

en su recurso individualizado, siendo así que el Tribunal *ad quem* limitó su pronunciamiento revisorio a la apelación formulada por el otro codemandado, el Sr. Guardiola Tomás, ajena a tal cuestión procesal. Por ello, el primer argumento esgrimido por el mencionado Auto de 21 de mayo de 1988, no cabe aceptarlo como respuesta tácita o implícita a la pretensión de la apelante que ahora demanda nuestro amparo.

Ello no obstante, y como hemos señalado, esta última resolución judicial, al desestimar la nulidad de actuaciones instada por ambos apelantes, explicitó el razonamiento en virtud del cual entendió que no concurría en el caso la aducida falta de legitimación pasiva de la codemandada Sra. Cerdán, al considerar que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1357 del Código civil, y con independencia de la cuota de participación que le correspondiera en el piso que constituía la vivienda familiar, cuestión que la Sala estima como no discutible en el juicio de cognición dirigido a la demolición de las obras efectuadas, el inmueble litigioso debía calificarse legalmente como bien integrante de la sociedad de gananciales, de donde derivaba la legitimación pasiva de la esposa como cotitular de la vivienda litigiosa. Existió, pues, a través de dicho explícito razonamiento una respuesta, por el Tribunal *ad quem*, sobre la discutida excepción procesal a que venimos aludiendo.

Pues bien, habida cuenta de lo que se deja expuesto, y con independencia de que en un plano meramente formal la respuesta judicial no se acomoda a la exigible corrección procesal, al haberse emitido en el Auto desestimatorio de la pretendida nulidad de actuaciones, lo decisivo es, a los efectos de este amparo, que tal defecto procesal no lleva aparejado, como consecuencia, la indefensión material de la demandante de amparo, pues ésta pudo conocer de tal modo las razones jurídicas que llevaron a la Sala a rechazar la alegada falta de legitimación pasiva en el proceso civil, de suerte que no puede afirmarse que tal cuestión haya quedado imprejuizada. Ha de tenerse en cuenta, además, que otra diversa y formal solución implicaría una retroacción de actuaciones procesales para, anulada la Sentencia de apelación, dictar nuevo pronunciamiento de signo idéntico al ya emitido por la Sala, lo que incidiría en el derecho a la tutela judicial efectiva de la otra parte procesal (la demandante en el juicio de cognición), que obtuvo Sentencia favorable en las dos instancias, en orden a la demolición de las obras realizadas en el patio de la comunidad de vecinos.

En consecuencia de lo antes razonado y atendidas las singulares circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, hemos de concluir que no se aprecia la incongruencia omisiva conducente a la denegación de justicia que fundamenta la pretensión de amparo, por lo que procede la desestimación de la demanda.

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 por doña María José Cerdán Carrión.

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

Dada en Madrid, a treinta de septiembre de dos mil dos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Firmado y rubricado.

20589 Sala Segunda. Sentencia 170/2002, de 30 de septiembre de 2002. Recurso de amparo 4677/98. Promovido por don Leopoldo Verdú Verdú frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante que, en grado de apelación, le condenó por un delito de apropiación indebida respecto a un premio de lotería.

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a conocer la acusación, al Juez legal e imparcial, a la legalidad penal, a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: condena pronunciada en apelación sin necesidad de celebrar vista pública, tras una acusación conocida y correlativa, y fundada en prueba de cargo; adhesión a la apelación que no causó indefensión; cuestión prejudicial civil resuelta por el Tribunal penal adecuadamente; imparcialidad del Tribunal que resuelve un incidente de nulidad de actuaciones; interpretación del tipo penal lícita; costas procesales motivadas. Voto particular.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente; don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo número 4677/98, promovido por don Leopoldo Verdú Verdú, representado por el Procurador de los Tribunales don José María Martín Rodríguez y asistido por el Abogado don Francisco Javier Carbonell Rodríguez, contra la sentencia número 180/1998, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, de 31 de marzo de 1998, aclarada por Auto de 17 de abril de 1998, y contra el Auto de 8 de octubre de 1998, por el que se resuelve el recurso de nulidad de actuaciones interpuesto contra la referida Sentencia al amparo del artículo 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Han intervenido el Ministerio Fiscal y don Joaquín Planelles Ripoll, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Azorín-Albiñana López y asistido del Letrado don Abel Isaac de Bedoya Piquer. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo su entrada en este Tribunal el día 10 de noviembre de 1998, el Procurador de los Tribunales don José María Martín Rodríguez, en nombre y representación de don Leopoldo Verdú Verdú, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción número 3 de Elda incoó el procedimiento abreviado 54/96, por un supuesto delito de apropiación indebida seguido contra el recurrente de amparo, del que fue absuelto por sentencia número 454/1997 del Juzgado de lo Penal número 3 de Alicante, el 30 de octubre de 1997.

Dicha Sentencia considera probado que el recurrente jugaba a la lotería junto con otras personas que trabajaban en la misma empresa, entre las que se encontraba don Joaquín Planelles Ripoll, encargándose aquél de la adquisición y reparto. «Al parecer, el señor Planelles había propuesto unos años antes compartir la lotería adquirida, y en concreto los premios especiales, a lo cual se habían negado los integrantes de la empresa, excepto el acusado, quien asintió a dicho acuerdo. De este modo, cada vez que el acusado repartió la lotería... el señor Planelles Ripoll... indicaba que en caso de que tocara el premio especial iba a medias con Leopoldo Verdú Verdú» (hecho segundo). «En el sorteo del día 17 de febrero de 1996, el acusado adquirió para vender y repartir de la referida "Filá Els Pilotes", el número 56.262 de la Lotería Nacional, entregando a Joaquín Planelles Ripoll el décimo con la serie 9.^a de la fracción 4.^a de dicho número, y reservándose para él mismo el décimo de la serie 9.^a, fracción 8.^a de aquél, resultando agraciado el número 56.262 con el primer premio de la lotería y concretamente el décimo de la serie 9.^a, fracción 8.^a, con el "premio especial" dotado con la cantidad de 492 millones de pesetas, circunstancia que el acusado ocultó, no dando cumplimiento al acuerdo referido anteriormente y entregando la mitad del mismo a Joaquín Planelles» (hecho tercero). «El acusado llevaba, además, otros cuatro décimos del número agraciado» (hecho cuarto).

A la vista de los hechos que declara probados, el Juez de instancia entiende que los mismos no son constitutivos del delito de apropiación indebida previsto en el artículo 535 del Código Penal (CP), porque el acusado no tenía ningún décimo en calidad de depósito, administración o comisión, sino que «los únicos que poseía eran aquéllos que él mismo adquiría» (FJ 2) y no existía título entre las partes que obligara a una entrega de dinero o a compartir premio alguno, por lo que falta un elemento del tipo que impide su aplicación. La sentencia destaca que el acusado jugaba varios décimos, —y no en todos ellos era partícipe el denunciante—, y que el título por el que se le exige la mitad del importe del premio se funda en un acuerdo verbal, cuya causa «era la promesa de una donación en el supuesto de producirse una condición aleatoria», promesa que podría ser calificada de obligación unilateral, que no obliga a realizar la prestación acordada. A lo que añade que, al fundamentarse la promesa en el ánimo *donandi* de cada uno, conforme al artículo 632 del Código Civil (CC), la donación de cosa mueble realizada verbalmente requerirá la entrega de la cosa donada, y si no se realiza la entrega, la donación no surtirá efecto, salvo que se hiciera por escrito constanding la aceptación. Por ello, concluye que no existe título que obligue a la entrega o a compartir premio alguno, faltando un elemento esencial del tipo.

b) Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la acusación particular de don Joaquín Planelles Ripoll. El Fiscal considera acreditado —en la propia sentencia y por la numerosa prueba practicada en el acto del juicio oral— la existencia, realidad y plena validez jurídica de un acuerdo verbal entre el acusado y el señor Planelles, acuerdo que consistía en «jugar a medias» el premio especial que recayere en cualquiera de los décimos que tenían uno u otro de la lotería de la «Filá Els Pilotes», y que generaba una obligación para las partes, en virtud de la cual, aunque una recibiera la totalidad del premio, «la mitad de éste no le corresponde en propiedad porque con anterioridad ya ha comprometido su entrega... y en consecuencia la mitad del premio el que lo recibe lo hace con la obligación de entregarlo a la otra parte y

en caso de no hacerlo se ha apropiado indebidamente de esa mitad».

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia el 31 de marzo de 1998, en la que se estimó el recurso y condenó a don Leopoldo Verdú Verdú, como autor de un delito de apropiación indebida, a la pena de siete meses de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de primera instancia, con inclusión de las causadas por la acusación particular, y con indemnización a don Joaquín Planelles Ripoll en la mitad de los derechos que corresponden al acusado en el premio especial de Lotería, en los términos establecidos en el fundamento de Derecho 6 de la referida sentencia de apelación, que además declaró de oficio las costas de la alzada. En el referido fundamento jurídico, se fijó la indemnización en el 50 por 100 del premio, con un mínimo de 123.000.000 de pesetas y con un máximo de 246.000.000 de pesetas, en función del resultado de la reclamación judicial formulada por don Constantino Verdú Montesinos.

La sentencia de apelación acepta el relato de hechos probados de la de instancia en sus apartados primero, segundo (suprimiendo la expresión «al parecer») y tercero; suprime el cuarto y añade que existe otro pleito contra el recurrente en el que don Constantino Verdú le reclama la mitad del premio especial.

En su fundamentación jurídica sostiene que, aunque el acusado negare la existencia del pacto relativo al premio especial de la lotería, el mismo está «terminantemente probado», «por la prueba testifical sometida a contradicción en el juicio oral, que viene a ratificar lo que se había manifestado en la fase de instrucción, y así se estima en la sentencia apelada» (FJ 4). Y, partiendo de la existencia del pacto, el recurrente estaba obligado a dar al premio especial el destino previamente pactado, «estamos ante un título que no atribuye al acusado la propiedad de la totalidad del premio especial de la lotería, sino de un título posesorio que en virtud del pacto entre el acusado y Planelles obligaba al primero a entregar la mitad del premio especial por él obtenido. Se trata de un acuerdo verbal, pero con plenitud de efectos jurídicos, sobre ganancias futuras en el caso de que se cumpla la condición establecida, consistente en que el número que jugaba fuese agraciado con el premio especial, como así ocurrió... y como el título derivado del pacto no le atribuía la propiedad de todo el premio, el acusado al no cumplir el acuerdo existente, negando primero que hubiese sido agraciado con el premio especial, aun reconociendo la existencia del pacto, y posteriormente negando el pacto, apropiándose de un dinero que no era suyo, incurrió en el delito de apropiación indebida» (FJ 5). Rechaza la Audiencia la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, pues el pacto era recíproco y obligaba a ambos, por lo que no puede ser calificado como una promesa de donación sujeta a condición aleatoria o una obligación unilateral.

c) Dicha sentencia fue aclarada mediante Auto de la misma Sala, de 17 de abril de 1998, en el que se corregía un error material de transcripción mecanográfica.

d) La representación del recurrente presentó el 5 de mayo de 1998 un escrito en el que solicitaba, al amparo del artículo 240.3 LOPJ, la declaración de nulidad de actuaciones, y que se dictara una nueva resolución que confirmara la Sentencia absoluta de instancia. El incidente de nulidad de actuaciones fue resuelto por Auto número 245/1998 de la Audiencia con fecha 8 de octubre de 1998, que lo desestimó, al entender que no existió infracción de normas procesales que pro-

dujera indefensión, ni incongruencia del fallo, ya que todas las cuestiones planteadas y no resueltas previamente fueron resueltas en la sentencia de apelación. El Auto afirma, respecto de muchas de las alegaciones, que se rechazan porque la parte pretende abrir una tercera vía de impugnación que no existe y queda fuera de los márgenes del artículo 240.3 LECrim.

3. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en numerosas vulneraciones de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la legalidad penal:

a) Se denuncia, en primer lugar, violación del principio acusatorio en su vertiente de derecho a conocer la acusación como «el derecho a conocer los hechos que configuran el devenir histórico —*facta*— del supuesto acto delictivo», por cuanto los hechos que dieron lugar a la condena en segunda instancia eran desconocidos previamente por el acusado, no apareciendo en el escrito de acusación, que era genérico e insuficiente para una defensa en derecho, lo que habría generado indefensión. En concreto se afirma desconocimiento sobre los siguientes hechos: el acto de recepción de la cosa, el momento en que se produjo y el título en virtud del cual se recibe; el momento en que comenzó el pacto de reparto del premio; la fecha de renovación del citado pacto para saber si estaba vigente el día del sorteo y el momento y el modo de apropiación. Se denuncia, además, que la Audiencia Provincial introduce un hecho nuevo no contenido en el escrito de acusación, ni alegado como revisión de hechos en el recurso de apelación: El reconocimiento del supuesto pacto.

