toga, haciendo entrar así a la abogacía en la estructura del Poder Judicial para cumplir la función pública de patrocinio, apareciendo para darle la réplica, como antagonista, el Fiscal. A éste corresponde constitucionalmente «promover la acción de la justicia», aunque no tenga el monopolio de la acción penal y pueda llevar como compañeros de viaje a otros acusadores. En definitiva, con palabras otra vez de la exposición de motivos de la Ley, «únicamente al Ministerio Fiscal o al acusador particular, si lo hubiere, corresponde formular el acta de acusación». Entre estos *dramatis personae* sobresale una figura, el Juez o Tribunal, a quien corresponde nada más, y ya es bastante, «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» con una misión de garantía. No hay más. En ese escenario que son los estrados judiciales y con tales personajes, cada uno en su papel, ha de alzarse la cortina para la representación en audiencia pública de la función jurisdiccional.

Ahora bien, aun cuando no deje de ser paradójico que en la Constitución no aparezca tal principio mencionado por su nombre, es evidente que, por obra del art. 24 C.E., donde se proclama la efectividad de la tutela judicial como derecho fundamental, con un haz de otros

instrumentales de la misma índole, se indican los elementos estructurales de dicho principio axial trabándolos en un sistema cuyas piezas son, que desde el mismo instante de la promulgación de la Constitución ha de ser despojado de las adherencias residuales del viejo «procedimiento escrito, secreto e inquisitorial», «en el que estaban educados los españoles» (una vez más por boca de Alonso Martínez, en la tantas veces mencionada exposición de motivos). En tal sentido se pronunció tempranamente este Tribunal Constitucional, cuya Sentencia 9/1982, de 10 de marzo, puso de manifiesto que «la lucha por un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías se inició en Europa continental hacia la segunda mitad del siglo XVIII frente al viejo proceso inquisitivo y, con logros parciales, pero acumulativos, se prolonga hasta nuestros días». A lo largo de estos casi veinte años, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como nuestra doctrina son contestes en contemplar como tales ingredientes a muchos de los derechos instrumentales de la tutela judicial contenidos en el párrafo 2.º del art. 24 C.E., resumen de algunas enmiendas a la Constitución norteamericana donde se incorporó el *Bill of Rights* y, entre ellos, el derecho a ser informado de la acusación y el simétrico de la defensa en juicio, el debate contradictorio abierto y en audiencia pública para conseguir un juicio con todas las garantías, la congruencia de las sentencias y la proscripción de la *reformatio in peius* como consecuencia del carácter rogado de la justicia, con la finalidad última de evitar así la indefensión proscribida constitucionalmente como negación radical de la tutela judicial.

Aun cuando puedan llevar en algún caso a resultados paralelos, el principio acusatorio es algo muy distinto del principio dispositivo, predominante en el proceso civil, que por otra parte no es desconocido tampoco en el penal donde se reserva, en ciertos casos, la acción penal al agraviado o se permite la conformidad del acusado con la pena concreta pedida por el Fiscal para configurar la decisión judicial. En uno y otro caso la raíz común se encuentra en el sistema de justicia rogada inherente a la función jurisdiccional, al cual alude muchas veces el Tribunal Supremo en esta cuestión y, por supuesto, a la congruencia como elemento de la decisión judicial. El objeto de la jurisdicción penal puede ser doble por encauzar una doble pretensión, principal una, la acusación penal y otra eventual, la civil o indemnizatoria. Ambas en nuestro sistema —con otros aspectos irrelevantes aquí— tienen la misma exigencia, la correlación entre lo pedido por quienes son parte y el pronunciamiento de la sentencia, con un carácter de límite máximo si fuere condenatoria, coherencia que no sólo es cuantitativa —como destaca en una primera visión— sino también cualitativa (ATC 3/1993, de 11 de enero).

