|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 127/2003 |
| Fecha | de 25 de abril de 2003 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. |
| Núm. de registro | 904-2001 |
| Asunto | Recurso de amparo 904-2001 |
| Fallo | La inadmisión del recurso de amparo interpuesto por don Santiago Calvo Pérez. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de es20 de febrero de 2001, don Santiago Calvo Pérez, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Batlló Ripoll, interpone recurso de amparo frente al Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2000, recaído en el recurso de casación núm. 4293/98, por el que se acuerda no haber lugar a la admisión de tal recurso de casación formalizado contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de octubre de 1998, recaída en el rollo de Sala núm. 60/98.

2. Los hechos de relevancia para el presente recurso de amparo son, en esencia, los que siguen:

a) El recurrente en amparo fue condenado por Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de octubre de 1998, como autor de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, a la pena de tres años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 20.000 pesetas, con arresto sustitutorio de diez días en caso de impago.

En el citado proceso penal, el recurrente en amparo estuvo representado por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz de Lima Sánchez-Ocaña, designada de oficio, y asistido en el acto del juicio oral por el Letrado don Julio de Santa Ana Campillo, de su libre designación.

b) Mediante escrito presentado en el Registro de entrada de la Audiencia Provincial de Madrid el día 14 de octubre de 1998, suscrito por la Procuradora Sra. de Lima Sánchez-Ocaña y el Letrado Sr. de Santa Ana Campillo, el recurrente en amparo manifiesta su intención de interponer recurso de casación contra la mencionada Sentencia de 1 de octubre de 1998, solicitando que se tenga por preparado tal recurso, citando al efecto diversos motivos de casación. Por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de octubre de 1998, se tiene por preparado el recurso de casación, ordenando que se emplace al recurrente para que dentro del término improrrogable de quince días comparezca a usar de su derecho ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

c) Mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Supremo el día 5 de noviembre de 1998, suscrito por la Procuradora Sra. de Lima Sánchez Ocaña, se señala que se le ha hecho entrega del oportuno testimonio para mantener ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el recurso de casación tenido por preparado, y que como quiera que el hoy recurrente en amparo está declarado insolvente, acompaña el citado testimonio, solicitando que se nombre a aquél nuevo procurador del turno de oficio, por haber concluido la labor de la Procuradora compareciente.

d) Por providencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1998, se acuerda, de conformidad con el art. 860 LECrim, requerir a los Colegios de Abogados y Procuradores para la designación de colegiados de oficio para la defensa y representación del condenado recurrente, todo ello, igualmente, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, y Reglamento de 20 de septiembre. Por nueva providencia de 11 de diciembre de 1998, se ordenó reproducir tal requerimiento al Colegio de Abogados de Madrid.

Mediante escrito de 14 de diciembre de 1998, el Colegio de Procuradores de Madrid comunica a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que la designación solicitada ha recaído en el Procurador don Eusebio Ruiz Esteban. Asimismo, mediante escrito de 23 de diciembre de 1998, el Colegio de Abogados de Madrid comunica a la Sala que la designación de Abogado solicitada ha recaído en el Letrado don José Luis de Micheo Izquierdo.

Por providencia de 13 de enero de 1999, se tienen por designados del turno de oficio, para la defensa y representación del hoy recurrente en amparo, a los mencionados Letrado y Procurador, disponiendo la entrega de las correspondientes actuaciones a fin de que en el plazo de quince días interpongan el recurso de casación anunciado.

e) Mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Supremo el día 16 de febrero de 1999, suscrito por el Letrado Sr. de Micheo Izquierdo, el Procurador Sr. Ruiz Esteban, en nombre y representación del hoy recurrente en amparo, formula el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de octubre de 1998, fundándolo en dos motivos. En el primero, bajo el epígrafe "Infracción de ley del art. 849.2 Ley de enjuiciamiento criminal", se alega que existe error en la apreciación de la prueba, basado en un documento que obra en autos, en concreto, la declaración del recurrente en amparo ante el Juez de Instrucción. En el segundo, bajo el epígrafe "Quebrantamiento de forma del art. 851.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal e infracción de precepto constitucional concretamente del art. 24.1 y 2 Constitución Española", se alega que la Sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva, al no resolver sobre la petición subsidiaria del recurrente en el sentido de que, si fuera condenado, "se le aplicara como tipicidad más correcta el contenido del art. 362.2 del Código penal".