Igualmente se sostiene que la respuesta del órgano judicial silenció la cuestión planteada por la parte, referida al desconocimiento de estos hechos, incurriendo en incongruencia omisiva, no subsanada por el Auto de 8 de octubre de 1998.

b) En segundo término se denuncia que la supresión del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia y su sustitución por otro viola el principio acusatorio (al no solicitarse la alteración probatoria por la acusación, pues el Fiscal formalizó su recurso basándose exclusivamente en la infracción de precepto legal), incurre en un error patente a partir de una nueva valoración de las testificales (pues sí existía prueba de que el acusado llevaba más décimos), carece de motivación y causa indefensión, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

De nuevo se denuncia incongruencia omisiva, pues la sentencia no da respuesta a la cuestión de cuál era el décimo que se compartía a efectos del premio especial y el Auto de 8 de octubre de 1998 no da respuesta a esta cuestión, pues se refiere exclusivamente a la expresión «al parecer».

Esa modificación de hechos probados introduce además la referencia a un proceso civil pendiente, vinculando el procedimiento penal al civil en contra de una resolución firme previa, pues el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Elda había declarado, en Autos de 23 de diciembre de 1996 y de 13 de enero de 1997, la no conexión entre ambos procedimientos. Además, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elda, en sentencia de 15 de julio de 1997, considera probado que el recurrente tenía en propiedad al menos dos décimos de lotería del número premiado. La contradicción de lo declarado probado en la sentencia de apelación con las anteriores resoluciones vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto derecho a no modificación de una resolución firme.

c) Se denuncia a continuación una nueva violación del principio acusatorio generadora de indefensión, esta vez no desde la perspectiva fáctica, sino jurídica: Derecho a conocer el contenido de la acusación en cuanto al título hábil para crear el presupuesto de la conducta típica de apropiación indebida (art. 535 CP). Asimismo, se alega ausencia de respuesta motivada a la falta de hechos identificadores del «título».

En relación con el título, se denuncia también vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (pues la sentencia condenatoria ofrece una respuesta arbitraria y no razonada en derecho a la cuestión prejudicial) y del derecho al Juez predeterminado por la ley (pues el título debió determinarse en el procedimiento civil y, por tanto, haberse admitido la prejudicialidad, de la que dependía la culpabilidad o inocencia del acusado y el Juez natural para conocer de la naturaleza y contenido del título era el civil). Subsidiariamente, se imputa al Auto de 8 de octubre de 1998 incongruencia omisiva, por no contestar a la cuestión de la existencia de incongruencia omisiva en la Sentencia de apelación referida a la existencia, validez, vinculación y naturaleza del contrato a que dio lugar el «pacto».

d) Denuncia también el recurrente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia *extra petita* en la resolución impugnada, al exceder de los límites marcados por el recurso de apelación del Ministerio Fiscal, modificando los hechos probados sin que aquél lo hubiera solicitado. Se denuncia la falta de identidad del hecho punible entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria (pues la base de la acusación no era un título posesorio) y modificación de los términos del debate, al modificarse los hechos probados. El «pacto» declarado probado en la Sentencia absolutoria es distinto del «pacto» de la Sentencia condenatoria. El primero era el pacto de hacía diez años —jugar a medias— y exigiría la identificación del décimo; el segundo implicaba «ir a medias» con independencia del décimo que cada uno jugara. Sostiene el recurrente que «ir a medias» es compartir la suerte y no un determinado décimo de lotería, y que ello no forma parte del patrimonio del jugador.

e) A continuación denuncia una nueva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de legalidad penal. Entiende el recurrente que la inclusión entre las relaciones jurídicas que encajan en el «título» requerido por el delito de apropiación indebida de las relaciones derivadas del juego de lotería, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a casos que nada tienen que ver con éste, es una respuesta ilógica y arbitraria, que además contradice el principio de legalidad, porque implica una aplicación análogica *contra reo* del citado elemento de la apropiación indebida, cuando en el presente supuesto, aun existiendo el pacto sólo existiría incumplimiento de una obligación civil de devolver, y no un ilícito penal.

f) Vulneración de la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho al proceso debido, al admitir las pretensiones del apelante adhesivo sin que el acusado haya podido defenderse. El recurso del Ministerio Fiscal y la adhesión basan su posición de condena del apelado en presupuestos totalmente distintos. La adhesión pretendía revisión de los hechos y de la valoración de la prueba testifical. El Ministerio Fiscal sostuvo que la acción típica era apropiación del dinero resultante del premio y la acusación particular se refiere a la apropiación del décimo.

g) Seguidamente se denuncian diversas vulneraciones conectadas con el derecho a la presunción de inocencia. En primer lugar, se señala que la sentencia de apelación ha valorado a través de las actas, sin inme-

diación, declaraciones testificales referidas al título y al pacto en un sentido distinto al que dio lugar a la absolución en primera instancia (en la que el Juez gozó del principio de inmediación, vio y oyó a los testigos) y sin que se hubiera pedido que se realizara dicha valoración en la apelación. Se insiste en que una nueva valoración de la prueba testifical no es posible sin que el Tribunal de apelación hubiera visto y oído de nuevo a los testigos, bajo los principios de inmediación, contradicción y oralidad, especialmente cuando se trata de determinar la existencia de un «pacto o contrato verbal» a partir de las citadas declaraciones.

También se denuncia falta de razonamiento y de prueba acerca de la ocultación del premio, del acto de apropiación y del dolo (pues no se explicitan los indicios de los que se infiere su existencia).

h) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque el Auto de 8 de octubre de 1998 no ha sido emitido por Tribunal imparcial. Se alega la contaminación objetiva de los Magistrados de la Sección Primera de la Audiencia Provincial que dictaron el Auto, a quienes el recurrente había recusado, contaminación que queda acreditada por la respuesta dada por la Audiencia Provincial a la nulidad de actuaciones, ya que evidencia la falta de análisis del fondo de la nulidad al contestar que la cuestión de la prejudicialidad o de la adhesión a la apelación habían sido ya contestadas, o quedan al margen de los límites del artículo 240.3 LOPJ.

i) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho de propiedad (art. 33 CE) y al amparo de los artículos 6 y 7 CEDH. Entiende el recurrente que la respuesta dada a la cuestión de la lesión del derecho de propiedad no es razonable, ya que transmuta la propiedad de un título al portador en mera posesión del mismo, y no tiene en cuenta las garantías del derecho de propiedad reconocidas en el Convenio europeo de derechos humanos y en la legislación española.

j) Por último, y subsidiariamente, se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de las resoluciones recurridas —tanto respecto de la sentencia como del Auto— en relación con el principio de igualdad ante la ley y de la improrrogabilidad de los plazos procesales, al haber condenado al recurrente a pagar las costas de la acusación particular (incluso las de la primera instancia), cuando presentó su escrito de acusación fuera de plazo. No sólo se habría incumplido el artículo 202 LECrim, sino que se privilegió a la acusación particular sin justificación. Las resoluciones no motivan la concesión de las costas y las conceden de forma arbitraria.

Por todo ello, solicita que se dicte sentencia que otorgue el amparo solicitado y declare la nulidad de la sentencia de 31 de marzo de 1998 y del Auto de 8 de octubre de 1998, restableciendo la validez en tiempo de la sentencia de 30 de octubre de 1997. En defecto de lo anterior, se solicita la nulidad de las citadas resoluciones y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia en segunda instancia, para que otros Magistrados distintos a los que compusieron la Sala resuelvan el recurso de apelación sin ir más lejos de lo solicitado en apelación; para que se dé audiencia al apelado para defenderse del escrito de adhesión a la apelación; para que se limite a revisar la valoración de las pruebas verificando que la valoración del Juez *a quo* no vulnera la legalidad; para que la Audiencia Provincial respete el principio de legalidad penal y no se declare la condena en costas de la acusación particular.

Mediante sucesivos otosíes se hace constar que están pendientes de resolución en la jurisdicción civil

el juicio declarativo de mayor cuantía 274/97, en el que Leopoldo Verdú Verdú solicita se declare la inexistencia de contrato con don Joaquín Planelles, y el recurso de apelación contra la sentencia dictada en Autos 187/96 instado por don Constantino Verdú Montesinos. Igualmente se solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia debido a que la ejecución de la misma produciría perjuicios irreparables al recurrente. Por último, se solicita la acumulación del presente recurso a los recursos de amparo números 4271/98 y 4503/98.

4. Los recursos de amparo respecto de los cuales solicita la acumulación el recurrente fueron declarados inadmisibles por providencia de 12 de julio de 1999 (recurso de amparo número 4271/98) y por ATC 41/2000, de 14 de febrero (recurso de amparo número 4503/98).

5. Mediante providencia de 12 de julio de 1999, la Sección Tercera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo previsto en el artículo 50.3 LOTC, conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales procedentes, las alegaciones que estimasen pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda [art. 50.1 c) LOTC]. La representación del recurrente, por escrito registrado el 14 de septiembre de 1999, que acompañaba numerosa documentación, solicitó la admisión a trámite de la demanda. El Ministerio Fiscal formuló alegaciones el 8 de octubre de 1999, interesando la inadmisión a trámite.

6. Mediante providencia de 27 de enero de 2000, la Sala Segunda de este Tribunal acordó conocer del recurso y admitir a trámite la demanda de amparo, así como requerir a los órganos juzgadores la remisión de testimonio de las actuaciones, interesando al mismo tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción del demandante de amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

7. Por otra providencia de la misma fecha se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que alegaran lo que estimaran pertinente en relación con la petición de suspensión interesada. Transcurrido el término conferido, mediante Auto de 28 de febrero de 2000, se acordó suspender la ejecución de las penas de siete meses de prisión menor y accesorias, y denegar la suspensión de la ejecución en cuanto a las costas y a la indemnización a favor de don Joaquín Planelles Ripoll, en los términos establecidos por la sentencia recurrida.

8. Mediante escrito que tuvo su entrada en este Tribunal el 23 de febrero de 2000, la Procuradora de los Tribunales, doña Pilar Azorín-Albiñana López, en nombre y representación de don Joaquín Planelles Ripoll, se personó en el presente recurso de amparo, bajo la dirección letrada de don Abel Isaac de Bedoya Piquer.

9. Por diligencia de ordenación de 16 de marzo de 2000, la Sala Segunda acordó tener por personado a don Joaquín Planelles Ripoll y dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, para presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

10. El día 12 de abril de 2000 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de alegaciones de don Joaquín Planelles Ripoll, en las que impugna el recurso de amparo, solicitando la confirmación de la Sentencia de apelación.

La parte sostiene que no se ha producido vulneración alguna de los derechos fundamentales del recurrente. Niega, en primer lugar, que las calificaciones de la causa fueran extemporáneas, para constatar lo cual interesa el recibimiento del procedimiento a prueba. Sostiene que se respetó plenamente el principio acusatorio, pues los hechos básicos de la conducta delictiva estaban perfectamente definidos tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular, el señor Verdú los conoció y pudo efectuar alegaciones para combatirlos. También se rechaza la incongruencia *extra petita*, pues la sentencia condenatoria ni modifica los hechos objeto de acusación, ni excede los límites del recurso de apelación. Niega que la Audiencia incorporara nuevos hechos en la fundamentación jurídica y que incurra en error alguno al suprimir el hecho cuarto. Igualmente rebate la vinculación del proceso penal al civil, sosteniendo que la respuesta a la cuestión prejudicial no fue irrazonable, ni vulneró el derecho al Juez predeterminado por la ley. Se rechazan igualmente las alegaciones relativas a la falta de motivación de las resoluciones judiciales e incongruencia omisiva, por entender que la Sala se pronunció acerca de todos los aspectos jurídicos y normativos planteados, razonándolos suficientemente. Por último, se rechazan las presuntas vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, entendiendo que existe suficiente prueba de cargo, del derecho a un Juez imparcial y del derecho a la propiedad.

En definitiva, entiende la parte que aunque se tratara de un negocio atípico y un pacto verbal, la existencia del mismo está plenamente acreditada (como reconoce el propio recurrente en su declaración, al igual que los testigos), obligaba a las partes, y constituye título que obligaba al señor Verdú a entregar la mitad del premio, lo que no hizo, concurriendo todos los elementos del delito de apropiación indebida. Por tanto, la Audiencia no vulnera el principio de legalidad penal calificando como delito lo que es un mero ilícito civil, sino que la conducta descrita encaja plenamente en el tipo del delito.

11. El día 12 de abril de 2000 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de alegaciones del demandante de amparo, en el que reitera sustancialmente lo expuesto en la demanda de amparo, con una nueva estructura en la exposición, insistiendo en la disminución de las posibilidades de defensa que generó la modificación de hechos y alegaciones por parte de las acusaciones; en que la modificación de hechos probados de la sentencia de apelación no es constitucionalmente admisible; en que se vulneró el principio de legalidad al considerar constitutivo de delito un mero ilícito civil; en la inexistencia de la apropiación del dinero; en la inadmisibilidad de la apelación adhesiva y en las restantes vulneraciones ya alegadas.

12. Finalmente, mediante escrito registrado en este Tribunal el día 25 de abril de 2000, el Ministerio Fiscal presenta sus alegaciones, interesando la denegación del amparo solicitado.

Rechaza el Fiscal, en primer lugar, los vicios de incongruencia que se imputan a las resoluciones judiciales recurridas, por entender que la queja se proyecta no sobre pretensiones, sino sobre meros alegatos argumentales y que a todas las pretensiones se les da respuesta en la sentencia de apelación y en el Auto desestimatorio del incidente de nulidad. Advierte el Fiscal que en la

totalidad de la demanda el recurrente invade la valoración de la prueba, con olvido del artículo 44.1 b) LOTC, estableciendo conclusiones fuera de lugar en el recurso de amparo, y que respecto de la denuncia de incongruencia en realidad lo que se denuncia es la discrepancia con la tesis sostenida en la Sentencia de apelación, cuyos fundamentos tercero y cuarto, ponen de manifiesto de modo incontestable cuál es el criterio de la Sala y cuáles son las pruebas en que se sustenta.

