

art. 24.1 CE, consiste en obtener una resolución de fondo, pero ello no impide que el derecho también se satisfaga cuando la resolución es de inadmisión, siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debiendo el razonamiento responder a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución .... Por tanto, aunque el recurso de amparo no es una tercera instancia que tenga por objeto idóneo revisar la interpretación y aplicación que los órganos judiciales hagan de la legalidad, procederá, en todo caso, examinar si, en primer lugar, existe o concurre la causa de inadmisión invocada por los órganos judiciales y, en segundo, si la interpretación de dicha causa que impide el acceso a la resolución de fondo conculca el derecho fundamental» (STC 40/1994, de 15 de febrero, FJ 4, entre otras, con cita de SSTC 126/1984, de 26 de diciembre, 4/1985, de 18 de enero, 24/1987, de 25 de febrero, 93/1990, de 23 de mayo, y 32/1991, de 14 de febrero).

En el caso presente, la respuesta de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz se fundamenta en que, una vez declarado desierto el recurso de apelación mediante resolución firme de la Sección Quinta, no era posible continuar la tramitación del mismo recurso de apelación por la Sección Segunda, acordándose en consecuencia el archivo del rollo de esta Sección, archivo que se decidía «sin perjuicio de lo que en su día resuelva el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 6264-2000», tratándose, en consecuencia, de una resolución que exterioriza las razones de su decisión en la motivación, la cual no puede considerarse arbitraria, irrazonable, ni incurra en error patente (STC 40/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4, entre otras), por lo que resulta procedente, en cuanto al recurso de amparo núm. 4835-2001, el pronunciamiento desestimatorio previsto en el art. 53 b) LOTC.

### FALLO

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

Ha decidido

1.º Otorgar el amparo solicitado en el recurso núm. 6264-2000, promovido por Marina Océano Atlántico, S.L. y, en consecuencia:

1) Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2) Anular el Auto de fecha 20 de septiembre de 2000 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz y sus posteriores actuaciones, en el recurso de apelación núm. 158-2000 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de El Puerto de Santa María en autos de juicio de menor cuantía núm. 320/95, retrotrayendo aquéllas al momento inmediatamente anterior al de dicho Auto, a fin de que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

2.º Denegar el amparo solicitado en el recurso núm. 4835-2001, promovido por Marina Océano Atlántico, S.L.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

**5290** *Sala Primera. Sentencia 38/2003, de 27 de febrero de 2003. Recurso de amparo 2037/99. Promovido por don Saturnino Granda Orfila frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo y de un Juzgado de lo Penal, que dieron lugar a su condena por un delito de contrabando.*

*Supuesta vulneración de los derechos al juez imparcial, a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo y a la asistencia letrada, y a la legalidad penal: Sentencia de apelación dictada por Magistrados que habían resuelto recursos contra el archivo de la causa; condena fundada en pruebas de cargo, valorando la mayor verosimilitud de las declaraciones sumariales prestadas sin Abogado; los boletos de lotería no autorizados pueden calificarse como efectos estancados.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2037/99, promovido por don Saturnino Granda Orfila, representado por el Procurador de los Tribunales don Gabriel de Diego Quevedo y asistido por la Letrada doña Ana García Boto; ha sido promovido contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo el 24 de marzo de 1999. Dicha Sentencia desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia, también impugnada, número 378/1998, dictada por el Juzgado de lo Penal número 1, de los de Gijón, el 16 de noviembre de 1998, en el procedimiento abreviado núm. 379/98, seguido por delito de contrabando. Han sido parte en el proceso de amparo la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), representada por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, y asistida inicialmente por el Letrado don Federico Camarasa Goyenechea y, posteriormente, por los Letrados don Luis Rodríguez Ramos y don Joaquín Rodríguez-Miguel Ramos, el Abogado del Estado, en la representación y defensa del Estado que por ley ostenta, y el Ministerio Fiscal. Es Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 14 de mayo de 1999, el Procurador de los Tribunales don Gabriel de Diego Quevedo, en representación de don Saturnino Granda Orfila, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia núm. 130/1999, de 25 de marzo de 1999, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Gijón de 16 de noviembre de 1998. Correspondió el conocimiento del recurso a la Sala Primera de este Tribunal Constitucional, para tramitación por su Sección Primera.

2. Los fundamentos de hecho de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

a) El 19 de junio de 1996, la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) presentó denuncia en el

Juzgado de Instrucción núm. 4 de Oviedo contra la Asociación ASAMI (Asociación Asturiana de Minusválidos) por la presunta comisión de sendos delitos continuados de contrabando, defraudación tributaria y delito contable.

b) Se produjeron diversas vicisitudes procesales en las que, por dos veces, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Gijón dictó Auto de archivo, resolviendo la Audiencia Provincial en apelación (Autos de 27 de septiembre de 1996 y de 12 de noviembre de 1997) la reapertura de diligencias. Por Auto de 27 de enero de 1998 se incoó finalmente el procedimiento abreviado núm. 13/98, por el antedicho Juzgado de Instrucción, por un presunto delito de contrabando.

c) Se practicó la instrucción, durante la cual y en su primera comparecencia, sin estar detenido, el recurrente declaró ante el Juez de Instrucción sin asistencia letrada y renunciando expresamente a ella. Posteriormente se remitieron los autos al órgano de enjuiciamiento. Celebrada la vista oral el 5 de noviembre de 1998, por Sentencia de 16 de noviembre de 1998 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Gijón, el recurrente y otro coencausado fueron condenados a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor, que se sustituye por arresto de trece fines de semana, y a una multa de cincuenta y dos millones pesetas, indemnización al Estado y pago de parte de las costas, como autores de un delito de contrabando por haber comercializado entre el 25 de abril 1995 y el 25 de abril de 1997, a través de la asociación ASAMI, el cupón de minusválido careciendo de cualquier tipo de autorización para ello.

Se declaran como hechos probados que los acusados pusieron a la venta diariamente, excepto sábados y domingos, unos tres mil cupones de los que se vendían unos dos mil por precio unitario de cien pesetas, excepto el viernes día en el que el precio era de doscientas pesetas, fijándose la obtención de premios en combinación no autorizada con el sorteo de la ONCE obteniendo unos ingresos brutos anuales de unos cincuenta y dos millones de pesetas, cifrando el beneficio neto en un dos por ciento de dicha cifra.

