**STC 188/1992, de 16 de noviembre de 1992**

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende, y don Pedro Cruz Villalón, Magistrados, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de amparo núm. 892/89, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, de 18 de mayo de 1988. Ha comparecido la Sociedad Mercantil Española JOHNSON´S WAX ESPAÑOLA, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Magdalena Cornejo Barranco, y asistida del Letrado don José Gaspar González-Palenzuela González-Villegas, y ha sido Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, quien expresa el parecer de la Sala.

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 12 de mayo de 1989, el Ministerio Fiscal interpone recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, de 18 de mayo de 1988, que revoca en apelación la dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de los de Elche, sobre delito de cheque en descubierto, y contra sendas resoluciones posteriores de la misma Sala por las que se deniega la nulidad de actuaciones.

2. Los hechos de los que trae origen el presente recurso de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 4 de los de Elche dictó Sentencia por la que absolvía a don Pascual Martínez Ferrández de un delito continuado de cheque en descubierto [art. 563 bis b) 1 del Código Penal].

b) El Ministerio Fiscal formuló recurso de apelación contra esta resolución que fue estimado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante por Sentencia de 18 de mayo de 1988 condenando al recurrente a la pena de 30.000 pesetas de multa. En la vista de la apelación no compareció el acusado y absuelto en instancia.

c) Una vez dictada Sentencia, la Secretaría de la Sala advirtió la presencia de un escrito de personación de la parte apelada, de 26 de febrero de 1988, y, por tanto, anterior a la fecha de la vista del recurso de apelación (17 de mayo de 1988), escrito que, al parecer, hasta entonces había pasado inadvertido. Ante estos hechos, tanto el Ministerio Fiscal como el condenado en apelación solicitaron la nulidad de actuaciones por haberse dictado Sentencia sin audiencia de una de las partes. Por Auto de 2 de febrero de 1989, la Sala denegó la nulidad que se solicitaba por cuanto el apelado se había personado ante la Audiencia fuera de plazo, es decir, mucho más tarde del término de cinco días de que disponía desde que fue emplazado el 13 de noviembre de 1987.

d) Interpuesto recurso de súplica por el recurrente al que se adhirió el Ministerio Fiscal, fue desestimado por Auto de 4 de abril de 1989.

3. Estima el Ministerio Fiscal que la Sentencia recurrida incurre en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la cláusula prohibitoria de indefensión (art. 24.1) al condenar a la parte apelada, que fue primero absuelta y luego penada, sin ser oída. Y no cabe aceptar el razonamiento ofrecido por la Audiencia pues el extravío del escrito de personación y el no haber proveido al mismo sólo pueden imputarse a la Secretaría de la propia Sala. Tampoco puede admitirse que se equipare en sus efectos la personación tardía con la no personación; en este sentido, si bien es cierto que el art. 792, apartado 3º, de la L.E.Crim. dispone que el trámite de instrucción de los autos se produzca sólo para las "partes que hayan comparecido", debió tenerse en cuenta a la vez lo prevenido en el art. 842 de la misma ley, que permite una ulterior comparecencia del apelado obteniendo entonces la condición de parte.

En este sentido deben traerse a colación las SSTC 77/1987 (fundamento jurídico 2º) y 66/1988 (fundamento jurídico 4º) donde este Tribunal sostuvo, respectivamente, de un lado la necesidad de que el acusado fuera citado para la vista de la apelación aunque no compareciese como apelante y para permitir su defensa frente a la acusación, y, de otro, que el extravío por la Sala del escrito de personación del apelado y la consecuente falta de citación para la vista entrañan una lesión de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la C.E.), pues el órgano judicial debe resolver una vez oidas las partes contradictoriamente, sin que pueda justificarse una resolución inaudita parte más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable a la parte.

Por otra parte, destaca el Ministerio Fiscal (aunque sin insistir en ello, dadas las especificaciones del presente supuesto) lo ya expuesto en el R.A. 629/88 y relativo a la necesidad de mantener en la apelación, que es una prosecución del proceso, la imprescindible asistencia del Letrado defensor, con independencia de la presencia del acusado, para que pueda dictarse una Sentencia condenatoria y en cuanto exigencia constitucional.

En conclusión de lo anterior, solicita el Ministerio Fiscal que se anule la Sentencia recurrida y los Autos posteriores que no dieron lugar a la nulidad interesada y que se retrotraiga lo actuado a fín de que se provea al escrito de personación del acusado y apelado para que sea tenido como parte.

