|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 41/2000 |
| Fecha | de 14 de febrero de 2000 |
| Sala | Sección Tercera |
| Magistrados | Don Carles Viver Pi-Sunyer, don Julio D. González Campos y don Vicente Conde Martín de Hijas. |
| Núm. de registro | 4503-1998 |
| Asunto | Recurso de amparo 4.503/1998 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, la Sección acuerda inadmitir a trámite el presente recurso de amparo al concurrir las causas previstas en los apartados a) y c) del art. 50.1 LOTC, en relación con el 44.1 a) de la misma. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado ante este Tribunal el 29 de octubre 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 la providencia 26 de noviembre 1997, el Auto de 27 de febrero 1998 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante y los Autos de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril y de 1 de octubre de 1998, dictados en el procedimiento abreviado 54/96 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Elda.

2. El procedimiento se inició cuando el recurrente fue denunciado por don Joaquín Planelles Ripoll por un presunto delito de apropiación indebida, del que fue absuelto por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante en Sentencia 30 de octubre de 1997. Recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal y adhiriéndose al recurso don Joaquín Planelles, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso y revocó la Sentencia dictada en primera instancia, en Sentencia 31 de marzo de 1998, condenando al recurrente a la pena de siete meses de prisión menor, correspondientes accesorias, pago de costas, "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 sexto de esta Sentencia".

3. Los hechos declarados probados por la Sentencia del Juzgado de lo Penal, más relevantes, son los siguientes:

a) El recurrente jugaba a la lotería junto con otras personas que trabajaban en su misma empresa, entre los cuales figuraba don Joaquín Planelles Ripoll -contable-, y gestionaba la adquisición y reparto de lotería nacional adquirida por la "Fila els Pilots". El Sr. Planelles había propuesto "al parecer" unos años antes compartir los premios especiales de la lotería adquirida, a lo cual accedió el recurrente, Sr. Verdú Verdú. De modo que cada vez que el Sr. Verdú Verdú repartía la lotería y cada trabajador pagaba el décimo adquirido, el Sr. Planelles indicaba que en caso de que tocara el premio especial "iba a medias".

b) El acusado adquirió y repartió décimos del número 56/262, del sorteo del día 17 de febrero de 1996, que resultó finalmente agraciado con el premio. El recurrente entregó al Sr. Planelles el décimo de la serie 9a, fracción 4a, y se reservó para él el décimo de la serie 9a, fracción 8a. Resultó premiado con el especial el décimo de la serie 9a, fracción 8a, que se había reservado don Leopoldo Verdú Verdú. El recurrente ocultó dicho premio especial y no compartió el mismo con don Joaquín Planelles, motivo por el cual éste denunció por apropiación indebida a don Leopoldo Verdú Verdú.

4. Las circunstancias procesales más relevantes para el examen del presente recurso de amparo son las siguientes:

a) Interpuesta la denuncia contra el Sr. Verdú Verdú, un testigo de la acusación, don Constantino Verdú Montesinos, también trabajador de la empresa, presentó demanda civil en juicio declarativo de mayor cuantía contra don Leopoldo Verdú Verdú, reclamando también la mitad del premio de lotería, de forma que según la citada demanda civil a don Constantino Verdú Montesinos le corresponderían 250 millones -la mitad del premio- y a don Leopoldo Verdú Verdú, así como a don Joaquín Planelles, 123 millones a cada uno. Los procedimientos penal y civil se sustanciaron de forma paralela sin apreciar conexión entre las reclamaciones de ambos, dictándose primera Sentencia en la que se desestimó la pretensión de don Constantino Verdú Montesinos, estando pendiente de resolución el recurso de apelación instado por don Constantino Verdú Montesinos.

b) Don Leopoldo Verdú Verdú también instó juicio declarativo de mayor cuantía -Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Elda, turnado con el núm: 274/97-, en el que solicita se declare la inexistencia de contrato con don Joaquín Planelles. Está pendiente de primera Sentencia.