El juzgador se encuentra limitado, maniatado, por la acción o pretensión, uno de cuyos elementos esenciales es la pena concreta, que en el supuesto de los recursos toma un cariz impugnatorio y en el presente caso ha sido la misma desde el trámite de la calificación definitiva hasta la formalización del recurso de casación, interpuesto tan sólo por el Fiscal, recordemos, pidiendo una y otra vez la pena de quince años de privación de libertad como consecuencia de haber considerado a la acusada desde aquel principio como autora y no como cómplice. En tal coyuntura este Tribunal Constitucional había llegado a la conclusión de que la prohibición de *reformatio in peius* en el proceso penal deriva del art. 902 L.E.Crim., que la recoge, precisamente, para la casación. El carácter indisponible del *ius puniendi* —como regla no sin excepción— y la vigencia de los principios de oficialidad y legalidad singularizan la jurisdicción penal respecto de

las demás, pero no hasta el punto de permitir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones para diseñar el objeto procesal y acotar el perímetro de la contienda, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, para incurrir así en vicio de incongruencia (SSTC 15/1987, de 11 de febrero, 116/1988, de 20 de junio, y 40/1990, de 12 de marzo, entre otras). No deja de sorprender que si ese incremento sobre lo solicitado se hubiera producido en el mismo proceso penal pero en el ejercicio de la acción civil se admitiría sin vacilación alguna esa incongruencia lesiva de la tutela judicial. Cuando se esgrime la pretensión penal, incluso la pena concreta, ha de exigirse, a mi juicio, la misma correlación como consecuencia del sistema acusatorio.

2. Derecho a ser informado de la acusación y principio de contradicción.

Pues bien, ese principio acusatorio como garantía cardinal se refleja ante todo, según se anticipó líneas atrás, en el derecho a ser informado debidamente de la acusación para permitir 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. No parece bueno olvidar, menospreciándolo, el aspecto existencialmente más importante de la petición, la cuantía de la pena. La calificación jurídica del delito es cuestión importante para los jurisperitos y la jurisprudencia, pero accesoria para el acusado, a quien interesa simplemente por constituir el presupuesto de la determinación de su efecto material, importándole sobremanera y primordialmente cuánto tiempo haya de estar privado de libertad o de otros derechos, en cuya función se configura su actitud en el proceso y su estrategia defensiva. Por ello mismo la pena concreta es el núcleo central, el meollo de la pretensión punitiva como objeto del proceso penal, cuya *ratio petendi* es la calificación jurídica del hecho y de sus circunstancias objetivas y subjetivas. A su vez otro principio procesal, el de contradicción, exige, entre más factores, ese conocimiento completo y oportuno de la acusación para que su destinatario tenga la oportunidad de exculparse y ejercer su derecho a la defensa, por sí mismo o asistido de jurisperitos, abogado y procurador, derecho para cuya satisfacción no basta la mera designación de los correspondientes profesionales, siendo necesario que los así nombrados puedan proporcionar una asistencia real y operativa a sus patrocinados (*right of effective representation*), con un contenido real y la suficiente eficacia dialéctica, sin reducirla a un cumplimiento formulario más rito procesal que sustancia (Sentencia 105/1999, de 14 de junio).

3. El derecho de defensa.

En tal sentido la Sentencia 53/1987, de 7 de mayo, explica que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Permite en el proceso penal la posibilidad de la contradicción, vale decir la confrontación dialéctica entre las partes. Conocer los argumentos del adversario

hace viable manifestar ante el Juez los propios, indicando los elementos de hecho y de Derecho que constituyen su base, así como, en definitiva, una actuación plena en el proceso. Así pues, «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4), vinculando al juzgador e impidiéndole exceder los términos en que venga formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales por lo tanto, el acusado haya tenido ocasión de defenderse (SSTC 205/1989, de 11 de diciembre, FJ 2; 161/1994, de 23 de mayo, y 95/1995, FJ 2). Sin embargo la correlación de la condena con la acusación no puede llevarse al punto que impida al juzgador el modificar la calificación de los hechos en tela de juicio con los mismos elementos que han sido o hayan podido ser objeto de debate contradictorio, posibilidad de la que en este caso no se hizo uso por lo que no merece más comentario aquí y ahora.