En segundo lugar se rechazan las pretendidas vulneraciones del principio acusatorio, pues existe plena congruencia objetiva entre el hecho histórico y el fallo del Tribunal y las modificaciones que puedan apreciarse se refieren a extremos no esenciales y conocidos por el recurrente. Tampoco cabe hablar de error patente, sino de discrepancia entre la tesis del recurrente y lo resuelto por el Tribunal.

A continuación se plantea el Fiscal la denuncia del vicio de incongruencia *extra petita*, basada en la adhesión de la acusación particular al recurso del Fiscal y en la alteración de hechos probados por la Audiencia. La Audiencia ya dio fundada respuesta a la cuestión de la apelación adhesiva en el Auto de 8 de octubre de 1998 (considerando que al coincidir sustancialmente con el recurso del Fiscal no produjo ampliación alguna del ámbito de conocimiento, ni produjo indefensión) y la modificación del hecho probado por el Tribunal de apelación se inscribe en las facultades que le atribuye la ley, señalando con toda precisión las pruebas en las que se funda.

Respecto de las tachas de irrazonabilidad y falta de lógica de las respuestas judiciales, sostiene el Fiscal que la razón determinante de estas quejas es la desestimación de las peticiones por el órgano judicial, pues tanto la Sentencia como el Auto impugnados ofrecieron respuestas coherentes que se inscriben en el ámbito de la legalidad ordinaria. Igualmente se rechazan las tachas de falta de motivación, pues la resolución impugnada permite conocer con toda precisión los criterios jurídicos en los que funda. En opinión del Ministerio Fiscal, el Tribunal de apelación realiza una valoración jurídica de los hechos, tras una nueva valoración de la prueba, con rigor y escrupulosa observancia de las exigencias constitucionales.

En cuanto a las presuntas vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, el fundamento jurídico 4 de la sentencia muestra de modo cumplido, correcto e inequívoco los elementos de prueba, legalmente practicada y con contenido incriminatorio, que se han tenido en cuenta para la condena. En cuanto a la prueba del dolo, la sentencia señala con precisión en su fundamento 5 los elementos objetivos de los que la inferencia parte, y describe cómo se llega a la conclusión a que llega.

Igualmente se rechaza por infundada la presunta vulneración del derecho a un Juez imparcial (la desestimación de la pretensión no autoriza a entender vulnerada la imparcialidad del juez) y las vulneraciones derivadas de la condena en costas de la acusación particular (cuestión de legalidad ordinaria, que no requiere de motivación expresa cuando ésta resulta de las argumentaciones contenidas en la propia sentencia).

13. Por providencia de 23 de mayo de 2000, la Sala Segunda acordó no haber lugar al recibimiento a prueba del presente procedimiento, como había solicitado una de las partes, por no considerarse necesaria para la resolución del recurso. Contra la citada providencia interpuso recurso de súplica la representación procesal de don Joaquín Planelles Ripoll, desestimado, tras los oportunos trámites procesales, mediante Auto de 24 de julio de 2000, reiterando que resultaba inne-

cesario el recibimiento a prueba para la resolución del recurso, a la luz de las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas.

14. El día 31 de mayo de 2002, la representación procesal del recurrente presenta un escrito en este Tribunal, solicitando —al amparo del art. 271 LEC, en relación con el art. 80 LOTC— que se incorpore al recurso de amparo el testimonio del Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2002, por el que se acuerda no autorizar la interposición del recurso de revisión que pretendía formular contra la resolución judicial objeto del presente amparo, por entender que su contenido es esencial para la resolución del amparo.

La pretensión es rechazada mediante providencia de 6 de junio de 2002, sosteniendo la Sala que no era el momento procesal oportuno al encontrarse el recurso concluso y pendiente de señalamiento para su deliberación y votación.

Con fecha 14 de junio de 2002, la representación procesal del señor Verdú Verdú interpone recurso de súplica contra la anterior providencia, volviendo a solicitar la admisión del documento. Tras dar traslado a las partes, y formuladas alegaciones por la representación procesal de don Joaquín Planelles y por el Ministerio Fiscal, la Sala dicta Auto con fecha 15 de julio de 2002, acordando desestimar el expresado recurso de súplica.

15. Por providencia de 26 de septiembre de 2002, se acordó señalar para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 30 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se plantea frente a la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, de 31 de marzo de 1998, que condena en segunda instancia al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida, del que había sido inicialmente absuelto, y contra el Auto de 8 de octubre de 1998, que resuelve el recurso de nulidad de actuaciones interpuesto contra dicha sentencia.

El recurrente articula un total de quince motivos de amparo, en los que denuncia numerosas vulneraciones de los derechos a la tutela judicial efectiva (incongruencia omisiva; indefensión derivada de la falta de traslado de la adhesión a la apelación; violación del derecho a no modificación de una resolución firme; arbitrariedad en la resolución de la cuestión prejudicial y del título; irrazonabilidad en la respuesta dada a la cuestión de las garantías del derecho a la propiedad respecto de los títulos al portador; falta de motivación de la condena en costas), a un proceso con todas las garantías (violación del principio acusatorio, tanto en su vertiente de derecho a ser informado de la acusación, como a la correlación o congruencia entre acusación y fallo; del derecho al juez predeterminado por la ley; del derecho al juez imparcial; de las garantías de inmediación, contradicción y oralidad, al fundamentarse la condena en segunda instancia en una nueva valoración de la prueba testifical a través de las actas, sin haber visto ni oído a los testigos), a la presunción de inocencia (falta de razonamiento y prueba acerca de la ocultación del premio, el acto de apropiación y el dolo) y a la legalidad penal (analogía *contra reo*, al incluir entre las relaciones jurídicas que entran en la descripción del título requerido por el delito de apropiación indebida las derivadas del juego de lotería).

En aras de la claridad expositiva y de proporcionar una respuesta coherente a las alegaciones, que en muchos casos son reiterativas e inciden en distintos

aspectos de una misma cuestión, se responderá conjuntamente a aquellas que presenten conexiones materiales entre sí, desde la perspectiva constitucional que nos compete, prescindiendo del orden y de la denominación —en muchos casos errónea— dada por el recurrente. En concreto, tras el examen con carácter previo de las alegaciones de incongruencia omisiva (FJ 2), nos ocuparemos de las denunciadas vulneraciones de principios rectores del proceso (principio acusatorio —FFJJ 3 a 8—, prejudicialidad civil y Juez predeterminado por la ley —FFJJ 9 y 10—, y derecho a Juez imparcial —FJ 11—), para pasar a continuación a los motivos del recurso con un dominante contenido material (principio de legalidad —FFJJ 12 a 14— y presunción de inocencia —FFJJ 15 y 16—). Finalmente, trataremos de la alegación subsidiaria relativa a las costas (FJ 17).

2. Comenzando por el análisis de los numerosos vicios de incongruencia omisiva que se imputan a las resoluciones judiciales recurridas, es preciso recordar que nuestra jurisprudencia al respecto —por todas, STC 189/2001, de 24 de septiembre, FJ 1— mantiene que «la congruencia exigible, desde la perspectiva del respeto al derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE, comprende la obtención de una respuesta razonada a las pretensiones de las partes, pero no un razonamiento autónomo y pormenorizado a todos y cada uno de los fundamentos jurídicos en que aquellas se sustenten. Y también se ha mantenido constantemente por este Tribunal que las exigencias derivadas de aquel precepto constitucional han de entenderse cumplidas en la denominada motivación implícita y no sólo y necesariamente en la expresa y manifiesta».

Con este canon, debe descartarse la lesión denunciada, pues tanto la Sentencia de apelación como el Auto desestimatorio del incidente de nulidad dieron respuesta a todas las pretensiones del recurrente, cuya queja —como destaca el Ministerio Fiscal— se proyecta, en realidad, no sobre pretensiones procesales, sino sobre meros alegatos argumentales de la defensa del recurrente.

Así, respecto de la presunta vulneración del principio acusatorio, se le responde —como se reconoce en la demanda de amparo, aunque mostrándose disconforme con la respuesta— en los párrafos tercero y cuarto del fundamento jurídico 2 de la sentencia de apelación, como se señala en el Auto de 8 de octubre de 1998. Lo mismo puede sostenerse respecto de la cuestión de la identificación del décimo que se compartía a efectos del premio especial (pues la sentencia considera acreditado que el décimo premiado era el que se había quedado para sí el acusado, como se desprende claramente de los hechos probados y de la fundamentación jurídica), y respecto de los hechos identificadores del título y respecto de la existencia, validez, vinculación y naturaleza del contrato que dio lugar al pacto (a los que se atiende en los fundamentos jurídicos 4 y 5).

Por tanto, el recurrente recibió respuesta a sus pretensiones, no apreciándose vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva. Su disconformidad con las respuestas no le legitima para obviarlas y considerarlas inexistentes, convirtiendo el recurso de amparo —como antes el incidente de nulidad de actuaciones— en una nueva vía de impugnación y pretendiendo una nueva valoración de la prueba por parte de este Tribunal, que le está vedada por el artículo 44.1 b) LOTC.

3. En otra serie de alegaciones, se denuncian diversas vulneraciones del principio acusatorio, tanto en su vertiente de derecho a ser informado de la acusación —en sus aspectos fácticos y jurídicos— como en su vertiente de derecho a la correlación o congruencia entre

acusación y fallo (donde pueden ubicarse los reproches relativos a la introducción de un hecho nuevo, la modificación de hechos probados y la incongruencia *extra petita*).

Hemos sostenido reiteradamente que «forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación» (STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3), derecho que encierra un «contenido normativo complejo» (por todas, SSTC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 13; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4), cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados, para poder defenderse de ella de manera contradictoria [SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3 a); 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2], convirtiéndose en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4). Desde esta primera perspectiva hemos señalado que, a efectos de fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas (por todas, SSTC 174/2001, de 26 de julio, FJ 5), que debe contener «los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito», que es lo que ha de entenderse «por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa» (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6).

La segunda perspectiva del principio acusatorio, cuya vulneración también alega el recurrente, hace referencia a la necesaria correlación que ha de existir entre la acusación y el fallo, impuesta por el deber de congruencia. Nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, entendiéndose por «cosa» en este contexto tanto un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, cuanto «la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos», ya que el debate contradictorio recae «no sólo sobre los hechos sino también sobre la calificación jurídica» (por todas SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación (entre otras, SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 141/1986, de 12 de noviembre, FJ 1; 11/1992, de 27 de enero, FJ 4; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2), no pudiendo el Tribunal «apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse» (SSTC 205/1989, de 11 de diciembre, FJ 2; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2).

Ahora bien, también hemos destacado que la congruencia sólo requiere la identidad del hecho punible y la homogeneidad de las calificaciones jurídicas (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FFJJ 3 y 4; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5) y que lo decisivo para que la posible vulneración del principio acusatorio adquiera relevancia constitucional «no es la falta de homogeneidad formal entre objeto

de acusación y objeto de condena, es decir el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación» (STC 278/2000, de 27 de diciembre, FJ 18).

4. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso enjuiciado requiere un previo examen de las actuaciones judiciales, a fin de constatar los términos en que se formuló la acusación.

El Ministerio Fiscal, en su escrito de conclusiones provisionales, elevadas a definitivas tras la celebración del juicio oral, sostuvo que el acusado «llevaba para su reparto y venta entre sus compañeros décimos de lotería nacional... y así lo venía haciendo todas las semanas durante varios años, existiendo un acuerdo verbal con otro trabajador, Joaquín Planelles Ripoll, consistente en que independientemente del décimo que adquirieran cada uno de ellos si alguno de éstos se premiaba con el premio especial se lo repartirían por mitad. Así, para el sorteo del día 17 de febrero de 1996, el acusado adquirió para vender y repartir de la referida "Filá Els Pilotes" el número 56.262 de la lotería nacional, entregando a Joaquín Planelles Ripoll el décimo con la serie 9.^a fracción 4.^a de dicho número, y reservándose para él mismo el décimo de la serie 9.^a, fracción 8.^a de aquél, resultando agraciado el número 56.262 con el primer premio de la lotería, y concretamente el décimo de la serie 9.^a, fracción 8.^a, con el premio especial dotado con la cantidad de 492 millones de pesetas, circunstancia que el acusado ocultó, no dando cumplimiento al acuerdo referido anteriormente y no entregando la mitad del mismo a Joaquín Planelles tal y como habían pactado y apoderándose del mismo en su propio beneficio. Con posterioridad al sorteo, el acusado negó a Joaquín Planelles haber sido agraciado con el premio especial mencionado». Hechos que considera constitutivos de un delito de apropiación indebida, conforme al artículo 535 en relación al artículo 528 y 529.7 del Código Penal (CP) derogado.