c) En el Auto de apertura del juicio oral contra don Leopoldo Verdú Verdú de 11 de abril de 1997 el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Elda exigió al acusado fianza para cubrir las responsabilidades pecuniarias, por un total de 328 millones de pesetas, 250 millones para cubrir el supuesto "pacto por mitad" del premio y 78 millones de pesetas para cubrir los intereses, costas y demás gastos del art. 19 del Código Penal. El recurrente presentó aval bancario al efecto.

d) En el juicio oral y ante las posibles contradicciones sobre la cuantía de lo reclamado, dado el tenor literal de la demanda civil de don Constantino Montesinos, el Letrado de la acusación particular modificó la responsabilidad civil solicitada en el sentido de concretarla al "50 por 100 de los derechos que pudieran corresponderle al acusado, manteniendo un mínimo de 123 millones de pesetas". La acusación del Ministerio Fiscal se formuló en los mismos términos en relación con la responsabilidad civil.

e) Tras dictarse Sentencia absolutoria del acusado en primera instancia -Sentencia de 30 de octubre de 1997-, el recurrente solicitó del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante la devolución de la fianza prestada en su día.

f) En providencia de 26 de noviembre de 1997 se denegó la devolución del aval por no ser firme la Sentencia absolutoria, al haberse interpuesto recurso de apelación por el Ministerio Fiscal. La providencia fue recurrida en reforma: de un lado, por haber desaparecido los indicios de criminalidad que sustentaron la medida cautelar, y, de otro, en virtud de la ausencia de motivación del mantenimiento de la fianza en cantidad de 328 millones de pesetas, dado que la responsabilidad civil se cifra en la Sentencia en un mínimo de 123 millones de pesetas.

g) En escrito de 9 de diciembre, el Letrado del recurrente se opuso, en recurso de reforma, al recurso de apelación del Ministerio Fiscal, al que se había adherido la acusación particular, alegando que no se podía considerar parte en el recurso la acusación particular, porque ella misma no había presentado recurso de apelación.

h) En Auto de 27 de febrero de 1998 se dio respuesta al recurso de reforma contra la providencia de mantenimiento de la fianza y a lo solicitado en el escrito de oposición a la apelación. En particular, se argumentó "el art. 795.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.) no requiere que se haya recurrido una Sentencia en vía penal, para ser parte en el recurso interpuesto por terceros, y, por tanto, poder impugnar o adherirse al mismo. Respecto de la segunda cuestión planteada por el Letrado del acusado, absuelto en primera instancia, hay que indicar que la forma y cuantía de la fianza se adoptó en fase de instrucción, no siendo firme la Sentencia recaída en primera instancia, por lo que la medida aseguradora se ha de mantener mientras tanto".

i) El 16 de marzo se interpuso recurso de queja contra el citado Auto, reiterándose las argumentaciones del recurso de reforma. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante dictó Sentencia sobre el fondo del asunto, estimando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, sin haber resuelto el recurso de queja interpuesto. En Auto de 17 de abril, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante procedió a aclarar la Sentencia condenatoria y rectificar el FJ 6 de la misma, en el sentido de sustituir la frase "... si prospera la reclamación judicial de Constantino Verdú Montesinos frente al acusado, Joaquín Planelles..." por "... si prospera la reclamación judicial de Constantino Verdú Montesinos frente al acusado, Leopoldo Verdú Verdú".

j) En Auto de 24 de abril de 1998, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de queja con el siguiente fundamento jurídico: "La fianza exigida y prestada tenía como finalidad asegurar las responsabilidades civiles derivadas de la causa. Al no ser firme la Sentencia absolutoria y haberse interpuesto recurso de apelación, subsiste la finalidad de la fianza, y al haberse pronunciado Sentencia condenatoria con responsabilidades civiles para el acusado, el recurso carece de toda finalidad, pues la responsabilidad civil debe hacerse efectiva con la fianza prestada, que para ello se prestó". .

k) Se instó incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto de 24 de abril -y anteriores de los que trae causa-, sustentado en tres pretensiones de incongruencia omisiva. Paralelamente, se instó un segundo incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de 31 de marzo de 1998, objeto del recurso 4677/98.

1) La representación del recurrente interpuso incidente de recusación contra los magistrados de la Sala de la Audiencia Provincial que tenían que resolver el recurso de queja interpuesto y los incidentes de nulidad de actuaciones, entendiendo que estaban contaminados y habían perdido la imparcialidad objetiva, dado que al haber resuelto la Audiencia Provincial el recurso de apelación sobre el fondo del asunto antes de resolver el recurso de queja, tenían un conocimiento que les restaba imparcialidad.