4. El contenido de la Sentencia Penal.

En nuestro sistema judicial, tal y como lo vemos hoy, como producto del aluvión histórico de distintos materiales y en sucesivas épocas, donde se superponen —como los estilos en las catedrales— residuos del sistema inquisitivo y aportes del principio acusatorio, hay tres preceptos que indican cuál haya de ser el contenido de la Sentencia en las distintas modalidades del proceso penal y en sus distintos grados. Uno, cuya redacción procede de la versión originaria —1882— de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que seguía el modelo francés, inquisitivo, con raíces en el aborígen, también inquisitorial, el art. 742, donde se dice tan sólo que en ella «se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, "incluso las referentes a la responsabilidad civil", condenando o absolviendo a los procesados no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales», con el límite que marcaba el art. 885.1.4 —hoy 851.4— al socaire de la casación por infracción de Ley cuando se penare un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733. Otro es el art. 794.3 L.E.Crim., donde se configura la eventual Sentencia a dictar por el Juez de lo Penal dentro del procedimiento abreviado en cuya virtud «la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones». El tercero, único que aquí y ahora interesa, aunque los tres formen parte del mismo grupo normativo, es el art. 902, que no permite «imponer pena superior a la señalada en la Sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor».

En el Tribunal Supremo hay dos corrientes jurisprudenciales, al respecto, que se solapan. Una de ellas, quizá predominante o mayoritaria, según sus propias palabras, predica que el principio acusatorio no impide que la Audiencia o el Juez impongan una pena superior a la solicitada por la acusación, bien remediando errores de ésta (si ha omitido solicitar penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión o ha pedido penas inferiores a las legalmente procedentes), bien haciendo uso de

sus facultades legales de individualización dentro de los márgenes correspondientes a la pena legalmente determinada para el tipo delictivo objeto de acusación y debate en el proceso, pues el Juez está sometido a la Ley y debe, por tanto, aplicar las penas que a su juicio procedan legalmente. Su función individualizadora, se dice, no está encorsetada por el límite cuantitativo marcado por las acusaciones, siempre que se mantenga en el marco punitivo señalado por la Ley. En tal sentido la correlación no se produce por el *quantum* de la pena sino por el título de la condena, pudiendo recorrerse aquella en toda su extensión, pero no imponer una pena superior en grado, salvo que utilizare la fórmula del art. 733 (art. 885.1.4 L.E.Crim.). Sin embargo otra tendencia se apoya en una lectura del art. 794.3.º L.E.Crim. que lleva directamente, por su construcción gramatical, a la conclusión de que allí se veda la condena a una pena cuantitativamente mayor que la más grave pedida por las acusaciones, no simplemente «distinta», desde el momento en que utiliza el verbo exceder, equivalente a superar o sobrepasar en cabida o tamaño. En definitiva, la hermenéutica se mueve entre dos lecturas antagónicas, según se entienda por «pena» la prevista en abstracto para el correspondiente delito en el Código o la pena individualizada y concreta, cuantificada ya, que solicitan quienes acusan.

Pues bien, entre ambas tesis —«estas dos opuestas interpretaciones»— el Tribunal Supremo vino a optar en un momento dado por la segunda, «más correcta y acomodada» al texto del precepto desde la perspectiva de la función constitucional del proceso penal:

«... de modo que ha de entenderse que al dictar la sentencia en el mismo, la función individualizadora de la pena que al Tribunal corresponde encuentra su techo en el *quantum* de tal pena solicitada por la más grave de las acusaciones. Apoyan esta doctrina las técnicas propias de la labor interpretativa: a) la literal o gramatical ya que el concepto de “pena que exceda” es distinto de el de “pena más grave”...; b) la lógica, ya que de un lado ... resultaría contrario a las reglas del método legislativo incluir en un precepto aplicable tan sólo a una modalidad del procedimiento penal, algo que la ley venía diciendo para la generalidad del procedimiento de tal clase (art. 85.1.3), que es supletoriamente aplicable a aquel procedimiento especial y la doctrina venía aplicando a todo el proceso penal; y, de otro, parece razonable pensar que si lo que el número 3 del art. 794 pretendía era señalar los límites impuestos a la sentencia por el principio acusatorio, y, dentro de estos límites, al lado de la prohibición contenida en el último inciso de “condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad del bien jurídico protegido o mutación esencial del hecho enjuiciado”, hubiera querido también establecer la prohibición de imponer pena más grave en grado o calidad, así lo hubiera dicho... y c) la sistemática, pues la interpretación que se acepta y se declara correcta es la que resulta más congruente con todo el sistema que inspira el procedimiento abreviado el que, entre otros principios, pretende potenciar el consenso, formulando y ampliando los términos de la conformidad del reo...; d) por último, esa interpretación o entendimiento de la regla 3.ª del art. 794... es también la más acorde con los fines de “lograr en el seno del proceso penal... una mayor protección de las garantías del inculcado”» (STS 7 junio 1993).