En el escrito de interposición del recurso de apelación, el Fiscal destaca que la sentencia de instancia considera probada la existencia del acuerdo verbal que consistía en jugar a medias el premio especial que recayera en cualquiera de los décimos que tenían uno u otro, circunstancia que el acusado ocultó, incumpliendo el acuerdo y no entregando la mitad del premio. Sin embargo, respecto del hecho cuarto sostiene el Fiscal que «quedó probado como consta en el acta, que esos cuatro décimos no eran suyos... concurriendo en consecuencia el acusado al sorteo con un solo décimo, que fue el apreciado (*sic*) con dicho premio especial». Por tanto, queda acreditado según el Fiscal que existía un acuerdo verbal, con plena validez jurídica, por el que se crea «una especial relación jurídica atípica, y asimilada a una sociedad en la que cada una de las partes aporta un décimo concreto que ha pagado previamente con el dinero de cada uno y en el caso concreto que cualquiera de esa participación fuera dotada con un premio extraordinario, ambas partes resultarían beneficiadas al repartirse por mitad esos beneficios y no solo una de ellas... Así lo reconoce la Sentencia y queda perfectamente acreditado por la numerosa prueba practicada en el acto del juicio oral. Lo reconoció el propio acusado... y lo reconocen

el resto de los trabajadores... y el propietario de un bar que oyó una conversación entre Joaquín y el acusado y éste manifestaba que sí jugaban a medias, pero que a él no le había tocado el dinero». Constatada la existencia del acuerdo, entiende el Fiscal —a diferencia de la sentencia apelada— que el mismo genera una obligación para las partes de compartir la mitad del premio, pues «la mitad de éste no le corresponde en propiedad porque con anterioridad ya se había comprometido a su entrega... y en consecuencia la mitad del premio el que lo recibe lo hace con la obligación de entregarlo a la otra parte y en caso de no hacerlo se ha apropiado indebidamente de esa mitad». Entiende el Fiscal, que concurren todos los requisitos del artículo 535 CP derogado, y en concreto el título que obligaba a la entrega de la cosa.

5. A la vista de lo anterior puede afirmarse, que el Ministerio Fiscal precisó —tanto en el escrito de calificaciones provisionales, como en el escrito de interposición del recurso de apelación— todos los elementos relevantes y esenciales constitutivos del delito de apropiación indebida y que permiten esta calificación jurídica: La existencia de un acuerdo verbal previo con don Joaquín Planelles, cuyo objeto era repartirse por mitad el premio especial con independencia del décimo que adquirieran cada uno de ellos, el incumplimiento del citado pacto por el recurrente, ocultando que su décimo había sido agraciado con el premio especial en el sorteo del día 17 de febrero de 1996 y, en consecuencia, la apropiación de la mitad del premio que no le pertenecía en virtud del pacto. Estos elementos fácticos (existencia, contenido e incumplimiento de pacto) son los únicos relevantes y de ellos se deriva la existencia de un título que obligaba a la entrega de la cosa (la mitad del premio especial) y fundamenta la apreciación del delito de apropiación indebida, como expresamente sostiene el Fiscal y entendió la Audiencia Provincial. El recurrente recibió, por tanto, toda la información precisa para articular adecuada y contradictoriamente su defensa, como puede constatarse en sus alegaciones en el recurso de apelación.

El presunto desconocimiento de ciertas circunstancias fácticas (acto de recepción de la cosa, momento en que se produjo, título en virtud del cual se recibe, momento en que comenzó el pacto, fecha de renovación...) —por lo demás, irrelevantes para la calificación jurídica— debe rechazarse, pues del examen del escrito de calificación del Ministerio Fiscal, del acta del juicio oral, y del escrito de interposición del recurso de apelación por el Fiscal y de las alegaciones frente al mismo, se desprende que todos estos extremos fueron conocidos por el acusado y objeto de debate procesal, tanto en primera como en segunda instancia.

En conclusión, podemos afirmar que no se produjo vulneración alguna del principio acusatorio en su vertiente de derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, ni en sus aspectos puramente fácticos, ni en relación con el título hábil para crear el presupuesto del delito de apropiación indebida.

6. Respecto de la segunda vertiente del principio acusatorio analizada (correlación entre acusación y fallo), ha de destacarse en primer lugar que no es cierto como sostiene el recurrente que el Fiscal formalizara su recurso basándose exclusivamente en la infracción de ley, sin solicitar alteración probatoria.

En ningún momento aparece tal expresión en el escrito del Ministerio Fiscal y toda su argumentación hace referencia tanto a cuestiones fácticas, como jurídicas. Respecto a las primeras, se refiere el Fiscal a la ine-

quívoca existencia del pacto, que entiende reconocida por la sentencia y perfectamente acreditada por la prueba practicada en el acto del juicio oral, destacando que el propio acusado lo reconoció. En segundo lugar, se analiza el hecho cuarto de la sentencia apelada en los siguientes términos: «Refiere también la sentencia que el acusado llevaba además otros cuatro décimos del número agraciado, si bien no especifica y ello quedó probado, como consta en el acta que esos cuatro décimos no eran suyos... concurriendo, en consecuencia, el acusado al sorteo referido con un sólo décimo que fue el apreciado (*sic*) con dicho premio especial». Finalmente, se solicita una valoración distinta de los hechos probados que permitiera subsumirlos en el delito de apropiación indebida, en la medida en que de la existencia y contenido del pacto podía afirmarse la existencia de título.

De forma perfectamente congruente con la acusación, la sentencia de apelación mantiene los hechos probados de la de instancia, suprimiendo la equívoca expresión «al parecer» (pues la existencia del pacto está probada, «por la prueba testifical sometida a contradicción en el juicio oral, que viene a ratificar lo que ya se había manifestado en la fase de instrucción y así se estima en la sentencia apelada») y el hecho cuarto, ateniéndose a lo solicitado por el Ministerio Fiscal. Por tanto, no existió incongruencia *extra petita* en la modificación de los hechos probados, ni puede sostenerse que la supresión formal del hecho cuarto afectase a la esencia incriminatoria de los hechos probados ni que fuera sorpresiva, ni que el condenado no pudiera defenderse de ella, pues en su escrito de impugnación del recurso de apelación efectivamente lo hizo, no apreciándose, en consecuencia, indefensión alguna.

7. Por otra parte, tampoco es cierto —como pretende el recurrente que falte identidad del hecho punible entre la acusación y el fallo, y que se haya producido una modificación de los términos del debate, derivada de la modificación de hechos probados.

El debate se trabó, tal como queda fijado en el escrito de calificación definitiva del Fiscal, y se mantiene en la apelación, en torno a la existencia de un acuerdo verbal entre el recurrente y don Joaquín Planelles, cuyo objeto era repartirse por mitad el premio especial con independencia del décimo que adquirieran cada uno de ellos. En relación con el concreto décimo a que se refería el pacto, expresamente afirma el Fiscal en el recurso de apelación que el acusado concurrió al sorteo con un único décimo, que fue el agraciado con el premio especial. Todos estos hechos fueron conocidos por el recurrente, debatidos e impugnados, como se deduce del contenido del acta del juicio oral y, sobre todo, del escrito de impugnación al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, en el que expresamente se combate tanto el alcance del pacto y su trascendencia obligacional, como que el recurrente jugara un único décimo.

Pues bien, en la Sentencia condenatoria no se produce ninguna modificación de los términos del debate, ya que en el fundamento segundo se afirma que el pacto consistía «en que, independientemente del décimo que adquirieran cada uno de ellos (Joaquín Planelles y el acusado) si alguno de estos se premiaba con el premio especial se lo repartirían por mitad»; en el fundamento cuarto se dice que la existencia del citado pacto está plenamente acreditada, por la prueba testifical sometida a contradicción en el juicio oral, «y así se estima en la sentencia apelada», y finalmente, porque el fundamento quinto considera que del citado pacto se deriva un título meramente posesorio respecto de la mitad del

premio, que generaba una obligación de entrega, cuyo incumplimiento determina la existencia del delito.

En conclusión, puede constatarse una adecuada correlación entre la acusación y el fallo, no existiendo elementos de hecho de los que el acusado no haya podido defenderse en un debate contradictorio con la acusación, sin que la adición en los hechos probados de elementos no esenciales para el hecho punible (como es la existencia de un proceso civil en el que se reclama al ahora recurrente la mitad del premio especial) haya producido una alteración esencial de los términos del debate (STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 8).

8. En conexión con las anteriores alegaciones, debe rechazarse igualmente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, derivado de la admisión de las pretensiones del apelante adhesivo, sin que el acusado haya podido defenderse de las mismas.

Este Tribunal ha señalado que las cuestiones relativas al alcance y contenido de la adhesión a la apelación constituyen una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria, cuya apreciación es competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales ordinarios —*ex art. 117.3 CE*— en la que no debe interferir, salvo que de ella se derive lesión de derechos fundamentales. Hemos admitido que, con motivo de la adhesión a la apelación, el órgano judicial amplíe su cognición a extremos no contenidos en la apelación principal, si bien supeditando la regularidad de tal situación procesal, desde la perspectiva constitucional, a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas contenidas en la impugnación adhesiva, a fin de garantizar las posibilidades de defensa (por todas, SSTC 162/1997, de 3 de octubre, FFJJ 3 y 4; 56/1999, de 12 de abril, 16/2000, de 16 de enero; 93/2000, de 10 de abril, FJ 4). Para ello, no es óbice que el artículo 795.4 LECrim no prevea que se dé traslado del escrito de adhesión, «pues la necesidad de tal trámite resulta de una interpretación de la norma a la luz de los preceptos y principios constitucionales, al ser obligado preservar el principio de defensa en el proceso según lo dispuesto en el artículo 24.1 CE» (STC 93/2000, de 10 de abril, FJ 4).

Ahora bien, en el presente caso, frente a lo que sostiene el recurrente y como acaba de señalarse, no es cierto que el recurso del Ministerio Fiscal se interpusiera exclusivamente por infracción de ley y que la modificación de hechos probados se deba a la estimación de pretensiones autónomas del apelante adhesivo, de las que no pudo defenderse. La adhesión a la apelación no hace sino reproducir la argumentación del Fiscal, en el sentido de que el pacto existió y estaba probado, que generaba la obligación de entregar la mitad del premio y que era título idóneo a los efectos del delito de apropiación indebida, sin introducir pretensión autónoma alguna, ni en lo referente a los elementos del delito de apropiación indebida, ni en relación con la cuestión de la responsabilidad civil; por otra parte, el escrito de adhesión tampoco añade nada en cuanto a la existencia de un pleito civil en el que un primo del ahora recurrente en amparo le reclamaba la mitad del premio, hecho éste que se encuentra expresamente recogido en el último párrafo del recurso de apelación del Ministerio Fiscal.

Y la sentencia condenatoria no se extralimitó respecto de lo solicitado por el Ministerio Fiscal en sus escritos de conclusiones definitivas y de apelación, no pudiendo apreciarse, por tanto, indefensión derivada de la admisión de la adhesión a la apelación y de la falta de traslado de la misma, pues ni ésta formuló pretensiones distintas a las del Ministerio Fiscal, ni la sentencia condenatoria

amplió su cognición a extremos no contenidos en la apelación principal.

9. Se analizarán a continuación dos alegaciones referidas a presuntas vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con la conexión de la cuestión enjuiciada con pronunciamientos realizados en la jurisdicción civil en relación con los derechos sobre el premio especial.

En primer lugar, se denuncia que la modificación de hechos probados introduce una referencia a un proceso civil pendiente, vinculando el procedimiento penal al civil, en contra de una resolución firme previa (Auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Elda, de 13 de enero de 1997, que declara que no existe conexión entre ambos procedimientos). Se denuncia también que la sentencia penal declara probado que el acusado sólo jugaba un décimo de lotería, en contra de lo establecido por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Elda, de 15 de julio de 1997, que declara probado que el acusado tenía en propiedad al menos dos décimos.

Esta pretendida vulneración, aparte de carecer de fundamento, es contradictoria. Pues, por una parte, se denuncia que la Sentencia recurrida establece una vinculación entre los procedimientos civil y penal, en contra de una resolución firme anterior, y por otra, se pretenden utilizar los hechos probados de la sentencia civil como argumento en contra de lo afirmado en el proceso penal.

En todo caso, debemos afirmar que no es cierto que el Tribunal de apelación se pronuncie sobre una situación jurídica ya resuelta en resolución judicial firme. El Auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Elda no declara la no vinculación de los procedimientos civil y penal con carácter absoluto, sino que se limita a resolver acerca de la solicitud de suspensión del pleito civil, denegándola, porque no le consta que se trate del mismo hecho y porque no se cumplen los requisitos que para la suspensión exige el artículo 514 LEC. Por tanto, en modo alguno enerva la firmeza de esta resolución el que en los hechos probados de la Sentencia condenatoria recurrida en amparo se dé cuenta de la existencia de un procedimiento civil pendiente, ni que el mismo se tenga presente —en el fundamento sexto y en el fallo de esta resolución—, a los efectos de cuantificar la responsabilidad civil.

En cuanto a la denunciada contradicción entre los hechos declarados probados por la sentencia civil y la recurrida, debe señalarse que el propio recurrente reconoce que la citada resolución judicial no era firme en el momento en que se dicta la sentencia condenatoria penal. A lo que ha de añadirse que la sentencia de apelación rechazó la cuestión de la prejudicialidad civil de forma motivada, razonada y razonable —como se analizará a continuación—, por lo que el Tribunal penal que resolvía el recurso de apelación no estaba vinculado por el contenido de las reclamaciones existentes en el orden civil.