La Sentencia excluye expresa y razonadamente que los cupones vendidos por los acusados merezcan la consideración de «género prohibido», a efectos de la Disposición adicional décimo octava, uno, de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre de presupuestos generales del Estado para 1986. Sí considera, en cambio, que los mismos tienen la consideración de «género estancado», conforme a la publicatio como monopolio del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, que interpreta en relación con el Real Decreto 1067/1981, de 24 de abril, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que hace mérito.

d) Interpuesto recurso de apelación, éste es desestimado por Sentencia de 25 de marzo de 1999 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que confirmó la Sentencia recurrida en sus propios términos.

3. El recurrente solicita la concesión de amparo, en primer lugar, por vulneración del derecho al Juez predeterminedo por la Ley (art. 24.2 CE) por cuanto los Magistrados de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo que resolvieron el recurso de apelación habían resuelto con anterioridad otros dos recursos de apelación interpuestos por las acusaciones contra el archivo de actuaciones acordado en dos ocasiones por el instructor. De esta forma habrían podido formarse un juicio previo en cuanto a la calificación de los hechos imputados.

En segundo lugar por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ya que la condena se basó en pruebas que no reunían los requisitos cons-

titucionales, en concreto, ambas Sentencias fundamentan la convicción condenatoria en declaraciones que prestaron los acusados en fase de instrucción sin asistencia letrada, por propia renuncia, acogiéndose en el juicio oral al derecho a guardar silencio.

Se queja, finalmente, de que las resoluciones habrían conculcado el principio de legalidad penal e interdicción de interpretaciones analógicas y extensivas in malam partem (art. 9.3 y 24.1 CE), puesto que la aplicación del tipo penal de contrabando sería errónea. A juicio del demandante de amparo, el juzgador debería haber declarado la imposibilidad de perseguir el comportamiento enjuiciado por no estar debidamente tipificada como delictiva la conducta que se imputó a los acusados.

4. La Sección Primera acordó, en providencia de 10 de abril de 2000, admitir a trámite el recurso. A tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC requirió a la Audiencia Provincial de Oviedo y al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Gijón, respectivamente, el rollo de apelación núm. 60/99 y el juicio oral núm. 379/98, interesando asimismo el emplazamiento de cuantos fueron parte en el proceso, con excepción del recurrente de amparo, ya personado.

5. Por providencia de la misma fecha la Sección, vista la solicitud de suspensión cautelar de la ejecución de la resolución judicial impugnada formulada por el recurrente, acordó formar la pieza separada correspondiente. Dicha pieza se resolvió, tras la correspondiente tramitación, por Auto de 29 de mayo de 2000 en el que la Sala acordó suspender la ejecución de la Sentencia de 25 de marzo de 1999, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo que confirma en apelación la dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Gijón de 16 de noviembre de 1998, exclusivamente en lo referente a la pena privativa de libertad de arresto de trece fines de semana, denegando la suspensión solicitada en todo lo demás.

6. El Abogado del Estado ante el Tribunal Constitucional solicita ser tenido por personado y parte en el proceso constitucional, mediante escrito registrado el 18 de abril de 2000.

7. Mediante escrito, registrado el 7 de junio de 2000, el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, en nombre y representación de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), solicita se le tenga por personado y parte.

8. Por diligencia de ordenación del Secretario de la Sala Primera, de 21 de junio de 2000, se tienen por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por los órganos judiciales y los escritos del Abogado del Estado y del Procurador Sr. Sánchez-Puelles, a quienes se tiene por personadas y parte. Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se concedió a las partes personadas y al Ministerio Fiscal el plazo común de veinte días para que pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

9. El Abogado del Estado formula alegaciones el 11 de julio de 2000 pidiendo la desestimación del recurso. Alega al respecto que las actuaciones previas de los Magistrados componentes de la Sala sentenciadora quedaron reducidas a estrictas medidas de control de legalidad, bien en aspectos sustantivos -como la calificación de efectos estancados bien en cuestiones básicas y elementales del propio procedimiento. En ninguno de estos casos hay posibilidad razonable de considerar creado ningún tipo de prejuicio. Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998, caso Castillo-Algar contra España, que cita el propio recurrente: «la simple circuns-

tancia que un juzgador haya tomado decisiones anteriores al proceso, no puede por sí misma justificar las aprensiones de imparcialidad» (§ 46). Por otro lado, no cabe invocar el caso del presente amparo como similar al resuelto por la referida Sentencia. Baste recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos enjuició un supuesto en el que la resolución de un recurso de apelación, afectó al Auto de procesamiento cuyo objeto propio es un juicio de culpabilidad, aunque lo sea a título meramente provisional y con efectos limitados. En el caso de autos no se trata de nada de eso, sino de medidas de puro control de legalidad, ajenas desde luego a un contacto general con los hechos del proceso, y en las que no se vislumbra ninguna posibilidad de impacto previo que pudiera condicionar las futuras resoluciones de fondo.

En segundo lugar, prosigue el Abogado del Estado, el recurrente aduce una lesión en su derecho a la presunción de inocencia que entiende producida por haber otorgado —tanto la Sentencia de primera instancia como la de apelación— mayor verosimilitud a las declaraciones prestadas por los acusados en la fase de instrucción respecto de la «opción a la que se acogieron en el juicio oral de guardar silencio». A juicio del Abogado del Estado, no se entiende muy bien esta comparación de verosimilitudes que propone la demanda de amparo como desatendida o incorrectamente apreciada por las Sentencias. Declarar o guardar silencio, son, en efecto, alternativas de conducta que incumben a los inculpados de cualquier infracción punible, en cuanto pueden elegir por una o por otra, sin sufrir sanción alguna a causa de la opción. No son, sin embargo, alternativas de credibilidad para el Juez en el sentido que al juzgador se le ofrezcan diversas versiones de la realidad entre las que debe escoger una de ellas como más probable: entre lo declarados expresamente y entre lo callado en uso del derecho a no declarar. El silencio es un hecho puramente negativo, que en sí mismo no ofrece posibilidad de un predicado de verdad o de falsedad; lo verdadero o lo falso puede sólo referirse a los enunciados que se expresan y no a lo que se calla. Lo que no resulta admisible es la pretensión de atribuir al silencio una virtualidad probatoria frente a los hechos que positivamente resultan del conjunto de las pruebas practicadas. Una cosa es que nadie esté obligado a declarar contra sí mismo, y otra bien distinta, que no se pueda condenar al que calla. Antes al contrario, en la misma configuración del silencio como derecho está implícita la posibilidad de valorarlo. Allí donde los inculpados asistidos de la plenitud de sus garantías de defensa pudieron hablar —en el juicio oral— ha de entenderse que existe el deber de hacerlo, si no como deber jurídico, si como carga derivada de la situación peculiar del propio proceso.