No es esta una Sentencia aislada, como pone de manifiesto el análisis de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con arreglo a la técnica propia de el *case law*, que pone el peso específico en la relación causal directa entre el supuesto de hecho y la decisión

judicial, *ratio decidendi*, dejando en la cuneta los *obiter dicta* o consideraciones a mayor abundamiento, si las hubiere, mera guarnición del guiso principal. En otras sentencias posteriores ha ido quedando claro cuándo y cómo se transgrede el principio acusatorio, sin que la realidad jurisprudencial coincida siempre con su exposición abstracta o genérica, aunque sí en más de una ocasión. Una primera STS de 7 de junio de 1993 entendió que la limitación legal contenida en el art. 794.3 L.E.Crim., en cuya virtud «la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones» tiene un sentido más restrictivo que no limita exclusivamente imponer pena de categoría superior (prisión menor en vez de arresto) sino cualquier *quantum* punitivo que exceda de lo solicitado. Por su parte, las SSTs de 30 de enero y 12 de septiembre de 1995 reconocieron que hubo quebranto del principio acusatorio y de la congruencia por haberse impuesto una pena accesoria —el comiso— no pedida expresamente por el Fiscal, ni sometida por tanto a debate contradictorio previo, sin que baste al efecto la petición genérica de penas accesorias, como dijo también la STS de 18 de mayo de 1993. Así mismo, en otra de 26 de febrero de 1998, en «un supuesto peculiar», el Tribunal Supremo considera también que infringe el principio acusatorio la condena por la Audiencia a una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal, aunque lo hiciera dentro del marco legal determinado para el delito, condena «difícilmente conciliable con la limitación prevenida en el art. 794.3 L.E.Crim.». A su vez, ese mismo año, otra STS de 30 de diciembre consideró que vulneraba el principio acusatorio una Sentencia que había impuesto al acusado tres penas de igual extensión y naturaleza que la única pedida por la acusación particular.

5. El principio acusatorio en la casación.

En definitiva, el Juez penal no debe legalmente, ni constitucionalmente puede, imponer una pena más extensa cuantitativamente, aun cuando estuviere dentro del marco punitivo del Código, que la pedida por el Fiscal o las demás acusaciones si las hubiere, sea cualquiera el procedimiento o el grado jurisdiccional, con o sin el planteamiento de la tesis que permite el art. 733 L.E.Crim., concebido como válvula de seguridad del sistema acusatorio por quien lo instauró hace más de un siglo. Sin embargo de esta declaración general, la incógnita a despejar en esta sede constitucional no comprometía el ámbito entero del principio acusatorio y estaba circunscrita a una situación muy concreta. Efectivamente, la Sentencia impugnada se pronunció en un recurso de casación, a instancia del Fiscal y habiéndose aquietado el condenado, para cuya ocasión el precepto idóneo era el 902 L.E.Crim., en cuya virtud la llamada segunda Sentencia, que una vez casada la de instancia ha de dictar el Tribunal Supremo por un puro principio de economía procesal, evitando así el reenvío, no tendrá «más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la Sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor».