De todo lo anteriormente expuesto, cabe concluir que no se ha producido la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

10. En segundo lugar, de forma contradictoria con la anterior pretensión, sostiene el recurrente que la respuesta dada por la Sentencia condenatoria a la cuestión prejudicial es arbitraria y que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y al Juez predeterminado por la ley, por no haber suspendido el procedimiento penal, en espera de la resolución del procedimiento civil, por cuanto el Juez natural para conocer de la cuestión del título era el Juez civil.

Carece de todo fundamento la pretensión relativa al derecho al Juez predeterminado por la ley. Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2). Pero esta garantía no supone el derecho a un Juez determinado en concreto (STC 97/1987, de 10 de junio, FJ 4) ni excluye, en principio, la posibilidad de establecer reglas especiales de competencia en la distribución de los asuntos entre los distintos órganos judiciales. La noción constitucional de Juez ordinario predeterminado por la ley no se concreta en el establecimiento legislativo de unas competencias en general, sino que se integra normalmente de aquellas disposiciones legales que derogan o alteran esa competencia general (STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 3). La parte confunde, por tanto, una cuestión de competencia o prejudicialidad con la predeterminación del Juez legal garantizado en el artículo 24.2 CE.

Respecto de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el instituto de la prejudicialidad, hemos sostenido (SSTC 171/1994, de 7 de junio, FJ 4; 30/1996, de 27 de febrero, FJ 5; 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 59/1996, de 4 de abril, FJ 2; 102/1996, de 11 de junio, FJ 3, 89/1997, de 5 de mayo, FJ 3; 190/1999, de 25 de octubre, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 6) que no existiendo norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un concreto orden jurisdiccional el conocimiento de una cuestión prejudicial, corresponde a cada uno de ellos, en el ejercicio independiente de la potestad que les confiere el artículo 117.3 CE, decidir si se han cumplido o no los presupuestos de las pretensiones que ante ellos se ejercitan y que, como regla general, carece de relevancia constitucional que puedan producirse resultados contradictorios entre resoluciones de órganos judiciales de distintos órdenes, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado, bajo ópticas distintas, unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales.

En el presente caso la sentencia de apelación se pronuncia expresamente sobre el tema en el fundamento jurídico 2 donde —tras afirmar que, en todo caso, el planteamiento de la cuestión prejudicial debió hacerse con carácter previo al inicio del juicio y no se hizo, por lo que su alegación resultaría ahora extemporánea— considera de aplicación el artículo 3 LECrim, por tratarse de una cuestión «íntimamente relacionada con los hechos que constituyen el objeto del proceso penal» —es decir, de una cuestión fáctica y no jurídica—, añadiendo que, de otro modo, «en todos los supuestos de apropiación indebida cabría plantear una cuestión prejudicial suspensiva para determinar si existía título y la naturaleza de este título, determinante de la tenencia del dinero o cosa mueble, que el Código no reduce a un *numerus clausus*, sino que sigue un claro signo de *numerus apertus*».

Por tanto, el recurrente recibió por parte del órgano judicial una respuesta a su pretensión respecto de la cuestión prejudicial, motivada, fundada en una interpretación de la legalidad y de sus competencias que no puede tacharse de irrazonable o arbitraria, por lo que no puede apreciarse en su rechazo vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva.

11. Se alega también por el recurrente la ausencia de imparcialidad objetiva de los Magistrados de la Audiencia Provincial que resolvieron el incidente de nulidad de actuaciones en el Auto de 8 de octubre de 1998 y a quienes había recusado.

En relación con este extremo, este Tribunal ha incluido la garantía de imparcialidad objetiva, que debe presidir el desarrollo del proceso, entre las garantías del proceso debido, reconocido como derecho fundamental en el artículo 24.2 CE —por todas, STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 2 y las allí citadas—, destacando que su sentido constitucional no es otro que asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma «sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo que pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso» (SSTC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4).

Por tanto, la alegación del recurrente es manifiestamente infundada, pues dicha garantía en absoluto se ve cuestionada porque el órgano judicial, una vez que ha tomado ya una decisión sobre el fondo, deba resolver sobre un remedio incidental, por estar así legalmente previsto, como ocurre con el incidente de nulidad de actuaciones (art. 240.3 LOPJ). Un incidente cuya finalidad es, precisamente, que el Juez o Tribunal que dictó la sentencia o resolución firme a la que se imputan vicios de incongruencia o defectos de forma causantes de indefensión, pueda reconsiderar lo actuado y subsanar, en su caso, los vicios o defectos producidos, por lo que necesariamente ha de ser tal órgano el que actúe, sin que el hecho de haber pronunciado una resolución previa suponga en tal caso —como ya dijimos en la STC 157/1993, FJ 3— un impedimento frente a la imparcialidad constitucionalmente exigida al juzgador. Por ello, nuestro control respecto de la resolución judicial que resuelva el incidente podrá referirse al contenido de la misma —lo que ya hicimos en el fundamento jurídico segundo—, pero no a la falta de imparcialidad del Juez o Tribunal que la dicta, derivada del hecho de que sea el mismo que resolvió sobre la cuestión de fondo cuyos vicios se le pide que subsane.

12. Se analizará a continuación la alegada vulneración del principio de legalidad y, en conexión con ella, la del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho de propiedad. Sostiene el recurrente que la inclusión entre las relaciones jurídicas, que entran en la descripción del «título» requerido por el delito de apropiación indebida, de las derivadas del juego de lotería constituye una aplicación analógica *contra reo* del precepto más allá de los límites de la interpretación. Además, imputa a dicha interpretación la transmutación de la propiedad en posesión, con infracción de las garantías del derecho de propiedad respecto de los títulos al portador.

Ciertamente, nuestra jurisprudencia en relación con el principio de legalidad viene sosteniendo que la garantía material de certeza derivada del mismo tiene implicaciones, no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales, que en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales se encuentran en situación de sujeción estricta a la ley penal (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2), estándoles vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; AATC 3/1993, de 11 de enero, FJ 1; 72/1993, de

1 de marzo, FJ 1), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan.

Precisando nuestro canon de control de constitucionalidad, cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad, cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 12; 126/2001, de 4 de junio, FJ 4). También hemos precisado que resulta ajeno al contenido de nuestra jurisdicción decidir la interpretación última o más correcta de entre las posibles de una norma, limitándose nuestro control a verificar la previsibilidad de la norma conforme a las reglas antes expuestas (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 12; 126/2001, de 4 de junio, FJ 4).

13. La aplicación del canon que acaba de exponerse al supuesto enjuiciado permite concluir que no puede imputarse a la sentencia condenatoria la vulneración del principio de legalidad por aplicación analógica del tipo de la apropiación indebida.

Considera la sentencia, en su fundamento jurídico 3, respecto de los títulos que permiten la comisión del delito de apropiación indebida, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, que «dado el carácter abierto de la fórmula utilizada por el precepto, caben también aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna categoría jurídica de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver». A partir de esta constatación, en el fundamento jurídico 5 se afirma lo siguiente: «Partiendo de la existencia del pacto sobre el premio especial que se declara terminantemente probado, estamos ante un título que no atribuye al acusado la propiedad de la totalidad del premio especial de la lotería, sino de un título posesorio que en virtud del pacto entre el acusado y Planelles obligaba al primero a entregar la mitad del premio especial por él obtenido. Se trata de un acuerdo verbal pero con plenitud de efectos jurídicos, sobre ganancias futuras en el caso de que se cumpla la condición establecida, consistente en que el número que jugaba fuese agraciado con el premio especial como así ocurrió. En virtud de este pacto el acusado estaba obligado a dar al premio especial el destino previamente pactado y abusando de la confianza existente entre ambos, y en que no existía acuerdo escrito... y que el acusado estaba en posesión del décimo premiado, transmuta la posesión legítima del décimo que le permitió cobrar el premio especial, en propiedad ilegítima de su total importe, y como el título derivado del pacto no le atribuía la propiedad de todo el premio, el acusado al no cumplir el acuerdo existente, ...apropiándose de un dinero que no era suyo, incurrió en el delito de apropiación indebida».

Esta interpretación del elemento «título» ni se aparta del tenor literal del precepto (sino que se ciñe estrictamente a él, pues el artículo 535 CP decía literalmente, tras una enumeración de contratos típicos, «o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos»), ni resulta extravagante de acuerdo con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, ni emplea métodos interpretativos no aceptados por la comunidad jurídica (pues, tanto desde una perspectiva lógico-sistemática, como teleológico-valorativa es perfectamente admisible concluir que título idóneo para el delito de apropiación indebida es todo aquél que genera obligación de entregar o devolver, de forma que si se incumple la obligación, se produce una apropiación de aquello que no le pertenecía), ni se aparta de la interpretación usual del Tribunal Supremo en materia de apropiación indebida (en la que está presente de forma continua la idea de transmutación de la legítima posesión en ilegítima propiedad), y en concreto en materia de apropiación de dinero. Por tanto, desde todas las perspectivas de análisis puede concluirse que la interpretación de la norma encaja en el tenor literal del precepto y era previsible, por lo que no ha existido vulneración del artículo 25.1 CE.

14. Igualmente debe rechazarse la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con las garantías del derecho a la propiedad que se imputa a la citada interpretación, pues la misma no sólo es conforme al tenor literal de la ley y previsible, sino también razonable, sin que pueda derivarse de ella —como pretende el recurrente— la puesta en cuestión de la propiedad de los títulos al portador, ni la transmutación de la propiedad legítima de un título al portador en posesión por la simple declaración testimonial. Nada dice la sentencia al respecto, limitándose a señalar que, en virtud del pacto, el recurrente estaba obligado a entregar la mitad del premio a un tercero y que, por tanto, respecto de esa cantidad, existió delito de apropiación indebida.

Por otra parte, la respuesta del Auto de 8 de octubre de 1998, entendiendo que esta alegación está fuera de los límites del incidente de nulidad de actuaciones, no puede considerarse irrazonable, pues la Sala entiende que constituye una pretensión revisoria de la Sentencia firme (al tratarse de un argumento más respecto de la pretensión central de negar la concurrencia de título idóneo para el delito de apropiación indebida).

15. Bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia, denuncia el recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial fundamenta su condena en una nueva valoración de la prueba testimonial, a través de las actas y sin la necesaria inmediación, de la que sí gozó el Juez de lo penal que inicialmente le absolvió, y sin que dicha valoración se hubiera solicitado en la apelación. Insiste el recurrente en que una nueva valoración no era posible sin que el Tribunal de apelación hubiera visto y oído de nuevo a los testigos, bajo los principios de inmediación, contradicción y oralidad, puesto que se trataba de determinar la existencia de un pacto o contrato verbal, elemento clave para la condena, a partir de las citadas declaraciones.

Antes de entrar en el análisis de esta alegación, conviene señalar que, caso de producirse, la vulneración de las garantías de inmediación, contradicción y oralidad afectaría, en primer término, al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE y 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales) y sólo de forma derivada al derecho a la presunción de inocencia, en la medida en que las pruebas en que se sustenta la condena no

se hayan practicado de conformidad con la citada garantía.

Ciertamente, si se hubiera procedido a condenar en segunda instancia, modificando los hechos probados de la sentencia absolutoria de instancia, sobre la base de una nueva valoración de la prueba testifical en relación con un pacto verbal de cuya existencia o no se hace depender la condena, sería de aplicación al presente supuesto la doctrina recientemente establecida por el Pleno de este Tribunal (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9, 10 y 11), que modificando la doctrina anterior en relación con las exigencias constitucionales del proceso justo en fase de apelación, en concreto respecto de las garantías de publicidad, intermediación y contradicción, para adecuarla a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías «al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de intermediación y contradicción» (FJ 11).

Sin embargo, en relación con el ámbito de aplicación de la citada Sentencia, conviene hacer las siguientes precisiones. En primer lugar, que lo anteriormente expuesto se predica del problema planteado y examinado en el caso concreto: «Si el órgano de apelación podía proceder a revisar y corregir la valoración y ponderación que el órgano judicial de instancia había efectuado de las declaraciones de los acusados, sin verse limitado por los principios de intermediación y contradicción. O formulado en términos de más directa constitucionalidad, la cuestión es si en el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), entre las que se integra la exigencia de intermediación y contradicción, puede encontrarse un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir del recurso de apelación», en un supuesto en que «nos hallamos ante una sentencia absolutoria en la primera instancia, que es revocada en la apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria» (FJ 9).

En segundo lugar, que al analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la citada Sentencia sostiene expresamente que «no se puede concluir... que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del artículo 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de las cuestiones a juzgar» (FJ 10). Y, por último, que al resolver el caso concreto, destaca que, «la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que se hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además en este caso... debía valorar y ponderar las declaraciones incriminatorias prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpatorias que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que... el respeto a los principios de intermediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigían que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación» (FJ 11).

Pues bien, las circunstancias del presente caso son muy diferentes a las de aquél. Es indiscutible que el Tribunal de apelación tenía que resolver sobre la cuestión de la culpabilidad o inocencia del demandante de amparo y es el primero en condenarle, lo que nos situaría, en principio, en el grupo de casos en los que sería necesario oír personalmente al acusado conforme a la jurisprudencia del Tribunal europeo; ahora bien, lo cierto es que la condena no se fundamenta en una nueva valoración acerca de la credibilidad del propio acusado o de la prueba testifical, sino en la distinta valoración jurídica de un hecho documentado en los autos y de cuya existencia parte la Sentencia de instancia al realizar la fundamentación jurídica.