Entiende que, por la misma razón, la presunción de inocencia, nada tiene que ver con el derecho a la asistencia letrada, a la que el demandante renunció en el momento de prestar declaración, aunque ahora, desdiciéndose de tal renuncia venga tras la Sentencia condenatoria a invocar la irrenunciabilidad del derecho. La asistencia letrada es básicamente un derecho al que puede renunciarse una vez informado el declarante de la existencia y posible ejercicio del derecho en que consiste tal asistencia. El demandante al aludir al nombramiento de oficio de Letrado, se está refiriendo a una hipótesis distinta a la del momento procesal en que prestó declaración, puesto que, como ha señalado ese Tribunal, sólo procede el nombramiento referido en los supuestos en que se tome por el Juzgador alguna de las decisiones a que se refiere el art. 789 LECrim (ATC 108/1999).

Finalmente, en la demanda se invocan una pluralidad de principios constitucionales: principio de legalidad penal, interdicción de interpretaciones analógicas y extensivas in malam partem (arts. 9.3 y 24.1 CE). En

el desarrollo de esta amplia rúbrica, sólo se aprecian dos alegatos concretos: el primero concierne a la cita del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1997 hecha por la Sentencia de instancia y frente a la que se alza la demanda de amparo objetando ser esta disposición de fecha posterior a los hechos, y por lo tanto inaplicable. Se trata, como bien puede comprobarse por el texto literal citado en la propia Sentencia de un simple error de transcripción del año de la disposición que no es 1997, sino 1977.

El segundo alegato nada tiene que ver con los preceptos que se citan en el recurso, se trata simplemente de una negación de la culpabilidad de los condenados en virtud de una reinterpretación de los hechos declarados probados en la Sentencia y no combatidos en la apelación. Para el demandante no hay culpabilidad porque no tenía que conocer «que la autorización que tenía la Asociación no amparaba la actividad de sorteo y rifas». La lectura de los Autos revela claramente que no disponían los condenados de autorización alguna, ni era la invocada asociación otra cosa que la expresión del concierto de los propios condenados en los objetivos de lucro que perseguían. En cualquier caso, son consideraciones éstas bien ajenas a cualquier derecho fundamental y que se insertan plenamente en el marco de apreciación y valoración de los hechos que compete a la jurisdicción penal.

Por lo expuesto, finaliza el Abogado del Estado pidiendo que se dicte Sentencia desestimatoria.

10. El Procurador don Manuel Sánchez-Puelles formula alegaciones, en nombre y representación de la ONCE, mediante escrito registrado el 15 de julio de 2000. Señala, en síntesis, que no se ha vulnerado el derecho al Juez predeterminado por la Ley, pues ninguno de los Magistrados que dictaron la Sentencia impugnada en amparo se encuentra en los supuestos de recusación legalmente establecidos; tampoco el derecho a la presunción de inocencia ha sido vulnerado, pues no puede basarse tal vulneración en la no intervención de Letrado en las declaraciones de instrucción cuando se rechaza tal intervención; y, en fin, no puede hablarse de vulneración del principio de legalidad penal de interdicción de interpretaciones extensivas y analógicas in malam partem cuando la fundamentación de las Sentencias condenatorias es congruente con las disposiciones legales aplicables al caso. Por todo ello solicita también la desestimación del recurso de amparo, al no existir infracción de derecho fundamental alguno en las resoluciones judiciales.

11. El Ministerio Fiscal evacúa el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el 20 de julio de 2000, solicitando también la desestimación del recurso. Precisa, en primer lugar, que lo que se invoca como supuesta violación del derecho al juez predeterminado quiere referirse, en realidad, al derecho al juez imparcial, incluido dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, pues el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, contenido también en el art. 24.2 CE, nada tiene que ver con el caso de autos.

En cuanto a las dos quejas del caso concreto señala que el primero de los Autos que revoca el archivo de las actuaciones, de fecha 27 de septiembre de 1996, se limita a ordenar la reapertura de las diligencias previas, dado que no se han practicado diligencias suficientes, al sólo efecto de que el Juez de Instrucción las ordene antes de tomar una decisión. No sólo no ha existido contacto con el material instructorio (que no existía entonces), sino que ningún prejuicio cabe deducir de esta primera resolución. La conclusión no es distinta respecto al Auto de 12 de noviembre de 1997, donde se efectúan dos razonamientos jurídicos para acordar la

continuación del procedimiento: a) que no resulta inequívoca la afirmación del instructor acerca de la no inclusión de los boletos entre los efectos estancados, pues la legislación vigente (que se cita) otorga el carácter de género estancado a toda clase de boletos de lotería no autorizados. No nos encontramos aquí con una actividad de instrucción, sino ante un juicio de calificación jurídica, que tampoco supone contacto directo con el material instructorio susceptible de contaminación objetiva; b) en segundo término, se entiende por la Sala que no se han realizado diligencias suficientes para la valoración de la cuantía, por lo que ordena se practiquen más. Tampoco aquí se realiza actividad instructora alguna, ni se aprecian atisbos de contaminación. Este Tribunal ha resuelto ya un caso similar en su STC 50/1996. De acuerdo con lo señalado en el fundamento jurídico 2, a juicio del Ministerio Fiscal ante este Tribunal Constitucional, no ha sido vulnerado en este caso el derecho al juez imparcial.