4. Por providencia de 19 de junio de 1989, la Sección Segunda de este Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la demanda de amparo formulada por el Ministerio Fiscal, y a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LOTC, requerir a la Audiencia de Alicante para que remitiera testimonio del rollo de Sala dimanante del procedimiento oral 10/1980 núm. 18/87 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Elche, interesándose al propio tiempo se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción del Ministerio Fiscal, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Por providencia de 9 de octubre de 1989, la Sección acordó tener por recibidas las actuaciones remitidas por la Audiencia de Alicante. A tenor de lo dispuesto en el art. 52 de la LOTC, se concedió un plazo de veinte días al Ministerio Fiscal, para que con vista de las actuaciones formulara las alegaciones que estimara pertinente.

6. El Fiscal, en sus alegaciones presentadas el 27 de octubre de 1989, se remite en un todo a lo expuesto en su demanda de amparo de 11 de mayo de 1989 con la precisión de que el escrito de personación del apelado en el rollo de apelación, llevaba fecha de 15 de febrero de 1988 y contiene una estampilla en su parte superior en la que consta: "Audiencia Provincial. Presentación de documentos. Fecha 26-2-88, hora 11,20. Alicante". También reitera la fundamentación jurídica de la demanda de amparo en el sentido de entender vulnerado el art. 24.1 de la C.E. que constitucionaliza el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Y añade que el recurrente compareció a través de su Procurador en el rollo de apelación en fecha 26 de febrero de 1988, a pesar de lo cual ni se le tuvo en cuenta en el trámite de instrucción previsto en el antiguo art. 792, regla 3ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hoy derogado, ni se le citó a él, a su Procurador o Letrado a la vista de la apelación. La extemporaneidad de la personación no elimina esta obligación. Esta se celebró con la única asistencia del Fiscal, que pidió la revocación de la Sentencia, a lo que se accedió por el Tribunal, condenando al hoy recurrente (sic).

A continuación resume la doctrina de las SSTC 77/1987 y la 66/1988 del Tribunal Constitucional. Y agrega los argumentos empleados por el Tribunal Constitucional en STC 112/1989, en el que ni siquiera hubo escrito de personación del Procurador en el rollo de apelación y no obstante, se concedió el amparo. Allí, como aquí, sólo compareció el Fiscal en la vista de apelación, a la qe no asistió el apelado por no haber sido citado. A instancias del Fiscal, se solicitó una pena superior a la impuesta en la instancia y la Sentencia revocó la del Juez inferior elevanto las penas, y se vuelve a insistir en las ideas apuntadas en el sentido de que, aun cuando la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevea normas procesales, en cuanto a la notificación personal al justiciable de la vista de la apelación, ello no libera al órgano judicial de velar por el respeto al derecho de defensa del inculpado, pues de no hacerlo así, supondría anteponer a la Constitución y a la efectividad del derecho fundamental la regulación prevista en la legislación ordinaria. Por lo demás, el concepto de indefensión tiene un significado material más allá de la observancia de las reglas procesales, según se desprende de la constante jurisprudencia constitucional.

En consecuencia, debió la Audiencia Provincial, conociendo su personación, haberlo citado al juicio o haber excitado el celo de los profesionales que lo representaban y defendían. En el supuesto de que se hubiera extraviado el escrito de personación, debió suspender el juicio de apelación, a la vista de la no comparecencia de la representación letrada de la parte apelada, contra la que se reproducía la acusación ya formulada en la instancia.

Contrariamente a aquellas posibilidades se celebró la vista y se dictó Sentencia, ignorando los principios de bilateralidad y contradicción, condenando al apelado sn darle ocasón a rebatir las alegaciones y argumentos jurídicos empleados en tal acto de la acusación pública.

Por todo ello, el Fiscal interesa que se otorgue el amparo solicitado.

7. Por providencia de 15 de enero de 1990, la Sección acordó poner en conocimiento de la Entidad Johnson´s Wax Española, S.A., en la persona de su representante legal en Alicante, a los efectos de su posible comparecencia, de la interposición del presente recurso de amparo por el Ministerio Fiscal, librándose los despachos necesarios para la publicación por edictos en el B.O.E. de la interposición del recurso, a efectos de comparecencia de los posibles interesados en el mismo.

8. Verificados los trámites para posibilitar la comparecencia de los posibles interesados, con publicación de edictos y exhortos, comparece la Procuradora de los Tribunales doña Magdalena Cornejo Barranco, actuando en nombre y representación de la Sociedad Mercantil Española Johnson´s Wax Española, S.A. y realizando las siguientes alegaciones: Que se muestra conforme con los hechos descritos por el Ministerio Fiscal, pero se opone al amparo solicitado por entender que no se ha producido la vulneración del derecho que se denuncia, de tutela efectiva judicial sin indefensión. Para ello indica que hay que partir del hecho, reconocido por los solicitantes del amparo, que al penado se le emplazó en tiempo y forma para que se personase ante la Audiencia Provincial de Alicante en el improrrogable plazo de cinco días, lo que evidentemente no realizó. Dentro del plazo hábil de personación sólo lo hizo ante la Sala de la Audiencia el Ministerio Fiscal, no haciéndolo ninguna de las partes emplazadas.