En efecto, de la lectura en su conjunto de la sentencia de 30 de octubre de 1997 se desprende con claridad que el Juez de lo Penal considera probado que el ahora demandante de amparo y el señor Planelles Ripoll habían llegado al acuerdo verbal consistente en «ir a medias» en caso de que tocara el premio especial, y que cuando esto ocurrió el acusado ocultó esta circunstancia «no dando cumplimiento al acuerdo referido anteriormente y no entregando la mitad del mismo a Joaquín Planelles» (hecho tercero). Ciertamente al comienzo del hecho segundo consta la expresión «Al parecer», que fue suprimida por la sentencia condenatoria. Pero con ello no se modifica en ningún aspecto esencial lo considerado probado por la sentencia de instancia, limitándose la Audiencia a aclarar o dar coherencia a la misma, que con la introducción de esa expresión en los hechos probados podría hacer pensar que no considera probada la existencia del pacto (cuando tal expresión parece referirse más bien al origen del pacto unos años antes y no a la existencia del mismo), pero posteriormente en el hecho tercero y, sobre todo, en la fundamentación jurídica, parte indubitadamente de la existencia del pacto de «ir a medias» en caso de que tocara el premio especial, «promesa de compartir el premio especial ...[que] podría ser calificada de obligación unilateral, lo cual no obliga a realizar la prestación acordada» (FJ 4).

Por tanto, al margen de la posible incoherencia o contradicción interna de la Sentencia de instancia y del problema de motivación de ello derivado, que no se cuestiona en el presente procedimiento, lo cierto es que la existencia del acuerdo verbal y su incumplimiento son el sustrato fáctico del que parte la sentencia absolutoria, que quedó acreditado sobre la base —sostienen el Fiscal y la sentencia de apelación— de la prueba practicada y sometida a contradicción en el juicio oral. Las referencias y el análisis de la prueba testifical que realiza la Sentencia de apelación en su fundamento jurídico cuarto no suponen una nueva valoración de la misma a partir de la cual se fundamenta una modificación de los hechos probados, sino la confirmación de que, sobre la base de esa prueba, el hecho quedó plenamente probado y que así se estima en la sentencia de instancia.

A partir de estos hechos probados, la sentencia condenatoria procede, en el fundamento quinto, a realizar una distinta valoración jurídica, considerando que de los mismos puede deducirse la existencia de título idóneo para el delito de apropiación indebida y rechazando la argumentación de la Sentencia apelada, en el sentido de que la obligación derivada del pacto no era unilateral, sino recíproca. Por tanto, puede afirmarse que el núcleo de la discrepancia entre las dos resoluciones es una cuestión estrictamente jurídica, para cuya valoración no era necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal podía decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado y que, por tanto, no se ha producido la denunciada vulneración de la garantía de intermediación, ni del derecho a un proceso justo, ni de la presunción de inocencia.

Esta conclusión es conforme tanto con la nueva doctrina de este Tribunal, como con la jurisprudencia del Tribunal europeo. En efecto, tras la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, el Tribunal ha precisado su doctrina, entre otras en STEDH 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia, donde sostiene que, a diferencia de lo que sucedía en el caso Ekbatani, en que «para la Corte de apelación la cuestión crucial concernía a la credibilidad de las dos personas implicadas» y «después de un examen de las circunstancias del caso, la Corte decidió que la cuestión de la culpabilidad o inocencia del señor Ekbatani no podía ser decidida sin una declaración directa dada en persona por el demandante y el reclamante» (párrafo 28), en el caso de la apelación del señor Andersson (párrafo 29) «no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos», por lo que declara que no hay violación del artículo 6.1 del Convenio (en el mismo sentido, STEDH de 29 de octubre de 1991, caso Fej de c. Suecia). E incluso en los supuestos de condena en segunda instancia, tras absolucón en primera, pese a lo que aparentemente sostienen las SSTEDH 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania, y 25 de julio de 2000, caso Tierce y otros c. San Marino, las peculiaridades de estos supuestos hacen que la doctrina en ellos establecida no pueda generalizarse a todos los supuestos de primera condena en segunda instancia, sino que, como expresamente se afirma en ambas Sentencias (párrafos 53 y 97, respectivamente), la justificación de una excepción al principio de la necesidad de debate público en apelación con presencia del acusado depende «sobre todo de la naturaleza de las cuestiones sometidas al juez de apelación».

16. Alega también el recurrente otras vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, derivadas de la falta de razonamiento y prueba acerca de la ocultación del premio, del acto de apropiación y del dolo.

Pues bien, frente a lo alegado, cabe afirmar que existe suficiente prueba de cargo válida acerca de todos los elementos esenciales del delito de apropiación indebida, en la interpretación que del tipo penal y de sus elementos realiza el Tribunal sentenciador, de la que cabe inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. Y, más allá del control externo de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante, no corresponde a este Tribunal revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, pues este Tribunal no es una tercera instancia (por todas, STC 278/2000, 27 de noviembre, FJ 9).

En primer lugar, en el fundamento jurídico 4 se constata la existencia de una abundante prueba testifical acerca de la existencia del pacto, el objeto y el alcance del mismo. A partir de esta constatación, mediante inferencias razonables y fundadas en Derecho, en el fundamento jurídico 5 se declara la existencia del «título» válido a los efectos del delito de apropiación (pues el pacto obligaba a dar al premio especial el destino previamente pactado, esto es, contenía la obligación de entregar a la que se refiere el tipo) y del acto de apropiación, que se produce según la Audiencia Provincial por el incumplimiento del acuerdo, «negando primero que hubiese sido agraciado con el premio especial, aun reconociendo la existencia del pacto, y posteriormente negando el pacto, apropiándose de un dinero que no era suyo». Por tanto, puede afirmarse que todos los elementos objetivos del delito de apropiación indebida se encuentran debidamente acreditados a partir de la prueba practicada en el acto del juicio oral.

En cuanto a la prueba del dolo y a la falta de explicación de los indicios de los que se infiere su existencia,

conforme a lo exigido por nuestra jurisprudencia en materia de prueba indiciaria (SSTC 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre; 24/1997, de 11 de febrero; 189/1998, de 28 de septiembre; 220/1998, de 16 de noviembre; 44/2000, de 14 de febrero; 124/2001, de 4 de junio), también debe rechazarse la vulneración alegada, pues la existencia del dolo se infiere claramente de hechos plenamente acreditados (la existencia del pacto y su conocimiento por parte del recurrente, el negar inicialmente haber recibido el premio especial, la negativa posterior del pacto y el incumplimiento del mismo), a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas de la lógica y la experiencia, explicitado en el fundamento jurídico 5 de la sentencia condenatoria, del que se desprende con claridad —aunque no se emplee explícitamente la palabra dolo— que la actuación que se imputa al recurrente era dolosa.

17. Finalmente, y de forma subsidiaria, se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de las resoluciones recurridas en cuanto a la condena en costas, que se extiende a la acusación particular, incluidas las de la primera instancia, pese a que presentó su escrito fuera de plazo, privilegiando a la acusación particular e infringiendo el principio de igualdad ante la ley.

Reiteradamente hemos afirmado que el Tribunal Constitucional no puede entrar a examinar la corrección o incorrección de la decisión adoptada sobre la imposición de costas, por pertenecer esta decisión al ámbito de la legalidad ordinaria (por todas, SSTC 134/1990, de 19 de julio, FJ 5; 190/1993, de 14 de junio, FJ 4), por lo que su imposición no implica lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva, sino ejercicio de la función que el órgano judicial tiene encomendada en el artículo 117 CE, siempre que se adopten en una resolución motivada y no arbitraria. La simple disconformidad del actor con tal razonamiento judicial, con su corrección o acierto, o el hecho de que la decisión a que el mismo conduzca sea contraria a las pretensiones del recurrente, no implica lesión alguna del derecho fundamental que protege el artículo 24.1 CE ni, como tantas veces se ha dicho, permite a este Tribunal su revisión cual si de una nueva y superior instancia judicial se tratase.

A fin de analizar la razonabilidad de esta decisión, debe recordarse, en primer lugar, que la admisión del escrito de la acusación particular una vez transcurrido el plazo es un defecto procesal que en sí mismo no es causante de indefensión y que, en todo caso, debería haber dado lugar a la oportuna protesta al comienzo del juicio oral, como advierte el Auto de 8 de octubre de 1998. Por otra parte, la admisión de la adhesión a la apelación se basa en una interpretación razonable del artículo 795.4 LECrim, y de la misma no se deriva lesión de derechos fundamentales, como ya se analizó, por lo que no es revisable en esta sede.

Una vez admitida como parte en la primera instancia la acusación particular y condenado penalmente en segunda instancia el acusado, la condena en costas —incluidas las de la acusación particular en primera instancia— tiene base legal en el artículo 123 CP («Las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta»), en relación con los artículos 239 y 240.2 LECrim, y se fundamenta en la sentencia condenatoria (FJ 7) con un argumento que no puede calificarse de arbitrario o irrazonable y que coincide con la doctrina jurisprudencial al respecto: La coincidencia entre las pretensiones del acusador particular y las del Ministerio Fiscal y su estimación en la Sentencia. Literalmente se dice: «Las costas se imponen por ministerio de la ley al responsable de todo delito o falta, por lo que se imponen al acusado

las costas procesales de primera instancia, con inclusión de las causadas por la acusación particular al ser conforme la acusación particular ejercitada con la acusación pública y con la sentencia». En conclusión, la decisión tiene fundamento legal y se motiva de modo razonable en la resolución judicial recurrida, por lo que no puede apreciarse en la misma vulneración del derecho 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

Denegar el amparo solicitado por don Leopoldo Verdú Verdú.

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

Dada en Madrid, a treinta de septiembre de dos mil dos.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo número 4677/98

I) En uso de la facultad prevista en el artículo 90.2 LOTC formulo por medio de este Voto mi discrepancia respecto del criterio mayoritario de la Sala en que se basa la sentencia, expresando, ello no obstante, mi sincero respeto personal a los Magistrados que con su voto han dado lugar a la misma.

Creo que la Sentencia de la que disiento se separa de la doctrina de la recientísima sentencia del Pleno de 18 de septiembre de 2002, STC 167/2002.

La sentencia objeto de mi discrepancia afirma en su fundamento jurídico 15 que «si se hubiera procedido a condenar en segunda instancia, modificando los hechos probados de la Sentencia absolutoria de instancia, sobre la base de una nueva valoración de la prueba testifical en relación con un pacto verbal de cuya existencia o no se hace depender la condena, sería de aplicación al presente supuesto la doctrina recientemente establecida por el Pleno de este Tribunal (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9, 10 y 11)».

Pues bien, frente al criterio de la sentencia mayoritaria, estimo que eso es precisamente lo que se ha hecho en la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida en amparo, y por ello la doctrina de nuestra referida Sentencia debería haberse aplicado a este caso, para otorgar el amparo pedido.

Si se comparan la Sentencia del Juzgado de lo Penal recurrida en el proceso penal y la de la Audiencia Provincial, se comprueban diferencias entre las mismas, que no tienen la insignificancia que nuestra sentencia les atribuye, sino que se refieren al núcleo esencial de la cuestión penal a resolver.

Aunque mi discrepancia de la Sentencia mayoritaria se refiere primordialmente a lo razonado en su fundamento jurídico 15, para poder justificarla es necesario partir de una discrepancia anterior referida a los fundamentos jurídicos 6 y 7 de la sentencia, que además, por sí misma tiene entidad suficiente para fundar el otorgamiento del amparo. Desde el prisma conceptual de

la incongruencia *extra petita*, y para rechazarla, se hacen consideraciones en esos fundamentos jurídicos que no puedo compartir, consideraciones con las cuales se establecen los elementos de base para la ulterior comparación del caso con el decidido en la sentencia del Pleno, afirmando después en el fundamento jurídico 15 la diversidad entre ellos.

II) Se dice en el fundamento jurídico 6 aludido, que «no es cierto como sostiene el recurrente que el Fiscal formalizara su recurso basándose exclusivamente en la infracción de ley, sin solicitar alteración probatoria». Y para fundar esa contundente negativa se dice inmediatamente que «en ningún momento aparece tal expresión en el escrito del Ministerio Fiscal y toda la argumentación hace referencia tanto a cuestiones fácticas, como jurídicas», pasando a continuación a seleccionar algunas de las consideraciones fácticas contenidas en el escrito de apelación del Ministerio Fiscal.

Creo que las expresiones entrecomilladas reflejan una apreciación del recurso del Ministerio Fiscal aludido, que no me parece acertada. Por el contrario, estimo que sí lo era la apreciación del recurrente en amparo.

Es tan cierto que en el recurso no aparece «tal expresión» (la relativa a que el recurso se basaba exclusivamente en la infracción) como que, pese a ello, el sentido del recurso era el indicado por el recurrente en amparo.