Entrado en la consideración de la alegada quiebra del derecho a la presunción de inocencia, razona que ésta se basa en el hecho de que la convicción del juzgador no pudo fundarse en las declaraciones del acusado en el acto del juicio oral, pues prefirió acogerse a su derecho a guardar silencio, ni tampoco en su declaración ante el Juez de instrucción, pues renunció a la presencia del Letrado y no le fue nombrado uno de oficio. No entiende el Ministerio público que el supuesto que se plantea sea el de una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, como afirma la demanda, pues fue la propia actitud del actor la que provocó la situación anómala: primero renuncia (indebidamente) a la asistencia del Letrado en su declaración como imputado, y después se acoge a su derecho a no declarar en el acto del juicio. Es doctrina reiterada de este Tribunal que las diligencias sumariales pueden ser valoradas por el juzgador si son reproducidas en el acto del juicio. Y la reproducción se refiere tan sólo a la prueba-medio, no a la prueba-resultado. Las declaraciones del recurrente fueron traídas con todas las garantías al acto del juicio, donde hubo oralidad, publicidad, intermediación y posibilidad de contradicción. Entra en juego, pues, el art. 741 LECrim, según el cual el Juez valorará en conciencia las pruebas practicadas en el juicio. Ninguna quiebra aprecia, pues, el Fiscal del derecho a la presunción de inocencia.

Por fin, se aduce la vulneración del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, pues se aplica la Ley de contrabando de 1982, que fue derogada por la de 1995. Los hechos comienzan bajo la vigencia de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, cuyo art. 3.1 viene prácticamente reproducido por la Ley Orgánica 12/1995 en su art. 1.6, que tipifican la venta de efectos estancados. El Fiscal no aprecia interpretación analógica in malam partem en el caso de autos, pues los boletos de lotería no autorizados tienen la calificación legal de efectos estancados, y su venta sin autorización está tipificada como delito. Tampoco en este extremo el amparo debe prosperar. En consecuencia, el Fiscal interesa que se dicte Sentencia denegando el amparo, por cuanto no resulta del proceso la lesión de los derechos fundamentales que sirven de apoyo a la demanda.

12. Por providencia de 24 de febrero de 2003, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el siguiente día 25 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si, como propone el recurrente y niegan el resto de las partes personadas, las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado los derechos fundamentales al Juez ordinario predeterminado por la Ley,

a la presunción de inocencia y a la legalidad penal, contemplados, respectivamente, en los arts. 24.2 y 25.1 CE.

2. En lo que respecta a la primera de las vulneraciones denunciadas, que el actor concreta en que los Magistrados que dictan la Sentencia de apelación habían intervenido previamente en la resolución de dos recursos de apelación contra dos Autos de archivo dictados por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Gijón, lo primero que hay que precisar es que no nos encontramos en puridad ante un supuesto incardinable en el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Lo que está en causa es el derecho a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de derecho al Juez imparcial (SSTC 164/1988, de 26 de septiembre, FJ 1; 11/1989, de 24 de enero, FJ 3; 106/1989, de 8 de junio, FJ 2; 119/1993, de 19 de abril, FJ 4; 60/1995, de 16 de marzo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 154/2001, de 2 de julio, FJ 3) puesto que de las garantías del proceso debido que reconoce como derecho fundamental el art. 24.2 CE forma parte la del Juez imparcial, la cual constituye no sólo una de las notas esenciales del principio acusatorio, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un «proceso con todas las garantías», sino también y al propio tiempo es un derecho fundamental, implícito en el derecho al Juez legal, proclamado en el mismo núm. 2 del art. 24 CE.

Será, pues, desde esa perspectiva desde la que analizaremos la queja en este recurso de amparo, puesto que, como de forma reiterada viene sosteniendo este Tribunal, no exigimos que la invocación del derecho supuestamente vulnerado haya de llevarse a cabo mediante la concreta identificación del precepto constitucional donde se proclama, ni tampoco mencionando su nomen iuris cuando se acota suficientemente el contenido del derecho constitucional que se invoca como vulnerado. Así ocurre en el caso, permitiendo un pronunciamiento de este Tribunal sobre la infracción aducida (SSTC 167/1987, de 28 de octubre, FJ 1; 184/1992, de 16 de noviembre, FJ 2; 80/1994, de 14 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 19/2001, de 29 de enero, FJ 3; 154/2001, de 2 de julio, FJ 2 y 79/2002, de 8 de abril, FJ 5).

3. Como ha tenido la ocasión de señalar este Tribunal en forma reiterada, el derecho al juez imparcial es uno de los contenidos básicos del art. 24.2 CE, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un «proceso con todas las garantías» y, también, y al propio tiempo, configura un derecho fundamental implícito en el derecho al juez legal proclamado en el mismo núm. 2 del art. 24 CE (SSTC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3; 44/1985, de 22 de marzo, FJ 4; 113/1987, de 3 de julio, FJ 4; 145/1988, de 12 de julio, FJ 5; 106/1989, de 8 de junio, FJ 2; 138/1991, de 20 de junio, FJ 1; 136/1992, de 13 de octubre, FJ 1; 307/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2). La imparcialidad y objetividad del Tribunal aparece, entonces, no sólo como una exigencia básica del proceso debido (STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 3) derivada de la exigencia constitucional de actuar únicamente sometidos al imperio de la Ley (art. 117 CE) como nota esencial característica de la función jurisdiccional desempeñada por los Jueces y Tribunales (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 5; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5), sino que además se erige en garantía fundamental de la Administración de Justicia propia de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), que está dirigida a asegurar que la razón última de la decisión

jurisdiccional que se adopte sea conforme al Ordenamiento jurídico y se dicte por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares (SSTC 299/1994, de 14 de noviembre, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5 y 154/2001, de 2 de julio, FJ 3).

En consecuencia el art. 24.2 CE, acorde con lo dispuesto en el art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio, de tal modo que la imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 151/2000, de 12 de junio, FJ 3). Por este motivo la obligación del juzgador de no ser «juez y parte», ni «juez de la propia causa» supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra. En tal sentido la jurisprudencia de este Tribunal viene distinguiendo entre una «imparcialidad subjetiva», que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y una «imparcialidad objetiva», es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3; 157/1993, de 6 de mayo, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; 11/2000, de 17 de enero, FJ 4; 52/2001, de 26 de febrero, FJ 3; y 153/2002, de 22 de julio, FJ 2).