Es evidente que el principio acusatorio ha de guiar el proceso penal en todas sus modalidades, incluso el juicio de faltas (Sentencia 319/1994, de 28 de noviembre) y en cualquiera de todas sus instancias (STS 83/1992), cuando haya apelación y, por supuesto, en la casación, donde el sedicente agravio constitucional se ha producido en este caso. El planteamiento ha de ser, sin embargo, distinto según las etapas procesales, cada una de las cuales tiene su propia regulación, aun cuando en el contenido de la Sentencia coincidan textualmente los preceptos correspondientes (arts. 742, 794.3 y 902

L.E.Crim.) no obstante las encontradas interpretaciones como hemos visto. Ahora bien, entre la posición de los juzgadores respectivos en el juicio oral y en sede casacional se dan diferencias muy importantes dentro del plano de la legalidad que trascienden para encontrar una dimensión constitucional. La Audiencia Provincial o el Juez de lo Penal que presiden y presencian el desarrollo del juicio, con la más absoluta intermediación, pueden —a la vista del acervo probatorio— sugerir a las partes, sin prejuzgar el fallo, que reconsideren la calificación jurídica de los hechos, y sólo ella, sin extenderse a las circunstancias modificativas de la responsabilidad ni a la participación de cada uno de los procesados, cuando aprecien un «manifiesto error» en la propuesta por alguna de las partes, abriendo para ello un debate contradictorio (art. 733 L.E.Crim.), duda metódica del juzgador que éste sólo podrá utilizar en su Sentencia, por cierto, si fuere asumida por alguna de las partes en el proceso y la propugnare. Esta posibilidad de plantear la llamada «tesis» en el argot o terminología forense está vedada en la casación, donde no se da intermediación alguna y la Sala Segunda juega con un relato de los hechos ajeno, como dato y no como incógnita, constriñéndose su función a la mera declaración de lo que sea el Derecho, sustantivo o formal, para el caso concreto, sin que —por lo tanto— al dictar la segunda Sentencia ejerza una «plena jurisdicción» como a veces se dice con cierta inexactitud.

Le está vedada, pues, en tal coyuntura la individualización de la pena para cuya operación carece de elementos de juicio. En efecto, la valoración de la prueba en su conjunto es función privativa del juzgador de instancia, de quien preside la secuencia completa, el desarrollo del juicio oral. Sólo se puede saber si un testigo o un perito, o el mismo acusado, mienten o dicen la verdad mirándoles a los ojos, oyendo el tono de su voz y observando sus gestos. Esto es lo que en el lenguaje forense se conoce por intermediación y pone de relieve el carácter presencial de los medios de prueba más importantes y frecuentes (el testimonio, la pericia y la inspección ocular) practicados ante Jueces profesionales con suficiente experiencia bajo el fuego graneado del interrogatorio cruzado y la crítica del testimonio, propios aquel y esta del principio de contradicción. El Tribunal Supremo carece, como tal institución y precisamente por serlo, de esa experiencia, aunque puedan tenerla muchos de sus componentes, y el conjunto de la prueba es para él una pila de papeles sin vida, transcripciones incompletas de palabras disecadas. Sólo se puede tomar la medida de la culpa de quien se condena para adaptar la pena a su persona teniéndole delante y conociendo, hasta donde resulte posible, su biografía procesal. Consciente de ello, como no podía ser menos, el propio Tribunal Supremo ha autolimitado su potestad correctora y ha dicho, en consecuencia, que «no es revisable en casación la determinación de la pena verificada por el Tribunal de instancia en ejercicio de su arbitrio, concedido por el legislador, siempre que se motive de forma suficiente la individualización y que las razones dadas para llegar a la misma no sean arbitrarias» (STS del 14 de mayo de 1999).

6. La imparcialidad del Juez.

Una última perspectiva, desde la posición constitucional del juzgador, pone de manifiesto que su imparcialidad se ve disminuida por cualquier actuación *ex officio*, al menos en su apariencia y, sobre todo, cuando tercia espontáneamente en el debate y ejercita su potestad para imponer una pena más gravosa que la pedida por la acusación, con la misma calificación jurídica, sin