f) Tras la correspondiente tramitación, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dicta Auto el día 17 de noviembre de 2000, acordando no haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado en representación del hoy recurrente en amparo. En cuanto al segundo de los considerados motivos de casación, razona la Sala que no existe incongruencia omisiva, toda vez que debe tenerse por desestimada implícitamente en la Sentencia recurrida la alegación referida a la aplicabilidad del art. 362 CP, ya que lo sostenido en la citada Sentencia suponía no admitir tal alegación por contraria a su razonamiento, añadiendo que el art. 362 CP no se refiere en modo alguno a sustancias que causan grave daño a la salud, en el caso cocaína, sino a medicamentos. En cuanto al primero de los motivos hechos valer en el recurso de casación, recuerda la Sala su doctrina reiterada en torno a que no constituyen prueba documental, para demostrar a efectos casacionales el error de hecho en la apreciación de la prueba, las declaraciones testificales o de los acusados. Dicho Auto fue notificado al Procurador Sr. Ruiz Esteban.

3. En la demanda de amparo, se afirma que el citado Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo vulnera los derechos fundamentales del recurrente a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, reconocidos en el art. 24.1 CE, así como el derecho fundamental a la defensa y a la asistencia de letrado, consagrado en el art. 24.2 CE. Se señala que tras la solicitud de designación de nuevo procurador del turno de oficio, formulada ante el Tribunal Supremo, ni el recurrente en amparo ni su Abogado designado libremente volvieron a tener más noticias relacionadas con el recurso de casación, hasta que, transcurridos más de dos años, el día 13 de febrero de 2001 el recurrente recibió un telegrama en el que se le comunicaba que, en virtud de lo acordado en la causa ejecutorias 194-2000, se le citaba para que compareciera ante la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid el día 28 de febrero de 2001, a fin de requerirle su ingreso voluntario en prisión. Como consecuencia de ello, se añade, realizó averiguaciones en torno a lo ocurrido, conociendo entonces que se había dictado el considerado Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, tras habérsele nombrado no sólo Procurador de oficio, sino también Letrado de oficio, cuando el recurrente no lo había solicitado, ya que había nombrado en su día Letrado particular de su confianza, quien estaba previamente ya personado y designado en los autos y había anunciado y enumerado los motivos interesados de casación. Se expone que los profesionales designados de oficio en ningún momento se pusieron en contacto con el recurrente, de manera que el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no le ha sido notificado nunca ni por el Tribunal Supremo ni por aquellos profesionales designados de oficio.

A juicio del recurrente, la vulneración de los considerados derechos fundamentales deriva de que no le fue notificada a él ni a su Letrado particular la designación del Procurador de oficio, ni tampoco la del Letrado de oficio, designación esta última que no había solicitado, de manera que el recurso de casación se ha sustanciado sin su conocimiento, toda vez que, como ya se expuso, tales profesionales designados de oficio en ningún momento se han puesto en contacto con el recurrente ni con el Letrado que éste había libremente designado. Entiende que existió un grave error judicial al promover la designación de un letrado de oficio cuando el recurrente no lo había solicitado, ya que tenía previamente uno de su confianza, interpretando incorrectamente lo previsto en el art. 860 LECrim, el cual sólo dispone que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo mandará nombrar Abogado y Procurador que puedan interponer el recurso que corresponda en el caso de que el recurrente no los hubiera designado, designación que en el supuesto que nos ocupa ya había tenido lugar. Todo ello motivó, señala, que el recurrente tampoco fuera emplazado ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De este modo, añade, es indiscutible la existencia de la irregularidad procesal que se denuncia, que le ha generado una situación material de indefensión, habiendo sufrido un grave menoscabo o limitación de su derecho de defensa, en cuanto que ha impedido que el recurrente en amparo, si lo hubiere estimado pertinente, pudiera haber comparecido y ser asistido en el recurso de casación, como lo fue en instancia, por el mismo defensor de su libre elección.