Asimismo, y en garantía de la imparcialidad judicial, el art. 219 LOPJ recoge una lista de causas de abstención y de recusación que evita que el órgano jurisdiccional ad quem pueda constituirse con parcialidad sobre el objeto procesal derivada de su anterior conocimiento en la primera instancia, garantizando, asimismo, el carácter devolutivo de los recursos, pues «de nada serviría la existencia de una segunda instancia si el mismo órgano jurisdiccional que conoció de la primera y dictó la resolución impugnada, pudiera (por haberse promovido algunos de sus miembros o por cualquier otra causa) conocer de nuevo el mismo objeto procesal en la segunda instancia» (por todas, SSTC 137/1994, de 9 de mayo, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

4. La aplicación de esta doctrina al caso que examinamos obliga a situar la queja de la parte recurrente en el ámbito de la denominada «imparcialidad objetiva», ya que los Magistrados que formaron la Sala que dictó la Sentencia recurrida habían intervenido previamente al resolver sendos recursos de apelación contra Autos de archivo dictados por el Juzgado de Instrucción.

Las quejas formuladas carecen de consistencia y no pueden prosperar ya que, a la luz de las actuaciones, se comprueba que ninguno de los dos aspectos en que ha centrado nuestra jurisprudencia los elementos de contraste para el enjuiciamiento de esta forma de imparcialidad objetiva (el contacto permanente y continuado con el acervo probatorio o la emisión anticipada de un veredicto de culpabilidad, o de un juicio de imputación) se dan ni en el Auto de 27 de septiembre de 1996 ni en el posterior de 12 de noviembre de 1997.

En el primero de estos Autos, la Audiencia Provincial reprocha a la decisión de archivo tomada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Gijón una patente contradicción con la anterior resolución que ordenaba la incoación de diligencias previas, encaminadas a practicar las esenciales para el esclarecimiento de los hechos, de las que —añade la Sala— «no se practicó ninguna». Es obvio que

la Sala de Oviedo no tuvo en este caso contacto alguno con el material probatorio (puesto que este realmente no existía), ni pudo, y por idéntica razón, formarse prejuicio alguno sobre la participación de los encausados, ni sobre la culpabilidad de los mismos. La Audiencia ejerció un control de estricta legalidad sobre la regularidad procedimental de la actuación investigadora, acordando su corrección, por razón de la palmaria contradicción de la resolución apelada con la anterior resolución firme del Juzgado ordenando la apertura de diligencias previas. La revocación del Auto de archivo dictado por el instructor debe enmarcarse como expresión de una medida de reconocimiento y respeto del derecho a la acción penal de los terceros, que quedaría frustrada si no se realizaran las diligencias averiguatorias imprescindibles. Junto al punto anterior, se ordenaron en el Auto resolutorio de la apelación una diligencias, no estrictamente averiguatorias de los hechos, sino que se incardinan más bien en el ámbito de las medidas más elementales de identificación de las partes, en este caso de la propia entidad denunciada. Tampoco esta determinación permite inferir una duda de parcialidad: se trata de la simple incorporación de un dato relativo a la personalidad de los propios afectados del proceso penal, sin cuya previa determinación carece de sentido cualquier diligencia averiguatoria.

En el segundo de los Autos referidos, la Audiencia rectifica al Juzgado de Instrucción en dos extremos: por un lado, el relativo a una cuestión prejudicial administrativa concerniente a la caracterización de los boletos emitidos como efectos estancados. Esta determinación tampoco atañe a la percepción o apreciación de los hechos, ni implica una prefiguración de un juicio de culpabilidad; se trata de corregir un error de estricta dimensión jurídica en el ejercicio del más puro control de legalidad. El demandante insiste especialmente en este Auto como previsible causa de un prejuicio, «al afectar a circunstancias que podían determinar su calificación como delito». Sin embargo, es claro que lo que el Auto en cuestión razona es una pura determinación normativa, ajena a cualquier circunstancia particular, como de manera inexacta trata de sugerir el recurrente. Por otro lado, es obvio que cualquier diligencia penal presupone la identificación de un determinado tipo delictivo y una correcta delimitación conceptual de sus elementos constitutivos. Sin tal referencia previa, será inexplicable el ejercicio mismo de la potestad punitiva y la adopción de medidas averiguatorias. Tras ello, la determinación de la concurrencia real de los elementos del tipo y de su conexión respecto a personas concretas será el cometido de la investigación.

En el presente caso, la precisión de la Sala opera en el plano absolutamente abstracto y general de la legalidad, sin la menor relación de conexión con las circunstancias fácticas del caso. El enjuiciamiento de una cuestión previa de legalidad administrativa es cosa bien distinta de la hipótesis, que la doctrina de la imparcialidad objetiva quiere evitar, de que se forme en los órganos resolutorios un juicio anticipado de culpabilidad o de imputación. Lo que no puede perjudicar a la imparcialidad de los Jueces es la depuración correcta de la propia definición de la infracción legal que es objeto de investigación; esto último es una necesidad inexorable vinculada al control de legalidad que la Ley ha querido establecer, y que nada tiene que ver con las circunstancias fácticas de la infracción cometida, ni con la participación en los hechos del inculcado, por mucho que se pretenda confundir ambas cosas.

La segunda rectificación que dispone el Auto de la Audiencia Provincial respecto del segundo Auto de archivo atañe a un aspecto fáctico, relativo al montante de la defraudación fiscal. La Audiencia sale al paso del argumento de que la cuantía no es superior a los quince

millones de pesetas porque la entidad denunciada no lleva libros de contabilidad que revelen tal cantidad. Obviamente las cifras con relevancia para el procedimiento pueden y deben ser determinadas por múltiples actuaciones probatorias, distintas de las resultantes de la propia contabilidad del inculcado, porque de otro modo la ausencia de contabilidad terminaría siempre operando como factor eximente de responsabilidad. Tampoco es apreciable en este punto ninguno de los elementos que pueden generar la duda de parcialidad. La Sala no prejuzga el hecho de la cuantía ni supone ninguna culpabilidad, simplemente encarece al Juez la averiguación del dato, de cuya determinación se había excusado con una razón no ajustada a Derecho.