que previamente las partes hayan tenido siquiera la oportunidad real de debatir esa «tercera opinión», rompiendo su hieratismo o su indiferencia institucionales. Desde este punto de partida se hace necesario dar un paso más para reforzar y garantizar al máximo esa cualidad socrática del juez situado «por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o la inocencia» (SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 6, y 225/1988, de 24 de octubre, FJ 1). Hoy, cuando ya está fuera de cualquier polémica la necesaria separación de las funciones instructora y enjuiciadora, desde las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los conocidos casos *Piersack y De Cubber*, conviene avanzar paso a paso en esa senda para ir tallando más facetas en esa característica, esencia de lo judicial. No parece dudosa ni problemática la exigencia de que el Juez sea totalmente ajeno al litigio, sin jugarse nada en él, por estar supraordenado a los litigantes, como revela la misma etimología del nombre, Magistrado, el que está por encima en el estrado, sin bajar de estos a la arena para ser «Juez y parte».

La raíz del principio acusatorio conecta aquí, por tanto, con la imparcialidad como requisito determinante de la misma existencia de un proceso en el cual el juzgador no pueda nunca asumir funciones de parte ni una posición partidista o partidaria. El monopolio de la acción penal por el Fiscal y los demás acusadores pretende excluir la posibilidad de que quien haya de fallar prejuzgue en cierto modo el fallo, formulando de oficio la acusación con el peligro de que se anticipe así «el pensamiento, la opinión, el juicio formulado por el Tribunal, que de este modo desciende a la arena del combate para convertirse en acusación», como escribía el autor de la exposición de motivos tantas veces traída a colación, que remachaba así: «No, los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates». Un proceso penal, en fin, con sus protagonistas clásicos formando un triángulo donde el vértice superior lo ocupe el Juez, equidistante de los dos ángulos inferiores, al mismo nivel, acusador y acusado, Fiscal y Abogado defensor, sin permitir que quiebre la posición impassible y ecuaníme de aquél ni que, desde el distanciamiento inherente a quien haya de juzgar, se mezcle y contamine en la contienda, con un evidente prejuicio como es el que le lleva a dar por sí y ante sí más de lo pedido, suplantando a las acusaciones con detrimento de su independencia (Sentencia 134/1986, de 29 de octubre, FJ 1). Si al Fiscal corresponde constitucionalmente la defensa de la sociedad desde la perspectiva de la ley, el Juez tiene una primaria función de garantía (arts. 53 y 117.4 C.E.), por lo que es la primera línea de defensa de los derechos fundamentales, como ha dicho este Tribunal Constitucional siempre que ha tenido oportunidad de hacerlo. Si esto es así, y lo es, con carácter genérico, su exigencia resulta aun más intensa en los grados procesales más altos pero también más angostos.

7. Recapitulación.

Lo dicho hasta aquí pone de manifiesto que la Sentencia impugnada, cuya parte dispositiva aumentó en dos años sin previo aviso ni razonamiento alguno la pedida por el Fiscal a lo largo del proceso en sus dos grados, no obstante coincidir en los hechos, y en su calificación como delito incluso la circunstancia agravatoria específica, ha rebasado el límite intrínseco del principio acusatorio por haber tocado varias de sus piezas. En tal coyuntura nuestra Sentencia 12/1981, de 10 de abril, parece su ficientemente expresiva al respecto y

marcó el único rumbo que en esta singladura nos puede llevar a buen puerto. Allí se dijo, en efecto, que el recurso de casación por infracción de Ley se mueve, respecto a la calificación de los hechos, en límites aún más restringidos. El Tribunal Supremo no puede imponer pena superior a la señalada en la Sentencia casada o, en su caso, a la que solicite el recurrente cuando éste pida una pena superior a aquella, sin que pueda hacerse uso de una facultad análoga a la que el citado art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a las Audiencias y Jueces de lo Penal (art. 902 L.E.Crim.), residuo del sistema inquisitivo. Por su parte, y en el mismo sentido, el propio Tribunal Supremo ha entendido que sólo puede confirmar la Sentencia recurrida o acceder a la petición del recurrente y, por ello, ni siquiera en el caso de llegar a la convicción de que fuere correcta una calificación jurídica distinta pero homogénea, procedería «de oficio reformar *in peius*» la decisión impugnada, sino mantener los efectos punitivos de la calificación primitiva (STS de 10 de febrero de 1972, entre otras). En definitiva, lo dicho hubiera llevado directamente a la concesión del amparo constitucional, no sólo por una deficiente motivación, sino por haberse cruzado la raya del sistema acusatorio.