El presente recurso lo que realmente está debatiendo es si la personación extemporánea lleva o no aparejada la consecuencia de tenerla como parte en el recurso de apelación, para así poder analizar si ha sido vulnerado el derecho constitucional que se alega.

La respuesta debe ser clara, pues clara es la legislación que regla esta materia. Esta debe ser negativa pues, como muy bien explica la Audiencia Provincial de Alicante en el Auto que da origen a este recurso, el emplazamiento se hizo con un periodo determinado -cinco días- y de igual forma que la parte apelante debe comparecer en la alzada dentro de ese plazo, so pena de declarar desierto el recurso (art. 228 L.E.C.) también los apelados han de hacerlo en igual plazo común con la sanción, si no lo hicieren, de no podérseles tener como parte personada en la apelación. Todo ello con independencia de si se extravió o no, si se proveyó o no, el escrito de personación extemporánea del penado.

Respecto a la doctrina de este Tribunal contenida en las Sentencias alegadas de contrario, manifiesta que las mismas contemplan supuestos, todas ellas, de errores o extravíos de personaciones realizadas dentro del plazo hábil para ello, por lo que en esos casos la incomparecencia de la parte, cuya voluntad de litigar se traduce en el escrito de personación en tiempo y forma, lleva aparejada la nulidad de actuaciones. Se está pues en un caso totalmente distinto, pues en el plazo concedido para la personación esta no se ha llevado a cabo por la propia voluntad del penado.

En consecuencia, suplica que se deniegue el amparo solicitado y que se confirme en todos sus extremos la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de mayo de 1988.

9. Por providecia de 12 de noviembre de 1992, se señaló para deliberación y votación del presente recuso el día 16 siguiente.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El Ministerio Fiscal, recurrente en amparo, estima que se vulneró el art. 24.1 de la C.E. por la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial y por los Autos de la misma Sección de 2 de febrero y 4 de abril de 1989; por la Sentencia al condenar al acusado sin ser oido en la vista de la apelación, no obstante haber el mismo comparecido en el trámite (aunque extemporáneamente); por los Autos al desestimar los mismos el recurso de nulidad interpuesto frente a la Sentencia condenatoria por el acusado y el Ministerio Fiscal.

2. Conviene recordar -y precisar- los hechos en cuanto relevantes para la decisión de este recurso.

a) El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Elche dictó Sentencia el 20 de octubre de 1987 absolviendo al acusado. b) El Fiscal interpone contra la misma recurso de apelación, que fué admitido, con remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial, emplazándose a las partes (en 13 de noviembre de 1987) para que comparecieran en el término legal de cinco días. c) El acusado absuelto presentó en la Audiencia un escrito de personación el 26 de febrero de 1988, según se autentica por la Secretaría, pero que al parecer se extravía. d) Se confiere traslado al Fiscal para instrucción y, evacuado, se señala día para la vista, celebrada el 17 de mayo de 1988, sin citación, ni asistencia por tanto, del acusado. e) Dictada la Sentencia el 18 de mayo de 1988, aparece el escrito de personación del acusado en la Secretaría de la Sección juzgadora. f) Tanto el Fiscal como el acusado instan -tras la Sentencia firme- nulidad de actuaciones, petición que es denegada por los Autos de 2 y 4 de abril de 1988.

3. Si bien el Fiscal cita como resoluciones infractoras del derecho constitucional en juego a los Autos últimamente citados, hay que entender, porque la demanda del Fiscal es en ello explícita, que el reproche se dirige esencialmente a la Sentencia condenatoria dictada inaudita parte porque a la misma, la acusada que venía absuelta en la instancia, no se le dió traslado ni se la citó para la vista de la apelación que contra dicha resolución interpuso el Ministerio público.

Este entendimiento, por otra parte, concuerda con el sentido de la ya reiterada jurisprudencia constitucional que declara que no infringe la C.E. la decisión judicial, aquí los Autos, que, por atenerse al mandato imperativo del art. 240 de la L.O.P.J., no acuerda la nulidad de Sentencias definitivas y firmes en los supuestos de denuncias a posteriori de violaciones de derechos fundamentales en el curso del proceso (por todas, la STC 185/1990), infracciones o violaciones que deberán ser denunciadas y salvadas por medio de los recursos y peticiones pertinentes antes de recaer Sentencia definitiva. En otro caso sólo quedará el remedio del recurso de amparo, que se pronunciará sobre las infracciones precedentes y que, de estimarse ciertas, arrastrará la nulidad no sólo de los actos causantes, sino de las resoluciones recaídas, incluida la susodicha Sentencia y Autos dictados, lo cual, por la eficacia del derecho constitucional reconocido por la C.E. y declarado concurrente por este Tribunal Constitucional, provocará la invalidez de la cosa juzgada (SSTC 194/1987, 159/1988, 22/1989, 211/1989, 212/1989 y 213/89, amen de la 185/1990).