En suma, como señala el Abogado del Estado, las actuaciones previas de los Magistrados componentes de la Sala sentenciadora quedan reducidas a estrictas medidas de control de legalidad, bien en aspectos sustantivos —como la calificación de efectos estancados— bien en cuestiones básicas y elementales del propio procedimiento. En ninguno de estos casos hay posibilidad razonable de considerar creado ningún tipo de perjuicio.

5. Entramos en el examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que se nos invoca. El actor la entiende acaecida por haber otorgado los órganos judiciales mayor verosimilitud a las declaraciones prestadas en la fase de instrucción, sin asistencia letrada, respecto al silencio mantenido en el juicio oral, de lo que el actor parece extraer también una vulneración del derecho a la asistencia letrada y la consiguiente situación de indefensión, aunque no invoque expresamente tales derechos. Ha de señalarse, en primer lugar, que no nos hallamos ante un supuesto subsumible en el ámbito del derecho a la asistencia letrada al detenido, puesto que en el momento de la comparecencia y declaración ante el Juez de Instrucción el recurrente se encontraba en situación de libertad. El derecho a la asistencia letrada, que, en cuanto derecho subjetivo, tiene como finalidad «asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión» (SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 2; 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3), en ciertas ocasiones constituye también una exigencia estructural del proceso (SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 3; 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3) y una garantía del correcto desenvolvimiento del mismo (STC 29/1995, de 6 de febrero, FJ 4).

Sin embargo ha de tenerse en cuenta que si bien la Constitución garantiza la asistencia del Abogado (artículos 17.3 y 24) en todas las diligencias policiales y judiciales, de ello no se deriva «la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios» (SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2, y 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2). En particular este Tribunal ha reclamado dicha intervención sólo «en la detención (SSTC 42/1982, 47/1986, 196/1987 y 66/1989) y en la prueba sumarial anticipada (SSTC 150/1989, 182/1989, 217/1989, 59/1991 y 80/1991), actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes» (STC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2). En consecuencia, «en los demás actos procesales y con independencia de que se haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del

secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado defensor» (SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2, y 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2).

En el presente caso hemos de determinar si el contenido del derecho fundamental a la asistencia letrada exigía del órgano judicial una actuación positiva, más allá de la ilustración del derecho a ser asistido técnicamente en la declaración, consistente en el efectivo nombramiento de Abogado de oficio, a pesar de no haberlo solicitado el actor e incluso de haber renunciado de forma expresa al mismo. Dicho análisis precisa partir de la función y relevancia del acto de primera comparecencia ante el Juez de Instrucción. La función que cumple esta obligada comparecencia e interrogatorio judicial en el procedimiento abreviado es la de permitir que el acusado asuma formalmente el status de imputado y de que se proceda a su interrogatorio judicial antes de que se haya formulado la acusación en su contra (STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 4). Por tanto, «el Juez de Instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido ab initio o no las diligencias previas) quién sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (y de modo especial, de su derecho a la designación de Abogado en los términos de los arts. 788 y 118.4 LECrim) y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario» (STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 7).

Pues bien, tal y como se comprueba en las actuaciones, habida cuenta que el recurrente fue citado de primera comparecencia ante el Juez de Instrucción en calidad de imputado y el Juez le instruyó de sus derechos, advirtiéndole de forma específica y expresa de su derecho a ser asistido de Letrado, le comunicó el hecho punible cuya comisión se le atribuía y, por último, le interrogó, teniendo oportunidad, por tanto, de escuchar su declaración, ha de concluirse que el recurrente tuvo acceso al proceso y adquirió la condición de imputado en las condiciones necesarias para ejercitar su derecho de defensa.

El recurrente alega, como única razón de la indefensión producida, que la declaración fue autoinculpatoria y que se efectuó sin estar presente Abogado alguno que le prestara asistencia técnica. Sin embargo, ni desde la perspectiva del derecho a no declarar o no declarar contra sí mismo, ni desde la óptica de la finalidad del derecho a la asistencia letrada, puede afirmarse la existencia de indefensión. En primer término, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituyen «garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo coacción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable (SSTC 36/1983, de 11 de mayo, FJ 2; 127/1992, de 28 de septiembre, FJ 2)» (STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6). Por consiguiente, en la medida en que no se alega que el actor realizara la citada declaración de forma no volun-

taria y sometido a algún tipo de compulsión, ni tales circunstancias puedan inferirse de los hechos dada la presencia del Juez en el acto, carece de consistencia establecer una conexión, en el caso concreto, entre el derecho a ser asistido técnicamente de Letrado y el derecho a no declarar contra sí mismo.

Tampoco puede estimarse la existencia de indefensión material. La admisión judicial de que la declaración se efectuara sin la presencia del Letrado del imputado sólo constituiría quiebra de la garantía de contradicción, y paralela limitación de su derecho de defensa con resultado de indefensión material, si, a partir de su contenido autoinculpatario, se le hubiera otorgado validez como prueba preconstituida y siempre que hubiera sido valorada como prueba de cargo sobre la que sustentar su condena. Nada de ello ha ocurrido en el presente caso, ya que la declaración sumarial no fue introducida en el proceso como prueba preconstituida, sino que, sobre la misma, leída en la vista, fue interrogado, negándose a contestar en virtud de su legítimo derecho a guardar silencio.

6. En segundo lugar, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3, al analizar los requisitos constitucionales de validez de las pruebas capaces de desvirtuar la presunción de inocencia, hemos establecido reiteradamente una regla general, conforme a la cual «únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes» (STC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2). No obstante, hemos señalado expresamente también que dicha regla general admite excepciones (STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1), a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación (específicamente en los supuestos recogidos en los arts. 714 y 730 LECrim), o el contenido de las pruebas practicadas anticipadamente (legalmente previstas en el art. 657.3 LECrim, para el proceso ordinario, y en los arts. 790.5, 791.2 y 792.1 LECrim, para el procedimiento abreviado).

