|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 36/1996 |
| Fecha | de 12 de febrero de 1996 |
| Sala | Sección Cuarta |
| Magistrados | Don Rafael de Mendizábal Allende, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás Salvador Vives Antón. |
| Núm. de registro | 23-1995 |
| Asunto | Recurso de amparo 23/1995 |
| Fallo | En virtud de lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo y el archivo de las actuaciones |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. El 5 de enero de 1995 se registró en este Tribunal, la demanda de amparo interpuesta por la Procuradora de los Tribunales dona María Jesús González Díez, en nombre de don Pedro García Pérez, contra la Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 1 de diciembre de 1994, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 21 de esa misma capital el 17 de mayo de 1993, en procedimiento abreviado por delito de apropiación indebida. Se alega vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 C.E.).

2. Los hechos que están en la base de la demanda son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Contra don Pedro García Pérez y contra sus hijos Pedro y Lidia García Carbo, se sustanció procedimiento abreviado por un delito de apropiación indebida.

En sus conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal calificó los hechos objeto del proceso como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida del art. 535 en relación con los arts. 528, 529.7 y 69 bis del Código Penal, del que consideraba autor a don Pedro García Pérez, retirando la acusación que había formulado contra sus hijos.

b) El Juzgado de lo Penal entendió que los hechos no eran constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida, sino de un delito continuado de estafa impropia, previsto en el art. 532.2 en relación con los arts. 528, 529.7 y 69 bis C.P., condenando al Sr. García Pérez a la pena de seis meses y un día de prisión menor y accesorias.

c) Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por entender que se había vulnerado el principio acusatorio y, con ello, el derecho a la defensa que garantiza el art. 24 C.E. Los delitos de apropiación indebida y de estafa impropia, aun encontrándose en el mismo capítulo del Código Penal son -según la doctrina del Tribunal Supremo- absolutamente heterogéneos, por lo que no se cumple, el requisito del art. 794.3 L.E.C. y se ha impedido el ejercicio del derecho a la defensa.

d) La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación por entender que, si bien eran correctas las alegaciones de la parte apelante sobre la violación del principio acusatorio que resulta de la heterogeneidad entre el delito imputado y aquel por el que se condena, debe tenerse también en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la determinación de si ha existido o no violación de tal principio no viene determinada por la diferente calificación jurídica por parte del Juzgador respecto de la formulada por la acusación sino por la inclusión de hechos diferentes no tenidas en cuenta por dicha acusación, inclusión que no se había producido en el caso de autos.

3. Se afirma en la demanda de amparo que tanto la Sentencia de instancia como la de apelación han vulnerado el derecho del recurrente a la defensa (art. 24.2 C.E.), del que es una manifestación el principio acusatorio que exige que el Juzgador no altere los términos del objeto del proceso. El órgano judicial sólo puede condenar por distinto delito del apreciado en los escritos de calificación si la pena es igual o inferior y siempre que no se varíen los hechos de la acusación y que los delitos sean homogéneos. En el presente caso -se afirma- los delitos son heterogéneos: en el delito de apropiación indebida se protege el patrimonio del sujeto pasivo, mientras que en el de estafa documental o impropia, se protege además el bien jurídico de la seguridad del tráfico. Por otra parte, habiéndose acusado de un delito de apropiación indebida, había que presumir que no existían dudas sobre la validez de los contratos llevados a cabo entre las partes, por lo que no pudo articularse defensa alguna en este sentido.

4. Mediante providencia de 19 de enero de 1995 la Sección acordó requerir al recurrente para que aportara copia de la resolución impugnada, y acreditara su fecha de notificación, así como haber invocado en el proceso judicial el derecho constitucional que estimaba violado. Tales extremos fueron acreditados mediante escrito registrado el 3 de febrero siguiente.

5. Mediante nuevo proveído de fecha 19 de junio de 1995, la Sección acordó, según lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder a la parte demandante y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para que formulasen las alegaciones pertinentes en relación con la posible carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda [art. 50. 1 c) LOTC].