En consecuencia, entiende el recurrente que se ha de acordar la nulidad del Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior a aquél en que el señalado órgano judicial debió comunicar el nuevo Procurador asignado, para así comparecer ante el mismo y sustanciar por el Abogado libremente designado el recurso anunciado y admitido en su día.

4. Por providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 21 de septiembre de 2001, se acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al recurrente en amparo, para que dentro de dicho término alegaren lo que estimaren pertinente en relación con la posible existencia de los siguientes motivos de inadmisión del recurso de amparo:

a) Falta de agotamiento de la vía judicial [art. 50.1 a), en relación con el 44.1 a), ambos de la LOTC].

b) Carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional [art. 50.1 c) LOTC].

5. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 8 de octubre de 2001, el Ministerio Fiscal formula sus alegaciones.

Considera, en primer lugar, que concurre la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía judicial previa, puesto que la queja versa sobre la indefensión producida por haberse omitido la notificación del nombramiento de un nuevo Procurador, lo que motivó la falta de emplazamiento del recurrente ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la consiguiente sustanciación del recurso de casación sin su conocimiento, de modo que es obvio que debió plantearse previamente el incidente de nulidad previsto en el art. 240.3 LOPJ, que permite denunciar este vicio ante el propio órgano judicial.

En segundo lugar, tras citar la STC 130/2001, entiende el Ministerio Fiscal que concurre también la causa de inadmisión del recurso de amparo prevista en el art. 50.1 c) LOTC. Señala que una vez designado el Procurador del turno de oficio, conforme a lo solicitado por el recurrente, todos los actos de comunicación habidos se entendieron con dicho Procurador, de modo que tales actos han sido realizados con el representante procesal del recurrente, de manera plenamente conforme con lo previsto en el art. 182 LECrim, lo que determina que no puede considerarse que se le haya producido una indefensión de carácter material, constitucionalmente relevante, entendiendo que si el recurrente ha sufrido algún perjuicio como consecuencia de la actuación de su representación procesal, tales eventuales perjuicios son ajenos a la jurisdicción de amparo. Recuerda asimismo que el emplazamiento del recurrente se realizó a través de la representación procesal que había tenido en instancia, la cual compareció ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En definitiva, añade, el nombramiento que se afirma no deseado de Letrado de oficio, realizado ante la petición de su representación de cese en la misma, con entrega de la documentación precisa para la interposición del recurso de casación y con omisión de toda referencia a seguir ostentando la misma dirección técnica, la interposición del recurso de casación por el Letrado designado de oficio, toda la sustanciación ulterior del recurso, así como la resolución que puso final al mismo, todos y cada uno de tales actos, fueron notificados con plena corrección a su representación procesal, habiendo podido así reaccionar frente a todos y cada uno de ellos de la forma que tuviera por pertinente, y si no lo realizó, por la negligencia de su representación procesal, ello es en todo caso ajeno a la actuación de los órganos judiciales.

6. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 6 de octubre de 2001, el recurrente en amparo formula sus alegaciones.

En relación con la posible falta de agotamiento de la vía judicial previa, entiende que no concurre tal causa de inadmisión del recurso de amparo, puesto que no tuvo conocimiento de la designación de Letrado de oficio y de la resolución del recurso de casación hasta ser requerido para la ejecución de la Sentencia condenatoria, por lo que de ningún modo pudo ejercitar acción alguna, ante los órganos judiciales, con antelación a dicho momento.