Singularmente, en lo que se refiere a las diligencias sumariales cuyo resultado se pretende integrar en la valoración probatoria, al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los arts. 714 y 730 LECrim, hemos resaltado en numerosas ocasiones la necesidad de que en estos supuestos, dado el carácter secreto de la fase sumarial, el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, pues sólo de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público, pudiendo así el órgano sentenciador dar verosimilitud a uno u otro testimonio, y la defensa impugnar su contenido haciendo sobre ellas las alegaciones que tenga por oportunas (SSTC 150/1987, de 1 de octubre, FJ 2; 137/1988, de 7 de julio, FJ 3; 93/1994, de 21 de marzo, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 7 y 2/2002, de 14 de enero, FJ 6).

El supuesto que analizamos no es uno de los recogidos en los arts. 714 y 730 LECrim. No estamos aquí ante una rectificación o retractación de un testimonio sobre la que se puedan pedir explicaciones a su autor,

ni ante una prueba cuya reproducción sea materialmente imposible, sino en el trance de analizar la virtualidad probatoria de la declaración del recurrente, que asistió al acto del juicio y que, como antes se dijo, ejerció su derecho a no declarar, guardando silencio ante la pregunta de las acusaciones y de su propia defensa. Desde la perspectiva de la intermediación, el órgano sentenciador tuvo en su presencia al autor del testimonio. Pudo por ello valorar su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores. Atendiendo a las exigencias de publicidad del debate (esencial en este tipo de supuestos, como se recoge en el párrafo 81 de la STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España), ya hemos expuesto antes cómo el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales accedió al juicio oral a través de la lectura de los folios sumariales en el que se documentaron.

7. Como se recordaba en la STC 14/2001, de 29 de enero, FJ 7, «este Tribunal tiene señalado que la posibilidad de considerar como prueba las diligencias sumariales o preparatorias está supeditada a que se reproduzcan en el juicio oral, o se ratifiquen en su contenido sus autores, o se dé a las partes la posibilidad efectiva de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula de 'por reproducidas' del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado, porque no hay que olvidar que tanto por el principio acusatorio de nuestro sistema procesal penal, como por imperativo constitucional, es al acusador, público o privado, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o incriminatorias, es decir, no es el acusado quien tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad (SSTC 150/1987, de 1 de octubre, 161/1990, de 19 de octubre, 140/1991, de 20 de junio, 32/1995, de 6 de febrero). La STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, señaló que no puede negarse toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, siempre que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Esta doctrina fue reiterada y perfilada en las SSTC 22/1988, de 18 de febrero, 25/1988, de 23 de febrero, 82/1988, de 28 de abril, 137/1988, de 7 de julio, 98/1990, de 24 de mayo, 80/1991, de 15 de abril, 336/1993, de 15 de noviembre, 51/1995, de 23 de febrero, 200/1996, de 3 de diciembre, 40/1997, de 27 de febrero, 153/1997, de 29 de septiembre, 41/1998, de 24 de febrero, y 115/1998, de 1 de junio, en las que se catalogan los requisitos para la validez probatoria de las diligencias sumariales: debe tratarse de actuaciones, en principio, no reproducibles en el juicio oral, intervenidas por la autoridad judicial, con garantía de contradicción y repetidas como prueba en el juicio oral mediante la lectura efectiva de los documentos que acreditan su contenido».

En el presente caso, ninguna alegación formula al respecto el recurrente. En ningún momento se queja en la demanda de tal tacha procesal, como tampoco lo hizo al formular el recurso de apelación. Por el contrario, la Sentencia del Juzgado de lo Penal dedica especial atención a la cuestión en su fundamento jurídico segundo. Allí señala que, respecto del ulterior silencio en la vista oral del acusado, «De los referidos hechos son autores los acusados por su participación voluntaria y directa en los mismos al haber sido enervada la presunción de inocencia en virtud de la prueba de cargo obrante en autos, documental y de sus propias declaraciones a presencia judicial, donde ... Saturnino Granda Orfila, al f-105 y sgs. refiere que se ponen a la venta diariamente tres mil cupones y no se llegan a vender

los dos mil cupones, sin que a ello obste la postura procesal de los acusados en la vista oral guardando silencio y no contestando a las preguntas formuladas, ya que ello no cabe en modo alguno considerarlo una retractación, más si, en hipótesis, se estimase así ello no supone que necesariamente los órganos judiciales tengan que prescindir de toda la prueba sumarial que no carece de valor al haberse observado las formalidades que las leyes procesales prescriben, siendo doctrina reiterada del T.C. la de que el Tribunal sentenciador puede valorar libremente unas y otras declaraciones (fase sumarial y plenario) ponderando proximidad a los hechos, espontaneidad y sinceridad comparativas, y optar por la que en su convicción considere más fiable S.T.C. 4 de octubre 1985; 16 de Dic. 1985; 17 junio 1986; 28 abril de 1988, 30 noviembre 1989; 19 octubre 1990) lo que en el caso de autos lleva a atribuir mayor verosimilitud a lo manifestado en fase de instrucción no contradicho en el acto del juicio oral».

Tal y como se recoge en la transcripción del acta del juicio oral, firmada y averada por el Secretario Judicial, el recurrente se negó a contestar a las preguntas que le formularon la acusación particular y el Abogado del Estado. Ahora bien, se le pregunta concretamente, entre otras cosas, si se ratifica en sus declaraciones anteriores en el Juzgado (las de folios 105, 106 y 107). De esa negativa a contestar a las diversas preguntas que se le formulan, y que aparecen reflejadas detalladamente en el acta, acogiéndose al derecho a no declarar, no cabe, sin más, concluir que no ha existido contradicción. El contenido de los folios especificados por la acusación era evidente y conocido por el acusado y su defensa, por lo que, como ya se señaló en un caso similar por este Tribunal (STC 14/2001, de 29 de enero, FJ 7) «el silencio mantenido no puede ser apreciado como una retractación que, en todo caso, también puede ser valorada», como hizo el Juez de lo Penal. Además, el resto de las preguntas incidía directamente sobre los hechos.