6. Mediante escrito registrado en el Juzgado de Guardia de Madrid el S de julio de 1995, el recurrente formuló sus alegaciones. Se reiteran básicamente las contenidas en el inicial escrito de demanda, insistiéndose en que se ha violado el derecho a la defensa del demandante al haber condenado la Sentencia impugnada, de modo sorpresivo, por un delito que no estaba comprendido en los contornos de una calificación jurídica, que siempre vincula al Tribunal y no darse la homogeneidad que permite condenar por delito distinto del señalado en los escritos de calificación.

7. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, en escrito registrado el 7 de julio siguiente, interesó de la Sección que, con suspensión del trámite conferido a efectos de inadmisión, se requiriese al Juzgado de lo Penal núm. 21 de Barcelona que remitiera copia completa del procedimiento abreviado 572/92 y, una vez recibido, se diera vista del mismo al Ministerio Fiscal y a las partes personadas. Mediante providencia de 13 de julio la Sección accedió a recabar las actuaciones, que fueron recibidas el 4 de agosto de 1995.

8. Tras dar traslado de dichas actuaciones al Fiscal y concederle un nuevo plazo de diez días para formular alegaciones (providencia de 11 de septiembre de 1995), éste presentó escrito a tal efecto el día 29 siguiente. En él se insta la inadmisión del recurso por concurrir el motivo previsto en el art. 50.1 c) LOTC. Afirma el Ministerio Público que del examen conjunto de la Sentencia recurrida, del escrito de la acusación provisional del Ministerio Fiscal y del acta de la vista oral se concluye, en primer lugar, que efectivamente existe heterogeneidad típica entre los delitos de apropiación indebida de que acusaba el Ministerio Fiscal y de estafa por simulación de contrato del art. 532.2 C.P. por el que fue finalmente condenado el recurrente. Pero, igualmente, es posible concluir que no ha existido ni variación sustancial de los hechos por los que el Ministerio Fiscal calificaba de apropiación indebida respecto de los declarados como probados en la Sentencia como constitutivos de un delito de estafa, ni en el debate de la vista oral se sustrajo a las partes elementos que pudieran haber provocado indefensión al impedir alegar y probar respecto de los elementos típicos del art. 532.2 C.P., elementos que se desprenden con naturalidad de la relación de hechos probados, tanto de la calificación del Ministerio Fiscal, como de la Sentencia de autos. Por todo ello, no se aprecia la denunciada vulneración del art. 24.2 C.E.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Examinadas las alegaciones formuladas por el recurrente y por el Ministerio Fiscal en el trámite previsto en el art. 50.3 LOTC hemos de confirmar nuestra inicial apreciación, puesta de manifiesto en la providencia que abrió el trámite, de que la demanda carece manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por parte de este Tribunal, por lo que concurre el motivo de inadmisión previsto en el 50.1 c) de la misma Ley.

2. Desde sus primeras Sentencias (STC 12/1981) este Tribunal ha venido subrayando la estrecha relación existente entre principio acusatorio y derecho de defensa, afirmando que solamente cuando el primero está garantizado, se permite y garantiza la posibilidad de defenderse mediante la contestación o rechazo de la acusación. Sobre esta base, ha sido necesario delimitar cuál es el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a ser informado de la acusación, derecho que supone, de un lado, que el acusado conozca la acusación y, de otro, que el pronunciamiento del órgano sentenciador se corresponda con los términos en que, a la vista de ésta, se produjo el debate pues, de otro modo, de nada serviría ese conocimiento previo de la acusación. A la hora de determinar hasta dónde se extiende esa información, este Tribunal ha señalado que la misma recae, primeramente, sobre los hechos constitutivos de delito que son el objeto del proceso penal. Esta relevancia del elemento fáctico ha sido destacada en diversas ocasiones. Así, en la STC 134/1986 se afirma que «la efectividad del principio acusatorio exige, para excluir la indefensión en primer lugar, que el hecho objeto de la acusación y el que es la base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que existe identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la Sentencia (fundamento jurídico 2. ), y en el ATC 327/1993 hemos afirmado que «el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al petitum de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquel sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un "crimen", sino un factum. En consecuencia, el derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica, como con un hecho individualizado como delito. El objeto del proceso penal viene determinado exclusivamente por la identidad del acusado (art. 659.3 L.E.Crim.), la identidad del hecho punible (art. 650.1 y 4 L.E.Crim.) y la homogeneidad del bien jurídico. Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente constitucional, la calificación penal a la que se alude en el art. 650.2 L.E.Crim. no integra el objeto del proceso» (fundamento jurídico 4. ).