4. La vulneración que se denuncia es la del derecho a la tutela judicial sin indefensión por haber sido la parte acusada, en principio absuelta, condenada en la apelación sin ser oida.

No es necesario repetir la doctrina general recaída al respecto, no solo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en la instancia como en los recursos legalmente establecidos, sino acerca de los concretos derechos en los que esa tutela se manifiesta como protectora: deber judicial de audiencia y respuesta motivada, principio de contradicción procesal e igualdad de armas, etc. etc.

El caso presente, por desgracia, no es único. En no menos de tres ocasiones ha tenido este Tribunal que resolver supuestos semejantes, es decir, el de la infracción procesal constitucional causada por el extravío, ocultación o pérdida, con reaparición o no, de un escrito de la parte, justificativo y revelador de su correcta conducta procesal en cuanto al mantenimiento de sus derechos y, al tiempo, de un hecho objetivamente imputable a la oficina judicial (en definitiva al Tribunal, órgano público); tales casos en efecto, fueron decididos por las SSTC 77/1987, 66/1988 y 22/1989, y últimamente por la STC 131/1992, cuya doctrina es aquí aplicable.

5. La doctrina aludida recuerda que el art. 24.1 de la Constitución reconoce el derecho a utilizar los recursos legalmente establecidos y a que el órgano judicial que revise el proceso decida conforme a lo alegado por las partes, oidas contradictoriamente, sin que pueda justificarse la resolución judicial inaudita parte más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable a alguna parte (SSTC 112/1987 y 151/1987).

En el presente caso, en efecto, y según se ha descrito, es lo que ocurrió, es decir, no fue oído el acusado apelado pese a que éste se personara antes de la vista de la apelación, dictándose sentencia en perjuicio suyo, puesto que había sido absuelto por el juez a quo. La indefensión material es, pues, patente, bastante más que el resultado que hubiera provocado un simple defecto o infracción procesal.

Los Autos que negaron la nulidad intentan explicar que no se produjo tal indefensión porque la personación de la parte se produjo transcurridos los cinco días que la Ley estipula tras la notificación del Tribunal, o sea extemporáneamente, lo que provocó la pérdida del trámite y convirtió en correcta la vista -y la Sentencia- inaudita parte.

No puede olvidarse, sin embargo, que ya este Tribunal Constitucional, en las SSTC citadas 77/1987 y 66/1988, por tanto anteriores en fecha a los referidos Autos y Sentencias de la Audiencia, había sostenido y proclamado que la circunstancia de no haberse personado la parte acusada en el proceso penal, ni menos su personación extemporánea (STC 66/1988), excusaba al Tribunal ad quem de su deber de citación o aquella. "No incumbe determinar si el escrito de personación de los hoy demandantes de amparo, que figura unido al rollo de apelación, fue presentado o no dentro de plazo, ni si la Sala tuvo conocimiento de él antes o después de celebrada la vista del recurso, y menos aún si el escrito en cuestión se extravió, tal como apuntan los recurrentes. Pero, aun admitiendo la posible extemporaneidad de la comparecencia y personación de los apelados ante la Audiencia Provincial, tal extemporaneidad procesal no agota la relevancia constitucional de la cuestión planteada, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, ya que, a diferencia de lo que ocurre respecto del apelante, la comparecencia extemporánea del apelado en segunda instancia, si bien le impide participar en el trámite de instrucción (art. 792, regla 3ª, y art. 229, ambos de la L.E.Crim.) e intervenir, en su caso, en la actividad probatoria que eventualmente se practique en dicha instancia (art. 792, regla 5ª), no le priva -en una interpretación del art. 792, regla 6ª, de la L.E.Crim. conforme con la efectividad del derecho de defensa- de su derecho a intervenir en la vista de apelación" (STC 66/1988).

Se está, consiguientemente, y como en los casos precedentes, ante una vulneración -como se alega por el Fiscal- del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, que garantiza el art. 24.1 C.E., a lo que hay que poner remedio ahora, mediante esta Sentencia, según la doctrina de este Tribunal, en tanto en cuanto no se establezca por el legislador el recurso ordinario de amparo, al que se refiere el art. 53.2 de la C.E.

### F A L L O

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en su virtud:

1º. Anular la Sentencia de 18 de mayo de 1988 y los Autos de 2 de febrero y 4 de abril de 1989, dictados por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante.

2º. Restablecer a la parte acusada y apelada, don Pascual Martínez Ferrández, en su derecho a la tutela judicial, retrotrayéndose, al efecto, las actuaciones judiciales penales al trámite de personación y citación previa para la vista de la apelación.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a dieciseis de noviembre de mil novecientos noventa y dos.