8. Por último, tampoco cabe acoger la queja referida a la vulneración del principio de legalidad penal ex art. 25.1 CE, mediante una interpretación analógica y extensiva in malam partem, al haberse subsumido erróneamente la conducta del recurrente, según se alega, en el tipo penal de contrabando.

Ha de comenzar por señalarse que, según reiterada jurisprudencia constitucional, la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, es una función que, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (SSTC 16/1981, de 18 de mayo, FJ 2; 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 2; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 1; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3 y 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 3, entre otras muchas). Ahora bien, una aplicación defectuosa de la Ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa, como en el presente caso ocurre, este Tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal (SSTC 75/1984, de 27 de junio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5), sin olvidar que el principio de legalidad, ni puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de ésta no se crean nuevas figuras delictivas o se aplican penas no previstas en el Ordenamiento (SSTC 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 3; 75/1984, de 27 de junio, FJ

3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5), ni tampoco pasar por alto que toda norma penal admite varias interpretaciones como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 3).

La garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (lex certa). Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4).

Precisando nuestro canon de control de constitucionalidad cabe hablar de aplicación analógica o extensiva in malam partem, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 11; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 8; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; y 13/2003, de 28 de enero, FJ 3).

En el presente caso, no puede tildarse de extravagante el razonamiento efectuado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Gijón, al que se remite la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, a la luz de los modelos de argumentación adoptados por la propia comunidad jurídico-penal en la interpretación de los arts. 1.1.3, 2.1 y 3.1 de la Ley 7/1982, de 13 de junio, de contrabando. En este contexto, en el que no es competencia de este Tribunal verificar cuál de las interpretaciones posibles de la norma es la más adecuada, hay que concluir en que la calificación realizada de los hechos (esto es, que los boletos de lotería no autorizados han de considerarse como «efectos estancados») no cons-



tituye una interpretación imprevisible o irrespetuosa, tanto del tenor literal de los preceptos como de las pautas axiológicas que conforman nuestro ordenamiento constitucional, los criterios mínimos de la lógica jurídica y los modelos de argumentación adoptados en el seno de la comunidad jurídico-penal.

### FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo interpuesto por don Saturnino Granda Orfila.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

**5291** *Sentencia 39/2003, de 27 de febrero de 2003. Recurso de amparo 1254-2001. Promovido por don José Moreno Noguera frente al Auto y Sentencia de las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimaron su reclamación de cantidad contra H. D. Lee, S. A. Alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y supuesta vulneración del derecho a la igualdad: percepción de un complemento salarial (STC 34/1984). Voto particular.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1254-2001 promovido por don José Moreno Noguera, representado por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Muñoz Barona y asistido por el Letrado don José Ignacio Montejo Uriol, contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2001, por el que se inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 559-2000) interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de diciembre de 1999, que estima el recurso de suplicación (núm. 3259/99) interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Madrid, de 25 de febrero de 1999, sobre reclamación de cantidad. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte la entidad H. D. Lee, S. A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Ortiz-Cañete Levenfeld y asistida por el Letrado don Eduardo Ortega Prieto. Ha sido Ponente la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 6 de marzo de 2001, don José Moreno Noguera, representado por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Muñoz Barona, interpuso la demanda de amparo constitucional de la que se hace mérito en el encabezamiento, por entender que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de diciembre de 1999, vulnera los arts. 24.1 y 14 CE.

2. La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes hechos:

a) El recurrente en amparo venía prestando sus servicios para la empresa H. D. Lee, S. A., desde el 1 de mayo de 1972 con la categoría profesional de jefe de producción, desempeñando funciones de director de fábrica en el centro de trabajo de Alcalá de Henares (Madrid).

b) Por Resolución de la Dirección General de Trabajo y Empleo de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid, de 7 de enero de 1998, se autorizó el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, solicitado por la empresa H. D. Lee, S. A., acordándose la rescisión de los contratos de trabajo de setenta y cuatro trabajadores, entre los que se incluía el recurrente en amparo.

c) En el acuerdo tercero de la citada Resolución se establecía que la indemnización que percibirían los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos de trabajo sería la acordada por las partes en el acta final del período de consultas, que fue fijada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio más 600.000 pesetas lineales para cada uno de los afectados.

d) Como consecuencia de la extinción de su contrato, al recurrente le fue abonada la cantidad de 24.395.613 pesetas en concepto de indemnización de 45 días de salario por año de servicio y 600.000 pesetas por indemnización lineal, ascendiendo el total abonado a 24.995.613 pesetas. El cálculo de la citada indemnización se efectuó por la empresa sobre el salario anual en metálico sin incluir el salario en especie por la utilización de un vehículo de la empresa, ni el bonus anual correspondiente a 1997, cuya percepción se hacía depender de que la compañía consiguiese un objetivo de beneficios, fijándose el nivel mínimo de eficiencia por debajo del cual no se abonaba en el 81 por 100 y el nivel máximo en el 110 por 100.

e) Con fecha de 20 de febrero de 1998, el recurrente presentó demanda contra la empresa H. D. Lee, S. A., en la que efectuó dos reclamaciones de cantidad. De una parte, solicita el bonus correspondiente al año 1997, manteniendo que había sido abonado a todos los trabajadores menos a él, lo que, a su juicio, constituía una decisión empresarial discriminatoria contraria al art. 14 CE; y, de otro lado, reclamó una diferencia en el cálculo de la indemnización por la extinción de su contrato de trabajo, al no haberse incluido ni el bonus correspondiente al año 1997, ni el importe del salario en especie por utilización de un coche de la empresa.

f) La demanda fue estimada parcialmente por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Madrid, de 25 de febrero de 1999, en la que, en primer lugar, se reconoció el derecho del actor a percibir el bonus reclamado. En este sentido, se afirma que la denegación de este último no podía sostenerse, sin más, en el hecho de que el actor dirigiese el área productiva afectada por el expediente de regulación de empleo, añadiéndose, a mayor abundamiento, que había que tener en cuenta un hecho incontrovertido (que constituía un indicio racional de discriminación), como era el que el resto de trabajadores que podían devengar el bonus correspondien-