Esto es todo.

Dado en Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Rafael de Mendizábal Allende.—Firmado y rubricado.

8218 *Sala Segunda. Sentencia 77/2000, de 27 de marzo de 2000. Recurso de amparo 3.791/1995. Promovido por Vidiella y Rosa, Auditores, frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que confirmó una sanción por infracción de Seguridad Social. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: Sentencia que no razona sobre la estimación de un recurso administrativo de alzada sobre un acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social. 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 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. 3791/95, interpuesto por Vidiella y Rosa, Auditores, Censores Jurados de Cuentas Asociados, Sociedad Regular Colectiva, representada por el Procurador de los Tribunales don Jacinto Gómez Simón y con la dirección del Letrado don Emili Alcoverro i Folqué, contra la Sentencia de 3 de octubre de 1995, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Ha comparecido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente

el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado ante este Tribunal el día 11 de noviembre de 1995, el Procurador de los Tribunales don Jacinto Gómez Simón, en nombre y representación de la entidad Vidiella y Rosa, Auditores, Censores Jurados de Cuentas Asociados, Sociedad Regular Colectiva, formuló el recurso de amparo de que se hace mérito en el encabezamiento, y en la demanda se nos dice que como consecuencia del acta de infracción núm. 2115/91, la hoy recurrente fue sancionada, de conformidad con lo prevenido en la Ley 8/1988, por la comisión de una falta relacionada con el régimen de los contratos en prácticas. De resultas de aquélla fueron levantadas las actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social núms. 1280/91, 738/92 y 344/93. Luego de su confirmación por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, las resoluciones dimanantes de las actas de liquidación núms. 1280/91 y 738/92 fueron recurridas en alzada ante la Dirección General de Servicios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que, en virtud de las pertinentes desestimaciones, dejó expedida la vía contencioso-administrativa, ante cuya Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se tramitaron los recursos correspondientes con los núms. 2023/93 y 1262/94. Por el contrario el recurso de alzada entablado frente a la liquidación a que dio lugar el acta núm. 344/93 fue estimado por Resolución de la Subdirección General de Recursos de la precitada Dirección General en 13 de septiembre de 1994. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la sanción impuesta de resultas del procedimiento a que dio lugar el acta de infracción núm. 2115/91, la interesada, mediante escrito de 1 de febrero de 1995, solicitó de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ante la que pendía el recurso núm. 1.626/93, deducido frente a la meritada sanción, la incorporación a aquél de la resolución estimatoria de la alzada entablada contra la liquidación que traía causa del acta núm. 344/93 por entender que de su contenido (la apreciación por la Administración de haber quedado desvirtuados los hechos que estaban en la base del acta controvertida) se desprendería indubitablemente la estimación del recurso contencioso-administrativo en que se dilucidaba la realidad de los hechos que dieron lugar al acta de infracción núm. 2.115/91. En virtud de providencia de 27 de febrero de 1995, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña admitió, a los efectos del proceso núm. 1.626/93, el escrito referenciado, no obstante lo cual, la Sentencia que puso término a aquel objeto, junto con el Auto de aclaración de 20 de octubre de 1995, del presente recurso de amparo, ninguna alusión efectuó al mismo, fundamentando, en consecuencia, su fallo con abstracción de su contenido.

La demandante imputa a la decisión judicial recurrida la vulneración del art. 24 C.E., en sus dos apartados. En concreto se alega en la demanda que la conculcación del derecho de tutela judicial efectiva, a que en puridad se contrae su queja, dimana de la no valoración por el órgano judicial, en el curso de proceso núm. 1626/93, de la resolución estimatoria del recurso de alzada deducido frente a la liquidación practicada de resultas del acta núm. 344/93. La meritada resolución, cuyo escrito fue aportado a los autos de conformidad con el art. 506.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, devenía según la recurrente decisiva a la hora de concluir en la estimación