Respecto de la posible carencia de contenido constitucional de la demanda de amparo, niega también la concurrencia de tal causa de inadmisión, toda vez que la designación de Letrado de oficio, cuando ya existía Letrado de confianza, sin notificarle tal circunstancia, supone la vulneración de los derechos fundamentales recogidos en la demanda de amparo, conforme a diversos pronunciamientos de este Tribunal Constitucional en los que se aborda la cuestión del derecho a la asistencia de un letrado de la propia elección del justiciable, señalando que la relación de confianza debe primar, integrando la elección de letrado el ámbito protector del derecho constitucional de defensa.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente recurso de amparo, concurre la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a) en relación con el 44.1 a), ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, consistente en que, de manera manifiesta e insubsanable, no se han agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, como consecuencia de que el recurrente, una vez que tuvo conocimiento del Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2000 y de las irregularidades que considera producidas, no planteó el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 240.3 LOPJ, fundado en la existencia de un defecto de forma que habría causado indefensión.

2. En efecto, hemos señalado en la STC 35/2003, de 25 de febrero (FJ 3), que la no utilización, cuando resulte claramente procedente, del cauce o remedio procesal previsto en el art. 240.3 LOPJ, se erige en obstáculo para que este Tribunal Constitucional pueda examinar las pretensiones de amparo, por concurrir en tal caso la mencionada causa de inadmisión del proceso constitucional. Y se añade, respecto de los defectos de forma que hubieren causado indefensión a los que se refiere el mencionado precepto como fundamento del denominado incidente de nulidad de actuaciones (supuesto que es el que aquí interesa), que ha de tratarse de actos procesales del órgano judicial en su estricta y propia condición, es decir, de actos procesales que resulten viciados por inobservancia de los requisitos exigidos por las normas reguladoras del concreto proceso.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, el recurrente en amparo considera lesionados sus derechos fundamentales como consecuencia precisamente de la supuesta incorrecta actuación, de carácter estrictamente procesal, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, frente a lo establecido en la normativa reguladora del recurso de casación, habría procedido a ordenar que se requiriese al correspondiente Colegio de Abogados la designación de abogado de oficio para la defensa del recurrente, a pesar de que éste no lo había solicitado por contar ya con un Letrado libremente elegido, así como a tener por designados, para su defensa y representación, al Abogado y Procurador de oficio indicados en los escritos de los correspondientes Colegios, sin notificar tal circunstancia al recurrente en amparo, causándole con ello una efectiva indefensión, como consecuencia de que el recurso de casación se tramitó y resolvió, a partir de tales momentos, sin su conocimiento, impidiéndole de esa manera articular su defensa de la manera que considerase más adecuada a través de la asistencia del Letrado que libremente había designado. El propio recurrente, en su demanda de amparo, señala expresamente que se habría producido una irregularidad procesal, cometida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, con desconocimiento de lo establecido en la normativa de aplicación para la tramitación del recurso de casación, que le habría generado una situación material de indefensión, en cuanto que habría sufrido un grave menoscabo o limitación de su derecho de defensa.

De este modo, siendo por lo demás indudable que concurren los demás requisitos exigidos para la formulación del denominado incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 240.3 LOPJ, resulta evidente, sin duda alguna sobre su procedencia que pudiera derivarse de las circunstancias concurrentes, que una vez que el recurrente en amparo tuvo conocimiento de que se había dictado el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2000 y de las supuestas irregularidades que el órgano judicial había cometido durante la tramitación del recurso de casación, podía haber suscitado el mencionado incidente de nulidad de actuaciones, fundándolo, de acuerdo con el citado art. 240.3 LOPJ, en la existencia de defectos de forma que hubieren causado indefensión, en cuanto que tal remedio o cauce procesal permitía, en su caso, la reparación de los vicios o errores in procedendo que se denuncian y, con ello, de la indefensión con relevancia constitucional que se considera sufrida. No habiéndolo hecho así el recurrente, desatendió, a los efectos del presente proceso constitucional, la exigencia prevista en el art. 44.1 a) LOTC de agotar la vía judicial previa, derechamente encaminada a la preservación del carácter subsidiario del recurso de amparo, lo que, de acuerdo con lo establecido en los arts. 50.1 a) y 50.3 LOTC, determina en este momento su inadmisibilidad.

Por todo lo expuesto, la Sección

ACUERDA

La inadmisión del recurso de amparo interpuesto por don Santiago Calvo Pérez.

Madrid, a veinticinco de abril de dos mil tres.