El único medio para comprobarlo es la lectura del mismo. En todo caso, tan cierta como la afirmación de nuestra sentencia de que no aparece «tal expresión» en el escrito del Fiscal, es la de que tampoco en él se hace ninguna solicitud de «alteración probatoria», lo que de nuevo se confirma con la lectura de aquél.

Y creo que es precisamente ese dato negativo (el de que no se solicitase la alteración de los hechos probados), el relevante para decidir si podía, o no, la Audiencia Provincial modificar los hechos probados, como efectivamente los modificó, según razonaré más adelante.

Es innegable que en el escrito del Ministerio Fiscal «toda su argumentación hace referencia a cuestiones tanto fácticas, como jurídicas». Ocurre, no obstante, que el hecho de que se mezclen tales consideraciones, para apoyar los que el Ministerio Fiscal toma como hechos probados de la sentencia recurrida, no puede equivaler en modo alguno a un planteamiento de revisión de dichos hechos.

La lectura del escrito referido pone de manifiesto que lo que se hace en él, es reforzar los que se afirma que son hechos probados de la sentencia, y concretar su pretendida base probatoria, para salir al paso de los planteamientos del acusado en el proceso, absuelto en la primera instancia, que obviamente le constaban al Ministerio Fiscal, parte en aquél.

El centro de gravedad de la imputación de apropiación indebida se situaba en el hecho de que existiera un pacto verbal de reparto del premio especial, hecho negado en todo momento por el acusado, y afirmado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular.

Conviene destacar el dato de que el debate se centraba en un hecho (el cuestionado pacto verbal), y que las pruebas del mismo consistían en declaraciones contrapuestas del acusado y del acusador particular y de testigos. Sobre esa base, si el Ministerio Fiscal, en vez de dar por sentado que el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida afirmaba la existencia del pacto, hubiese entendido que ese dato tan trascendental no quedaba convenientemente establecido en dicho relato, lo lógico es que hubiera solicitado directamente la supresión de los elementos equívocos del mismo, para que resultase configurado el hecho probado con absoluta nitidez.

Es más, no es que se trate de una consideración lógica, sino que era un imperativo jurídico (si tal fuese el propósito), dado lo dispuesto en el artículo 795.2 LECrim («En el escrito de formalización del recurso, que se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción del precepto constitucional o legal en las que se base la impugnación y se fijará el domicilio para notificaciones...»).

La necesidad de exponer «ordenadamente» las alegaciones sobre «error en la apreciación de las pruebas», reclama, como consecuencia lógica, la solicitud de la rectificación pretendida y de una nueva redacción del hecho probado. Nada de ello consta en el escrito de continua cita, en el que, por el contrario, en su inicio se puede leer que «en primer lugar hay que indicar que el Juzgado sí entiende probada la existencia de un acuerdo verbal entre el acusado y Joaquín Planelles que consistía en “jugar a medias” el premio especial que recayese en cualquiera de los décimos que tenían uno u otro en la lotería...».

Pero lo más significativo es el sentido que la propia sentencia de la Audiencia Provincial atribuye al recurso del Fiscal, según veremos después, en el que no se contiene ninguna alusión a revisión de hechos.

Las consideraciones fácticas contenidas en el escrito del Ministerio Fiscal, a las que nuestra Sentencia alude, no afirman en ningún momento la existencia de error en la apreciación de las pruebas, sino que expresan el sentido que el Ministerio Fiscal atribuye al relato de hechos probados, como base para impugnar la valoración jurídica de la Sentencia recurrida respecto del alcance del título, en cuanto elemento del tipo de apropiación indebida, lo que es algo bien distinto.

Si, pues, el Ministerio Fiscal recurrente no imputó a la sentencia recurrida error en la apreciación de la prueba, ni pidió la modificación de los hechos probados (como tampoco lo hizo el apelante adhesivo), la modificación constituye, a mi juicio, una incongruencia *extra petitum*, con toda la transcendencia que nuestra doctrina atribuye a dicho vicio en relación con el derecho de tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE).

El paso siguiente es comprobar si, en efecto, se produjo en la Sentencia de la Audiencia Provincial, recurrida en este recurso de amparo, la modificación de los hechos probados, y si esa modificación podía hacerla, dados los términos del recurso de apelación.

III) Para tal comprobación el único medio es la lectura de la Sentencia de la Audiencia Provincial. En ella en el apartado de antecedentes de hecho, se relatan en el primero los hechos probados de la Sentencia apelada, que se transcriben literalmente, según es propio de dicho apartado; en el segundo se transcribe el fallo; y en los tres siguientes se alude a la tramitación seguida.

Es oportuno reproducir el antecedente tercero, pues el mismo, como ya se anticipó, se erige en argumento fundamental para evidenciar que no se pidió revisión de los hechos probados.

Dice así el antecedente referido:

«Tercero. Contra dicha Sentencia, se formalizó ante el Organismo decisor por el Ministerio Fiscal, con la adhesión del acusador particular don Joaquín Planelles Ripoll recurso de apelación.

El Ministerio Fiscal fundamenta el recurso en la concurrencia de todos los requisitos que tipifican el delito de apropiación indebida, interesando la revocación de

la sentencia y que se pronuncie otra en sentido condenatorio, con la responsabilidad civil concretada en la mitad de los derechos que le correspondan en el premio especial de la lotería.»

El relato de antecedentes concluye con el siguiente pasaje:

«Se acepta el Antecedente de hechos probados de la sentencia apelada, en sus apartados primero, segundo —suprimiendo “Al parecer”— y tercero, y se suprime el apartado cuarto, añadiendo: “Existe un pleito pendiente entablado por Constantino Verdú Montesinos en el que éste reclama al acusado 246 millones del premio especial con el que resultó agraciada la fracción 8.^a de la serie 9.^a del número 56.262 de la lotería, de la que estaba en posesión el acusado”.»

No cabe, pues, negar que ha habido modificación de los hechos probados, no pedida por nadie.

Cuestión distinta es valorar desde el prisma que nos ocupa, el de la tutela de los derechos fundamentales, la transcendencia de la modificación operada.

IV) La Sentencia de la que disiento, minimiza la entidad del cambio, al tiempo que lo justifica en razón de una solicitud al respecto del Ministerio Fiscal. Se dice en nuestra Sentencia al respecto (FJ 6):

«De forma perfectamente congruente con la acusación, la sentencia de apelación mantiene los hechos probados de la instancia, suprimiendo la equívoca expresión “al parecer” (pues la existencia del pacto está probada, “por la prueba testifical sometida a contradicción en el juicio oral, que viene a ratificar lo que ya se había manifestado en la fase de instrucción y así se estima en la Sentencia apelada”) y el hecho cuarto, ateniéndose a lo solicitado por el Ministerio Fiscal. Por tanto, no existió incongruencia *extra petitum* en la modificación de los hechos probados, ni puede sostenerse que la supresión formal del hecho cuarto afectase a la esencia incriminadora de los hechos probados ni que fuese sorpresiva, ni que el condenado no pudiera defenderse de ella, pues en su escrito de impugnación del recurso de apelación efectivamente lo hizo, no apreciándose, en consecuencia, indefensión alguna.»

Sobre el hecho de que el Ministerio Fiscal no había solicitado la modificación de los hechos probados no debo añadir más a lo ya expuesto, y por ello creo que no se corresponde con la realidad la afirmación, contenida en el pasaje transcrito, de que la Sala de apelación se atuvo «a lo solicitado por el Ministerio Fiscal».

En cuanto a la transcendencia de lo modificado, me parece de gran entidad, en contra también del criterio de nuestra sentencia.

Creo que en ésta no se capta el sentido de la Sentencia de primera instancia, y que en la deficiente comprensión de su sentido radica la minimización de la entidad de lo cambiado en la de segunda instancia; y ligado con ello la singularización, a mi juicio errónea, del caso actual respecto de la doctrina establecida en el caso resuelto por la sentencia del Pleno 167/2002.

Para medir la transcendencia de las modificaciones producidas en el relato de hechos probados de la sentencia de primera instancia, así como el sentido de ésta, es necesario referirse a los términos en que estaba planteada la cuestión penal en su aspecto fáctico, según resulta de las actuaciones unidas al recurso.

Se trataba de una acusación de apropiación indebida. El hecho imputado, como base de la apropiación, consistía en que acusado y acusador particular jugaban

todas las semanas sendos décimos de la lotería del mismo número, que el primero se encargaba de adquirir para ambos, reteniendo su propio décimo, y entregando el suyo al segundo. Se parte de que existía un pacto verbal entre ellos, según el cual si la fracción de alguno de los dos décimos resultaba premiada con el premio especial del gordo a una fracción, el premio especial, cualquiera que fuera de ellos dos el titular del décimo, se repartiría entre ambos. Habiendo resultado el número premiado con el gordo y con el premio especial la fracción que portaba el acusado, éste se habría negado a repartir el premio con el acusador, apropiándose de la totalidad del premio.

En el proceso la existencia del pacto verbal referido fue negada por el acusado, versando las pruebas de declaraciones de ambas partes y de los testigos de la acusación sobre la existencia del controvertido pacto. Al propio tiempo fue objeto del debate en la ocasión de autos si el acusado jugaba un solo décimo o cuatro. Y en simultaneidad con el proceso penal existía un proceso civil, en el que un primo del acusado, que también jugaba con él a la lotería semanalmente en el mismo número, y a quien no le había entregado su décimo en la semana del premio, le reclamaba la entrega de la mitad del premio especial, al no poderse determinar qué fracción entre las correspondientes al acusado y la correspondiente al primo, demandante, había sido la agraciada con el premio especial.

Como se ve la cuestión fáctica revestía una cierta complejidad, pues por una parte se refería a la existencia del controvertido pacto, y por otra a la misma identidad de la fracción premiada.

Es en relación con las circunstancias fácticas de ese concreto debate, como debe ponderarse la significación de los cambios del relato de hechos probados. Pero en todo caso, y al ulteriores efectos, debe destacarse el dato de que había un debate sobre los hechos, cuya solución repercutía de modo inmediato en el juicio sobre la culpabilidad del acusado.

V) Según nuestra sentencia, como ya se ha visto, el sentido de las modificaciones fácticas consistía simplemente en suprimir «la equívoca expresión “al parecer”», y en la intranscendencia respecto de «la esencia incriminatoria de los hechos probados» de la supresión formal del hecho cuarto.

En mi criterio ambas modificaciones, independientemente de que no fueron solicitadas, cual, en su caso, era preceptivo para poderlas llevar a cabo, suponen un cambio de gran calado en el sentido de la sentencia del Juzgado de lo Penal.

Si se lee con atención esta sentencia, se advierte sin dificultad que en ella la expresión «al parecer», contenida en el hecho probado segundo, es más que una expresión equívoca, pues evidencia una consciente elusión de un juicio probatorio inequívoco respecto de la existencia del cuestionado pacto verbal.

En la fundamentación de la sentencia no se sitúa su foco en el elemento fáctico concerniente a la existencia o inexistencia del referido pacto, ni en el de si el acusado jugaba un solo décimo o cuatro. De haber sido así, lo lógico es que en esa fundamentación jurídica se razonase cuáles eran los medios de prueba que servían de soporte a la afirmación de la existencia del pacto y del número de décimos jugados; y es lo cierto que ese contenido inexcusable de la sentencia no existe. Lo cual es explicable, porque al margen de la existencia o no del pacto y del número de décimos jugados, lo que hace la Sentencia es analizar desde la óptica del delito de apropiación indebida, si tal pacto, en cuanto título jurídico, podía constituir el título necesario para

dicho delito. Y precisamente porque en criterio del Juez penal aquel título no podía dar lugar, en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de él, al delito imputado en el proceso, es por lo que la sentencia minimiza la cuestión fáctica atinente a la existencia misma del título y a la identificación de la fracción premiada. Es en esa apreciación conjunta del sentido de la sentencia del Juzgado, en la que adquiere plena significación el uso de la «equívoca» expresión «al parecer», que no es tal, sino, a mi juicio, inequívoca evidencia de que el Juez no se definía sobre la existencia del cuestionado hecho, porque no quiso hacerlo.

Cuando el Juez razona la existencia de un hecho probado, lo hace sin equívocos, y además expresa la prueba que le sirve de soporte. Y así en el fundamento jurídico segundo, se dice literalmente, después de aludir al contenido del artículo 535 CP: «En el presente caso está acreditado por la prueba testifical aportada por la acusación y el Ministerio Fiscal que cada trabajador de la empresa pagaba el décimo adquirido y se lo quedaba en su poder», razonando a continuación que «el acusado, por tanto, no tenía ningún décimo en calidad de depósito, administración o comisión, pues lo únicos que poseía era aquéllos que él mismo adquiriría».

El fundamento jurídico aludido centra lo que en la Sentencia se considera la cuestión problemática en los siguientes términos: «La cuestión estriba en determinar si en la relación existente entre el acusado y el denunciante señor Planelles Ripoll existía un título por el que aquél se obligaba a compartir con este último la mitad del premio especial.»