En Auto de 4 de mayo de 1998, la Sección Primera de la Audiencia Provincial acordó no haber lugar a la abstención solicitada por no concurrir la causa del núm. 10 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), pues ninguno de los Magistrados habrían actuado como instructores de la causa penal ni fallado la causa en anterior instancia, y el art. 240.3, párrafo 2, LOPJ establece la competencia del mismo Tribunal que dictó la Sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza para conocer el incidente de nulidad.

Remitidos los escritos y documentos al Magistrado más antiguo de la Audiencia Provincial, se tramitó el incidente de recusación. La Sala de Recusaciones del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó Auto de 30 de junio de 1998 desestimando la recusación promovida con idénticos argumentos a los esgrimidos por la Sala recusada en Auto 4 de mayo para no abstenerse.

m) La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante en Auto de 21 de septiembre de 1998, estimó parcialmente la nulidad solicitada. Desestimó las cuestiones relativas a la respuesta parcial a la cuestión de la devolución de la fianza y a la irregularidad en la tramitación y decisión del recurso de queja por los mismos Magistrados sentenciadores del asunto principal, y estimó la pretensión relativa a no haber dado respuesta a la cuestión de la apelación adhesiva. En particular, "al haber omitido el Auto resolutorio el debido pronunciamiento sobre la pretensión ejercitada en el recurso de que no se admita la apelación adhesiva de la acusación particular, retrotrayendo el trámite procesal al momento anterior a la resolución del recurso de queja, a fin de resolver sobre esta pretensión ejercitada y no resuelta, y manteniendo el pronunciamiento de dicho Auto desestimatorio de la pretensión de no devolución de fianza".

n) Retrotraídas las actuaciones al momento anterior a la resolución del recurso de queja, en Auto de 1 de octubre de 1998, la Sección Primera de la Audiencia Provincial desestimó la pretensión referida a la admisión de la adhesión a la apelación argumentando la posibilidad establecida en el art. 795.4 LECrim de la citada adhesión, dado que esta disposición establece el obligatorio traslado del escrito de apelación a las demás partes, y por "demás partes deben entenderse todas las que lo sean en el procedimiento que aún no ha concluido en Sentencia firme, y todas las partes tienen derecho a presentar escrito de adhesión a la apelación formulada por otra parte distinta".

5. La demanda de amparo alega la vulneración del derecho a un Juez imparcial, del derecho al proceso debido en relación con el principio de igualdad de armas, principio acusatorio y tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE).

a) La lesión del derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) se sustenta en que la Sala que resolvió la nulidad estaba contaminada por tener un conocimiento previo sobre el caso, dado que había dictado Sentencia sobre el fondo del asunto antes de haber resuelto los incidentes procesales alegados en los recursos de reforma y queja. En particular, conocía la cuestión de la admisión de la apelación adhesiva de la acusación particular.

Esta pretensión se fundamenta, en primer término, en la existencia de un proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge como causa de recusación la que se sostiene existió en este caso. Es decir, se entiende que el incidente de nulidad de actuaciones aunque lo deba resolver el mismo órgano, ello no significa que deba tener la misma composición que la Sala a la que se imputan los defectos causa de la nulidad pretendida. En segundo lugar, se sostiene que la interpretación realizada por el órgano que resolvió la cuestión de la nulidad es formal al proceder a una estimación parcial en la que no se acoge los efectos temporales pretendidos de la nulidad.

b) La primera vulneración del derecho al proceso debido en relación con el principio de igualdad de armas, principio acusatorio y tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) se fundamenta en que se admitió la adhesión de la apelación considerando parte de la segunda instancia a la acusación particular, cuando en primera instancia presentó el escrito de conclusiones fuera de plazo y debió ser excluida.

