|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 295/2008 |
| Fecha | de 29 de septiembre de 2008 |
| Sala | Sección Cuarta |
| Magistrados | Don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera y don Ramón Rodríguez Arribas. |
| Núm. de registro | 5177-2006 |
| Asunto | Recurso de amparo 5177-2006 |
| Fallo | Inadmitir el recuro de amparo interpuesto por don Emilio Espejo Torres. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. En escrito, de Registro General en el Tribunal de 10 de mayo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque, en representación de don Emilio Espejo Torres interponía recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y al proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), en la vertiente de lesión del principio acusatorio, contra la Sentencia núm.327/2006, de 23 de marzo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia núm.439/2004, de 15 de julio, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante que condenaba al recurrente como autor de un delito de detención ilegal a la pena de cinco meses multa con cuota diaria de doce euros (con responsabilidad subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas) y ocho años de inhabilitación absoluta.

Resumidamente se alega cómo en todo momento, desde la incoacción de las diligencias previas núm.405-1999 del Juzgado de Instrucción núm.2 de Benidorm, la acusación dirigida contra el Sr. Espejo lo fue por un delito contra la integridad moral, hasta que inopinadamente el Ministerio Fiscal, en las conclusiones definitivas del juicio oral calificó alternativamente los hechos como constitutivos de un delito contra la integridad moral y una falta de lesiones, o de un delito de detención ilegal y una falta de lesiones, siendo esta alternativa la adoptada por la Sala de la Audiencia Provincial. Con ello se estiman lesionados los derechos a ser informado de la acusación formulada, a emplear los medios pertinentes en la defensa, a la homogeneidad entre la acusación y la condena, a la interdicción de condena por delito más grave que el objeto de acusación, y, en definitiva, del principio acusatorio y de contradicción, generándose indefensión. Concluía la demanda solicitando el otorgamiento del amparo, con nulidad de las resoluciones impugnadas y retroacción de las actuaciones al momento de la fase intermedia (escritos de acusación y de defensa); y, por otrosí se solicitaba la suspensión de las penas impuestas, que implicarían un perjuicio irreparable al recurrente, al quedar inhabilitado para el ejercicio de su profesión de policía local.

En escritos presentados por el procurador de don Emilio Espejo Torres, de ingreso 18 de julio de 2006, 31 de octubre de 2006, 19 de diciembre de 2006, 25 de julio de 2007, 29 de octubre de 2007 y 23 de julio de 2008, se instaba la adopción urgente de la medida cautelar de suspensión de las penas solicitada, a fin de evitar que se frustre la finalidad del amparo

2. En providencia de 6 de febrero de 2008, la Sección Cuarta de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó, conforme al art. 50.3 LOTC (en redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, aplicable según la disposición transitoria tercera de la misma) dar traslado al Ministerio público y a las partes para que en plazo de diez días manifestasen lo que estimaren pertinente acerca de la posible concurrencia de alguna causa de inadmisión de la demanda (ex.art. 50.1 LOTC).

En escrito de registro de entrada de 3 de marzo de 2008, la representación procesal del Sr. Espejo Torres alega que no concurre causa de inadmisión, y que resulta patente la lesión de la tutela judicial efectiva, en las garantías de contradicción, bilateralidad y defensa, y la lesión del derecho a ser informado de la acusación, al haberse vulnerado el principio acusatorio y de defensa. Agrega que el art. 788.4 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) no constituye una excepción al principio acusatorio, ni permite alterar al final del plenario la acusación de forma heterogénea, sobre los mismos hechos, sin que se haya podido producir prueba sobre dicha calificación. A mayor abundamiento, señala que hasta se habría afectado el derecho a no declarar contra sí mismo, porque el Sr. Espejo contestó a su interrogatorio en el plenario en la confianza de que se le acusaba por delito contra la integridad moral, y no por detención ilegal.