A ese planteamiento se le da respuesta en el fundamento jurídico siguiente, que dista mucho de poder ser considerado como la fundamentación de un enjuiciamiento de hecho, y la expresión razonada de la prueba que lo soporte. Para evidenciarlo, lo mejor es atenerse a la reproducción de la literalidad del fundamento jurídico tercero. Se dice al respecto:

«Tercero.—Siguiendo con el planteamiento anterior hay que indicar que el acusado entregaba el décimo al señor Planelles y cobraba el importe que según la semana correspondía. El señor Planelles indicaba que en caso de recaer el premio especial “iban a mitad” pero en ningún caso se especificaba qué fracción y serie llevaba cada uno. Es decir el señor Planelles sabía que el acusado llevaba un número de lotería igual que el suyo pero no sabía ni la fracción ni la serie dado que aquel podía jugar varios décimos, como sucede en el presente y es obvio que no en todos era partícipe el denunciante. Tal es así que si se observa en el presente caso no son correlativas las fracciones entre un décimo y otro.

¿Cuál era el motivo en el que se fundaba el señor Planelles para afirmar que “iban a medias”? Al parecer una conversación realizada en el lavabo de la empresa, en presencia del testigo Santiago Lillo Blanes, donde realizó esa propuesta que fue rechazada por los demás y sólo aceptada o meramente consentida por el acusado. Y estamos hablando de una conversación sucedida ocho o nueve años antes del día 17 de febrero de 1996.

Resumiendo el título por el que se exige al acusado la entrega de la mitad del importe adquirido en el juego de la lotería, y por el que se le pide una sanción penal, se funda en un acuerdo verbal. Pero ¿cuál es el fundamento de ese acuerdo verbal? ¿Había algún tipo de deuda pendiente entre las partes? ¿Alguna obligación que pudiera ser objeto de indemnización? No. La causa en las relaciones jurídicas se fundamentan en la denominada *causa credendi* o *acquivendi* (obtener de la otra

parte una prestación o contraprestación de la otra), la *causa solvendi* (conseguir la liberación de una obligación) y la *causa donandi* (producir un enriquecimiento gratuito).

En la presente causa el único fundamento, o mejor dicho causa, era la promesa de una donación en el supuesto de cumplirse una condición aleatoria. Dicho de otro modo la promesa de compartir el premio especial para el caso de recaer en uno de los intervinientes —acusado y denunciante. La promesa sujeta a una condición aleatoria podría ser calificada de obligación unilateral, lo cual no obliga a realizar la prestación acordada salvo que dicha promesa hubiera generado una conducta en la parte contraria que fuera indemnizable lo que no es el caso de autos. Asimismo la causa de dicha promesa, o falta de contraprestaciones entre las partes y créditos exigibles, se fundamenta en el animo “donandi” de cada uno, y en este aspecto nuestro Código Civil en su artículo 632 es tajante al exigir que la donación de cosa mueble realizada verbalmente requerirá la entrega de la cosa donada. Si no se realiza la entrega de dicha donación no surtirá efecto, salvo que se hiciera por escrito constando la aceptación.»

Adviértase que en ningún momento en ese fundamento jurídico se contiene una incuestionable afirmación de la existencia de un acuerdo verbal, ni de los medios de prueba que, en su caso, la adwersen. Se imputa al señor Planelles que «indicaba que en caso de recaer el premio especial “iban a mitad” pero en ningún caso se especificaba qué fracción y serie llevaba cada uno». Y se formula con un interrogante altamente expresivo la propuesta de «¿cuál era el motivo en el que se fundaba el señor Planelles para afirmar que “iban a medias”?. A lo que se responde con la misma expresión «al parecer», que no es una forma idónea de manifestar un juicio de hecho: «Al parecer una conversación realizada en el lavabo de la empresa, en presencia del testigo Santiago Lillo Blanes, donde realizó esa propuesta que fue rechazada por los demás y solo aceptada o meramente consentida por el acusado. Y estamos hablando de una conversación sucedida ocho o nueve años antes del día 17 de febrero de 1996.»

Creo ajustada al texto transcrito la consideración de que en él no se revela una decisión de la cuestión fáctica controvertida: la existencia del acuerdo verbal, y que lo que se hace es enunciar en términos potenciales el hecho, y valorar en derecho el sentido del alegado título, para justificar así el criterio del Juzgador de que de este concreto título no puede derivar, si se incumple lo pactado, un delito de apropiación indebida.

La reiteración de la expresión «al parecer» y sobre todo la afirmación de que «el señor Planelles sabía que el acusado llevaba un número de lotería igual que el suyo pero no sabía ni la fracción ni la serie dado que aquel podía jugar varios décimos, como sucede en el presente y es obvio que no en todos era partícipe el denunciante» [la cursiva, mía], creo que son altamente reveladores acerca del hecho de que la sentencia no quiso comprometerse con una decisión sobre los dos datos fácticos cuestionados: el de la existencia del acuerdo verbal, y el de la identificación de la fracción premiada, respecto a los efectos del alegado pacto.

Naturalmente si del hecho probado segundo se suprime la expresión «al parecer», y se suprime también el hecho probado cuarto, alusivo a que «el acusado llevaba además otros cuatro décimos del número premiado», el relato resultante supone la afirmación inequívoca, de que el señor Planelles (acusador) había propuesto años antes al acusado compartir el premio especial si alguna

de las fracciones que uno y otro llevaban resultaba agraciada con él, y que la fracción del actor concernida por el pacto fue la indicada en el hecho probado tercero, y no otro.

El cambio entre uno y otro relato de probados resulta así absolutamente decisivo.

Para concluir esta parte de la argumentación, sólo me resta insistir en que la sentencia del Juzgado no expresa cuáles han sido los medios de prueba que puedan soportar, en su caso, la existencia del pacto verbal y que el número de décimos jugados por el acusado eran cuatro.

VI) Si la sentencia del Juzgado se pasa al análisis de la de la Audiencia Provincial, recurrida en este amparo, se comprueba que en el fundamento de derecho cuarto existe una minuciosa descripción de los medios de prueba en función de los que se considera probada la existencia del cuestionado pacto verbal, y la proclamación de que «no existe prueba de que el acusado llevaba otros dos décimos del número agraciado, pues cada uno se quedaba con su décimo».

Resulta así que mientras que a la Sentencia del Juzgado no le es atribuible un juicio de hecho sobre los puntos controvertidos (existencia del pacto verbal, y si la fracción premiada estaba incluida en los efectos del pacto), ni en ella se razona el soporte probatorio alusivo a esos dos hechos, cual, en su caso, sería exigible, la Sentencia de la Audiencia Provincial sí contiene un inequívoco juicio de hecho, formalmente fundado además, al describir los medios de prueba que se han utilizado para llegar a él.

El dato de la existencia de ese juicio de hecho y de la inequívoca valoración de la prueba que le sirve de soporte, unido al hecho de que dichas pruebas sean de carácter personal, consistentes en las declaraciones contrapuestas de acusador y acusado y en las de testigos, así como la funcionalidad de tal juicio de hecho en la culpabilidad del acusado, creo que constituyen los elementos de identidad del caso, a los efectos de su necesaria inclusión en el supuesto de nuestra recién citada doctrina, que en la primera ocasión que se nos presenta después de ese pronunciamiento resulta de hecho abandonada.

VII) En la misma línea de minimización de los cambios operados por la Sentencia de apelación en el relato de hechos probados de la Sentencia apelada, desde el prisma conceptual de correspondencia entre la acusación y el fallo, en el fundamento jurídico 7 de nuestra sentencia se razona sobre la definición del debate, según «queda fijado en el escrito de calificación definitiva del Fiscal y se mantiene en la apelación, en torno a la existencia de un acuerdo verbal entre el recurrente y don Joaquín Planelles... [y] en relación con el concreto décimo a que se refería el pacto...». Pero ese planteamiento no tiene en cuenta el hecho de que, resuelto el debate en la sentencia del Juzgado en los términos en que lo fue, no es correcto fundir un dato único de referencia escrito de calificación y escrito de apelación, sino que cada uno de los correspondientes escritos, por separado, debía tener un elemento de referencia distinto: Respectivamente, la sentencia del Juzgado y la de la Audiencia Provincial en la apelación. De este modo, si en el escrito de apelación no se imputaba a la sentencia apelada un error en la apreciación de la prueba (cualquiera que pudiera ser la eventual incorrección formal del relato de hechos probados), no era posible que el órgano *ad quem* modificase el relato de hechos probados de la Sentencia del órgano *a quo*. Y si ello es así, el hecho de que el debate planteado en la primera instancia pudie-

se haberse resuelto en la sentencia del Juzgado con plena correspondencia entre acusación y fallo en los términos en que lo resolvió después de la sentencia de la apelación, no salva la posible falta de correspondencia entre la apelación y la sentencia resolutoria de ésta, si en la apelación no se introdujo una petición de revisión de los hechos probados.

Creo que la fusión que se hace en el fundamento jurídico 7 de nuestra Sentencia entre el escrito de calificación definitiva del Fiscal y el escrito de apelación, para definir sobre esa base los términos del debate, es procesalmente incorrecta, y conduce a la consecuencia de que con ella se desvanezca el verdadero sentido jurídico de la cuestión que se somete a la decisión de este Tribunal en el actual amparo.

VIII) Las precedentes consideraciones discrepantes relativas al contenido de los fundamentos jurídicos 6 y 7 de nuestra sentencia sientan las bases para mi discrepancia final respecto del contenido del fundamento jurídico 15, aludido al inicio de este Voto.

Si, según lo razonado más detrás, la sentencia de la apelación, recurrida en este recurso de amparo, no parte de los mismos hechos probados, declarados como tales en la sentencia apelada, como base para una valoración jurídica de su significación penal distinta de la del Juzgado (que es la tesis expuesta en el fundamento jurídico 15 de nuestra sentencia); sino que, como indiscutible presupuesto lógico de las ulteriores valoraciones jurídicas, la sentencia de apelación comienza por una rectificación de los hechos, avalada en sus fundamentos jurídicos por la justificación de los medios de prueba que la soportan, existe, en mi criterio, un juicio de hecho, o sobre los hechos, determinante para el consecuente juicio sobre la culpabilidad. Y si ello es así, como así lo creo, en la medida en que las pruebas tomadas en consideración para dicho juicio de hecho (lo que es valoración de la prueba), precisan de la intermediación del órgano jurisdiccional llamado a valorarlas, por su índole de pruebas personales, requisito que no concurre respecto de dichas pruebas en la apelación, creo que el caso entra de lleno en el marco de la doctrina establecida en la STC 167/2002, que debiera haberse aplicado en este caso, con la consecuente estimación del recurso de amparo.

En la primera instancia hubo una valoración de las pruebas practicadas, que se plasmó en el relato de hechos probados, aunque después en la fundamentación jurídica (sin duda por las razones antes explicadas) no se explicitasen los términos concretos de tal valoración. Y en la sentencia de apelación hubo una nueva valoración de la prueba, en este caso explícita, en función de la cual se rectificó el relato de hechos probados. Eso, a mi juicio, implica una revisión de la valoración de la prueba respecto de la valoración de la primera instancia. Por ello creo que el caso se integra con absoluta naturalidad en el supuesto de la nueva doctrina sintetizada en el fundamento jurídico 1 *in fine* de la STC 167/2002.

IX) En conclusión, estimo que la sentencia de la apelación recurrida en este proceso de amparo incurre en incongruencia *extra petitum*, lesiva del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por lo que el Auto de 8 de octubre de 1998, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la referida sentencia, así como ésta, deben ser anulados, concurriendo además respecto de la sentencia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse procedido en ella a una nueva valoración de una prueba, para la que era precisa la intermediación, sin que este requisito fuese observado; por todo lo cual el amparo, a mi juicio, debía haberse otorgado, con la

consecuente anulación de las resoluciones recurridas y reposición de las actuaciones al momento de dictar sentencia en apelación, para que se dictase la que, a juicio del órgano jurisdiccional, fuera procedente, respetando en todo caso los derechos fundamentales del actor vulnerados en las resoluciones anuladas.

En este sentido, evacúo mi Voto.

Madrid, a treinta de septiembre de dos mil dos.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

20590 *Sala Segunda. Sentencia 171/2002, de 30 de septiembre de 2002. Recurso de amparo 2989/99. Promovido por la Federación Estatal de Industrias Textil-Piel, Químicas y Afines de Comisiones Obreras, respecto de los Autos de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que inadmitieron incidente de nulidad de actuaciones en un litigio entre un trabajador y «Bridgestone Firestone Hispania, Sociedad Anónima», sobre pensión complementaria de jubilación.*

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (acceso al proceso) y a la libertad sindical: falta de legitimación de un sindicato para intervenir en la fase de ejecución de un pleito donde se cuestiona la aplicación individual de un convenio colectivo.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente; don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2989/99, promovido por la Federación Estatal de Industrias Textil-Piel, Químicas y Afines de Comisiones Obreras, representada por el Procurador de los Tribunales don Antonio Gómez de la Serna y asistida por la Abogada doña Blanca Suárez Garrido, contra Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 31 de mayo de 1999 y contra Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de abril de 1999. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Se han personado y actuado como partes en el procedimiento don Luciano Cuchi Ortega, representado por el Procurador don José Lledó Moreno, asistido por el Abogado don Bernabé Echeverría Mayo, la entidad mercantil «Bridgestone Firestone Hispania, S.A.», representada por el Procurador don Manuel Ortiz de Urbina Ruiz, y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de julio de 1999, la Federación Estatal de Industrias Textil-Piel, Químicas y Afines de Comisiones Obreras interpuso recurso de amparo contra los Autos de que se hace mérito en el encabezamiento de esta Sentencia.