c) La segunda vulneración del derecho al proceso debido se sustenta en que se le condenó en segunda instancia sin haber podido defenderse del escrito de adhesión a la apelación. También se habría vulnerado el principio acusatorio porque la adhesión de la apelación modificó y varió el contenido de la apelación del Ministerio Fiscal. Se fundamenta el motivo en que las resoluciones han interpretado el art. 795.4 LECrim como se hacía antes de la reforma del proceso abreviado (Ley Orgánica 7/1988), cuando ello no es posible porque la nueva Ley no prevé un trámite de traslado del escrito de adhesión a la apelación, por lo que no preserva los derechos de defensa del recurrente, pues se puede resolver el fondo del asunto sin que la defensa haya conocido los fundamentos del mismo, ni, por tanto, haya podido oponerse a ellos. En consecuencia, el Auto de 1 de octubre de 1998, que contesta definitivamente esta cuestión, después de haberse admitido la incongruencia omisiva respecto de la misma, no es una resolución fundada en Derecho. Se afirma que las resoluciones anteriores debieron aceptar que se producía la violación constitucional y, de conformidad con lo solicitado, no declarar la retroacción de actuaciones por la nulidad en virtud de incongruencia omisiva, sino dictar una resolución motivada sobre las pretensiones del recurrente.

6. La Sección, en providencia de 12 de julio de 1999, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el núm. 3 del art. 50 LOTC, conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formulasen, con las aportaciones documentales que procediesen, las alegaciones que estimaren pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda -art. 50.1 c) LOTC.

7. Evacuando trámite de alegaciones, la representación del demandante de amparo desistió de la pretensión referida al derecho a un Juez imparcial, al haberse denunciado el mismo motivo en la demanda de amparo 4677/98 admitida a trámite en el Tribunal, interpuesta por el recurrente. De otra parte, reiteró el resto de las pretensiones de la demanda y sus fundamentos en escrito registrado el 14 de septiembre de 1999.

8. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado en este Tribunal el 8 de octubre de 1999, interesa la inadmisión a trámite de la demanda, al amparo de lo dispuesto en el art. 50.1 c) LOTC. En primer término, dado que en providencia dictada sobre el recurso de amparo 4271/98, promovido por el mismo recurrente y alegando la misma cuestión, se ha considerado carente de contenido la pretensión relativa al derecho a un Juez imparcial. En segundo término, por cuanto las cuestiones relativas a la admisión de la adhesión de la apelación han obtenido una respuesta fundada del órgano judicial, de forma que el amparo ha sido ya denegado en la jurisdicción ordinaria.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Único. Habiendo desistido el demandante de amparo de la pretensión relativa al derecho a un Juez imparcial, objeto de la demanda, son tan sólo las vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva

referidas a la admisión de la adhesión de la acusación particular al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal. Ambas pretensiones deben ser desestimadas por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a) en relación con el

art. 44.1 a) LOTC], dado que las vulneraciones de derechos fundamentales se atribuyen a resoluciones que no pusieron fin al proceso, y que, por consiguiente, han de considerarse interlocutorias. De forma que, aunque al ser dictadas había recaído ya

Sentencia sobre el fondo del asunto, sin embargo, ésta no es objeto de impugnación en el presente recurso de amparo. De otra parte, ha de tenerse en cuenta que la estimación de ambas pretensiones requiere la existencia de indefensión material, que en

este caso sólo puede examinarse e imputarse a las resoluciones de fondo del asunto, pues sólo tras la comparación entre el fallo dictado en apelación, el alcance del escrito de conclusiones definitivas, el recurso de apelación del Ministerio Fiscal y el

escrito de adhesión de la acusación particular, puede obtenerse una conclusión sobre los efectos reales desfavorables que la admisión de la adhesión a la apelación de la acusación particular tuvo en las posibilidades de defensa del finalmente condenado.

Por tanto, como ha sido declarado por este Tribunal (SSTC 94/1992,63/1996,219/1998 y 73/1999), la subsidiariedad del amparo y el necesario agotamiento de la vía judicial previa sustentan la inadmisión del recurso de amparo contra resoluciones

interlocutorias.

ACUERDA

Por todo lo expuesto, la Sección acuerda inadmitir a trámite el presente recurso de amparo al concurrir las causas previstas en los apartados a) y c) del art. 50.1 LOTC, en relación con el 44.1 a) de la misma.

Madrid, a catorce de febrero de dos mil.