En escrito de ingreso el 19 de mayo de 2008, el representante del Ministerio público evacuaba el traslado, en el que tras la exposición del iter procesal, interesa la inadmisión del recurso de amparo por falta de invocación previa de los derechos fundamentales afectados y por falta de contenido constitucional. Con cita del ATC 166/2004 sobre “la invocación puntual del derecho fundamental, en sentido material, como imprescindible para otorgar el amparo”, considera que en el presente supuesto, la defensa, habiendo dispuesto de dicha posibilidad, una vez formulada la conclusión final alternativa, por escrito, del Ministerio Fiscal, mediante la suspensión prevista en el art. 788.4 LECrim, no la utilizó. Por otra parte, con cita de SSTC 35/2004, FJ 2 y 33/2003, FJ 4 (esta sobre un caso idéntico, pero en sumario), concluye que la condena se produjo respetando la base fáctica, dentro de los límites de la acusación tempestivamente conocida, sin reacción defensiva entonces; amén de que la modificación jurídica de la calificación alternativa del Ministerio Fiscal tampoco hubiere quedado acreditada como heterogénea (en todo momento consta la retención, habiéndose discutido sobre su legitimidad), y que la condena finalmente impuesta lo fue dentro de los límites del principio acusatorio, y como consecuencia del principio de especialidad en el concurso de normas penales.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se interpuso por el policía local de Benidorm, don Emilio Espejo Torres, por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho a ser informado de la acusación formulada (art. 24.2 CE), en la vertiente de afección del principio acusatorio y del derecho de defensa, frente a la Sentencia núm.439/2004, de 15 de julio, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, que le condenaba como autor de un delito de detención ilegal sobre el ciudadano Si Wan Pan (cuando había estacionado indebidamente su vehículo). Habiéndose formulado calificación provisional por delito contra la integridad moral (art. 175.2 del Código penal: CP) y falta de lesiones (art. 617.1 CP), en conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal modificó la calificación definitiva, introduciendo una alternativa de delito de detención ilegal (arts. 167 y 163.4 CP) y falta de lesiones, que fue la finalmente asumida en la Sentencia condenatoria. La referida Sentencia, fue confirmada en casación por Sentencia núm.327/2006 de 23 de marzo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, quien señaló en su fundamento jurídico tercero, que la calificación alternativa final del Fiscal, no conllevó modificación de hechos, y no se vio replicada por la defensa con una petición de plazo de diez días para preparar sus alegaciones y solicitar nueva prueba, limitándose esta a elevar a definitivas sus peticiones absolutorias, por lo que se respetó el principio acusatorio y se dispuso de posibilidad de defensa.

El Ministerio Fiscal interesa la inadmisión del amparo, por vía del art. 50.1 a) LOTC (en redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007), dada la falta de invocación previa de los derechos vulnerados “tan pronto como, una vez conocida hubiere lugar para ello”; y por vía del art. 50.1 c) LOTC (también en redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007), al carecer la demanda “manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal”.

2. Tiene declarado este Tribunal que “el momento procesal oportuno para la invocación del derecho fundamental vulnerado en el previo procedimiento judicial es el inmediatamente subsiguiente a aquel en el que sobreviene la pretendida lesión, sin perjuicio de reiterarla en la posterior cadena de recursos” (por todas STC 245/2005, de 10 octubre, FJ 3) e igualmente que “está excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan” (por todas STC 141/2005, de 6 junio, FJ 2).

El art. 788.4 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), para el procedimiento abreviado, establece la facultad de la defensa de solicitar, para el supuesto de que en el escrito de conclusiones definitivas, alguna de las acusaciones cambie la tipificación penal, o circunstancias de agravación, el aplazamiento de la sesión del juicio, hasta diez días, a fin de preparar sus alegaciones y aportar elementos de prueba de descargo convenientes, preservando el derecho constitucional de defensa. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reiterado “que, debido a la instrumentalidad de este derecho con el derecho de defensa, es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión, de tal modo que si el defensor del recurrente estimaba que la modificación incluida en las conclusiones definitivas por las acusaciones era sorpresiva y, por ello, no le era posible defenderse adecuadamente de ella, debió solicitar, conforme al art. 793.7 LECrim (hoy 788.4), la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa” (SSTC 20/2003, de 10 febrero, FJ 3). E igualmente, respecto de la congruencia de la acusación con condena en relación con la reformatio in peius por modificación de las conclusiones definitivas al final del plenario, en un sumario, señalamos: “para declarar vulnerado el derecho de defensa en estos casos de alteración esencial del escrito de conclusiones provisionales, al fijar las definitivas, hayamos exigido que el acusado ejerza las facultades que le otorgan los arts. 746.6 y 747 LECrim, solicitando la suspensión de la vista y proponiendo nuevas pruebas o una instrucción sumaria complementaria” (STC 33/2003, de 13 febrero, FJ 3).

En el presente supuesto, consta que, ante la calificación final alternativa formulada en trámite de definitivas por el Ministerio Fiscal, el recurrente dispuso de la mencionada oportunidad procesal prescrita por la Ley, no haciendo uso de la misma, sin efectuar protesta ninguna, por lo que: a) por un lado, no se produjo una reacción tempestiva frente a la vulneración de los derechos fundamentales que subsiguientemente invoca, lo cual constituyó una falta de pronta invocación de los derechos afectados, que desembocaría en una inadmisión conforme al art. 50.1 a) LOTC en relación con el art. 44.1 c) LOTC (en redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de24 de mayo, aplicable conforme a la disposición transitoria tercera de la misma) ; y b) por otra parte, se da una falta de contenido constitucional de las quejas que se invocan, ya resueltas en sentido negativo en las SSTC 20/2003, de 10 febrero, FJ 3, y 33/2004 FJ 4, citadas.

Por todo lo expuesto, la Sección

ACUERDA

Inadmitir el recuro de amparo interpuesto por don Emilio Espejo Torres.

Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil ocho.