Esta relevancia primordial de los hechos en el proceso penal no excluye, sin embargo, del ámbito del derecho a ser informado de la acusación la calificación jurídica, pues ésta no es en modo alguno ajena al debate contradictorio. Por ello, si bien este Tribunal ha reconocido que en el ámbito del derecho penal opera el principio iura novit curia, ha puesto especial énfasis en señalar que tal principio está sometido a importantes límites (SSTC 12/1981, 105/1983, 134/1986, 17/1988, 205/1989 y 95/1995, entre otras). La dificultad surge, precisamente, a la hora de determinar cuándo el cambio de calificación jurídica operado por el juzgador se mantiene dentro de esos márgenes de apreciación que le corresponden y cuándo se traduce en indefensión del acusado.

3. Con el objeto de delimitar las facultades del juzgador en el proceso penal, el Tribunal Supremo ha elaborado la conocida doctrina según la cual se puede condenar por un delito distinto del apreciado en los escritos de calificación, siempre que la condena sea por un delito de igual o menor gravedad que los señalados en dichos escritos cuando, sin variar los hechos objeto de la acusación, tengan los delitos considerados la misma naturaleza 0 sean homogéneos. Y, haciéndose eco de esta doctrina, el art. 794.3. L.E.Crim., tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, ha establecido que «la Sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado». Como consecuencia de esta regulación, el Tribunal Supremo ha ido pronunciándose sobre la homogeneidad o heterogeneidad de distintos delitos, determinando en cada caso concreto si un cambio de calificación jurídica se traduce o no en vulneración del principio acusatorio.

Ahora bien, cuando la posible vulneración de este principio se denuncia ante este Tribunal, la perspectiva en la que debe situarse para determinar si se ha producido o no lesión del derecho a la defensa que garantiza el art. 24.2 C.E. no es tanto la de la homogeneidad de los delitos (o, en términos de la Ley procesal civil, la no diversidad de bien jurídico protegido) cuanto la de si el cambio de calificación se ha traducido en una limitación de las posibilidades de defensa del acusado a lo largo del proceso penal. Esto es así, en primer lugar, porque la determinación de si dos delitos son o no homogéneos es una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde determinar a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial y, en última instancia, al Tribunal Supremo en cuanto supremo intérprete de la legalidad; y, en segundo lugar, porque, como este Tribunal viene reiterando de forma constante, la única indefensión con relevancia constitucional es la indefensión material (SSTC 35/1989, 52/1989, 145/1990, 61/1992 y 124/1994, entre otras muchas). Es preciso, por tanto, examinar en cada caso concreto si ha habido o no una limitación efectiva de los medios de defensa y contradicción (como se ha hecho, por ejemplo, en e] reciente ATC 218/1995).

4. A la luz de esta doctrina debemos examinar el supuesto que se nos somete a enjuiciamiento. El examen de las actuaciones remitidas muestra que el comportamiento del recurrente dio lugar a la apertura de diligencias previas en dos Juzgados de Instrucción distintos, los núms. 4 y 5 de los de Badalona. En el primero de ellos se dictó providencia de 28 de octubre de 1991, en la que se ordena la apertura del procedimiento penal para esclarecer si las operaciones realizadas por don Pedro García Pérez «pudieran ser constitutivas de un delito de estafa»; de estafa se habla también en la comunicación de la incoación de diligencias previas realizada al Fiscal y en el escrito de éste, del día 30 siguiente, en que se interesa se aseguren «las responsabilidades pecuniarias que del mismo pudieran derivarse». Mediante Auto del 29 de noviembre de 1995, el Juzgado de Instrucción núm. 5 se inhibió en favor del núm. 4 donde se seguían diligencias por hechos anteriores y análogos. En este último Juzgado se dictó Auto de incoación de procedimiento abreviado por delito de estafa.

El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación con base en las siguientes conclusiones provisionales: que el acusado, abusando de un poder general conferido para realizar todo tipo de actos, otorgado en escritura pública por doña Gertrudis Batllori Albreda, vendió a sus dos hijos diversas fincas de la poderdante, estipulándose en escritura pública un precio cuya cuantía no fue satisfecha en ningún momento por los hijos; y que, habiendo fallecido la Sra. Batllori y abierto procedimiento de incapacidad de su hija, doña María Teresa Paciello, decidieron reintegrar las fincas adquiridas al patrimonio de ésta, otorgando donación que quedaba pendiente de aceptación por parte de la donataria o de su representante legal en caso de que se le declarara incapaz. El Fiscal calificó tales hechos como constitutivos de dos delitos de apropiación indebida de los que se consideraba autores tanto al hoy recurrente en amparo como a sus hijos. Mediante Auto de 23 de octubre de 1992 se declaró la apertura del juicio oral, dirigiéndose la acción penal contra los acusados por dos delitos de apropiación indebida. El juicio oral se celebró en el Juzgado de lo Penal núm. 21 de los de Barcelona, centrándose el debate en los hechos a que hizo referencia el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación. Este último reiteró la petición de condena respecto de don Pedro García Pérez y retiró la acusación respecto de sus hijos. Finalmente, el Juzgado dictó Sentencia en la que se declaran probadas las ventas simuladas, se afirma que tales hechos no son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida, pues los bienes objeto del pleito son inmuebles y no muebles, según exige el art. 535 del Código Penal y se califican los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa impropia prevista en el art. 532.2, en relación con los arts. 528, 529.7 y 69 bis del Código Penal, condenándose al acusado a la pena de seis meses y un día de prisión menor, con la accesoria de suspensión de derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Esta Sentencia fue posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial.

5. A la vista de estos hechos -cuya trascendencia para el caso justifica que nos hayamos detenido su exposición- debemos compartir la afirmación del Ministerio Público de que no es posible apreciar en el presente caso violación alguna del derecho a la defensa del acusado. De un lado, la pena impuesta no excede la pedida por la más grave de las acusaciones; de otro, el cambio de calificación jurídica operado por el órgano judicial no ha limitado las posibilidades de defensa del recurrente. Los hechos por los que se le condena no han variado en relación con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal; tales motivaron inicialmente la apertura de diligencias previas por delito de estafa, fueron objeto de las declaraciones de los acusados y sobre ellos se centró el debate contradictorio del juicio oral. Por otra parte, en estos hechos, tal y como fueron expuestos en el escrito de conclusiones provisionales, se pueden percibir ya los elementos integrantes del delito de estafa impropia del art. 532.2 del Código Penal: la existencia de un contrato simulado (en este caso, el otorgamiento de escrituras públicas de contratos de compraventa sobre inmuebles que encubrían dos donaciones) y el perjuicio para terceros (la pérdida de dichos inmuebles por sus propietarias). Afirma el recurrente que habiéndose acusado de un delito de apropiación indebida no pudo más que creer que el Fiscal daba validez a los contratos llevados a cabo entre las partes; sin embargo, como acabamos de exponer, en el escrito de acusación se afirma expresamente que el recurrente realizó compraventas mediante escrituras en las que se fijaba un precio que en ningún momento se llegó a entregar, de manera que, como afirma el Fiscal en sus alegaciones, los elementos típicos del art. 532.2 «se desprenden con naturalidad de la relación de hechos probados tanto de la calificación del Ministerio Fiscal como de la Sentencia de autos». No hubo, por tanto, ni elementos de hecho nuevos introducidos de oficio, ni imposibilidad de contradecir la concurrencia de los elementos del tipo por el que se condena, por lo que, como antes hemos señalado, no puede apreciarse la pretendida vulneración del derecho a la defensa.

ACUERDA

En virtud de lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo y el archivo de las actuaciones

Madrid, a doce de febrero de mil novecientos noventa y seis.