

EDJ 2009/128011

Tribunal Constitucional Pleno, S 25-6-2009, nº 155/2009, BOE 181/2009, de 28 de julio de 2009, rec. 7329/2008
Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente
Tema novedoso o poco frecuente

Resumen

El TC anula las resoluciones que condenaron a la recurrente a ocho días de localización permanente, que habría de cumplir en su domicilio, por una falta de hurto, excediendo de la solicitada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en el recurso. La Sala reconoce lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva y señala que, aunque de acuerdo con el art. 623,1 CP el juez podría haber llegado hasta los doce días de localización permanente, el principio de congruencia entre la acusación y el fallo, impide que pueda imponerse una pena que excede, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por la acusación, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustenta la causa, y aunque la pena en cuestión no transgreda ese margen previsto legalmente para el tipo penal aplicado. Formulan votos particulares los Magistrados D. Eugeni Gay Montalvo y D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.623.1
LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional
art.50.1
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.24.1 , art.24.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	11
VOTO PARTICULAR	11

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

Tribunal Constitucional

PROCESOS CONSTITUCIONALES

Recurso de amparo

Derecho Fundamental alegado

Protección judicial

Proceso con todas las garantías

Sentencia

Fallo estimatorio

Nulidad de decisión, acto o resolución impugnada

Reconocimiento de derecho o libertad pública

Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Imparcialidad

FALTAS

JUICIO DE FALTAS

Principios

Acusatorio

VOTO PARTICULAR

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Condenado; Desfavorable a: Órgano judicial

Procedimiento: Recurso de amparo

Legislación

Aplica art.623.1 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Aplica art.50.1 de LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional
Aplica art.24.1, art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita LO 6/2007 de 24 mayo 2007. Modificación de LO 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional
Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Cita art.5 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Cita art.2.1 de Ley 50/1981 de 30 diciembre 1981. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
Cita LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional
Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Anula SAP Madrid de 17 septiembre 2008 (J2008/224421)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 23 marzo 2009 (J2009/50401)
Cita en el mismo sentido ATC Sala 2ª de 22 septiembre 2008 (J2008/202910)
Cita en el mismo sentido ATC Sala 2ª de 22 septiembre 2008 (J2008/202909)
Cita en el mismo sentido ATC Sala 1ª de 21 julio 2008 (J2008/133056)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 31 enero 2008 (J2008/5748)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 16 abril 2007 (J2007/23130)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 11 diciembre 2006 (J2006/325469)
Cita en el mismo sentido ATC Sala 2ª de 23 octubre 2006 (J2006/318431)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 5 junio 2006 (J2006/88982)
Cita en el mismo sentido ATC de 12 diciembre 2005 (J2005/237036)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 10 octubre 2005 (J2005/165428)
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 12 mayo 2005 (J2005/61596)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 4 abril 2005 (J2005/29925)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 4 octubre 2004 (J2004/147735)
Cita en el mismo sentido ATC de 6 noviembre 2003 (J2003/241713)
Cita en el mismo sentido ATC de 29 septiembre 2003 (J2003/241677)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 29 septiembre 2003 (J2003/89777)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 23 abril 2003 (J2003/8898)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 10 febrero 2003 (J2003/2748)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 9 diciembre 2002 (J2002/55511)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 14 enero 2002 (J2002/419)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 29 mayo 2000 (J2000/13816)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 16 mayo 2000 (J2000/11395)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 10 abril 2000 (J2000/5161)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 27 marzo 2000 (J2000/3847)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 27 marzo 2000 (J2000/3846)
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 2 marzo 2000 (J2000/1020)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 13 diciembre 1999 (J1999/40152)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 10 marzo 1997 (J1997/487)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 23 mayo 1994 (J1994/4661)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 18 enero 1993 (J1993/188)
Cita en el mismo sentido ATC Sala 1ª de 26 octubre 1992 (J1992/13784)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 16 febrero 1988 (J1988/333)
Citada por SAP Barcelona de 4 mayo 2010 (J2010/151452)
Citada por SAP Madrid de 21 diciembre 2010 (J2010/330426)
Citada por SAP A Coruña de 4 marzo 2010 (J2010/93836)
Citada por SAP Cádiz de 8 julio 2011 (J2011/128711)
Citada por SAP Alicante de 30 enero 2012 (J2012/324742)
Citada por SAP Murcia de 2 marzo 2012 (J2012/38233)
Citada sobre DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO - PROCESO PENAL - Principio acusatorio por SAP Madrid de 2 marzo 2012 (J2012/49058)

Citada por SAP Madrid de 9 abril 2012 (J2012/90520)
Citada por STS Sala 2ª de 16 julio 2013 (J2013/140107)
Cita STC Sala 2ª de 26 enero 1981 (J1981/1)

Formularios

Recurso de amparo contra actos u omisiones del poder judicial (art 44 LOTC)
Recurso de amparo contra disposiciones, actos jurídicos, omisiones o vías de hecho del gobierno (Art. 43 LOTC)
Recurso de amparo contra actos sin valor de ley emanados de las Cortes o de Asambleas Legislativas de CC.AA con solicitud de suspensión cautelar

Bibliografía

Citada en "Reflexiones sobre la libertad vigilada"
Citada en "La carencia de interés casacional: situación actual y perspectivas de futuro"
Citada en "Por un nuevo modelo del recurso de casación en materia contencioso-administrativo"

En el recurso de amparo avocado al Pleno núm. 7329-2008, promovido por Dª Dolores, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Rosalva y asistida por el Letrado D. César Sánchez Sánchez, contra la Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, de 25 de julio de 2007, recaída en el juicio de faltas núm. 66/2007, revocada parcialmente por la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre, dictada en el rollo de apelación núm. 169/2008. Ha comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal.

Ha actuado como Ponente el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 30 de septiembre de 2008 D. César Sánchez Sánchez, Letrado de oficio de Dª Dolores, solicitó que a su defendida le fuera designado Procurador del turno de oficio para promover demanda de amparo contra las resoluciones judiciales a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 4 de noviembre de 2008, se dirigió atenta comunicación al Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y en el Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 18 de junio de 1996 sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, se designara, si procediese, Procurador del turno de oficio que representara a la recurrente en amparo, acompañándose a dicha comunicación los documentos remitidos por la interesada.

Por nueva diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 22 de diciembre de 2008, se tuvo designada como Procuradora del turno de oficio a Dª Rosalva, ejerciendo la defensa el Letrado D. César Sánchez Sánchez, y se les hizo saber tal designación a éstos y a la recurrente en amparo, entregándose copia de los escritos presentados en este recurso a la expresada Procuradora para que los pasara a estudio del citado Letrado, a fin de que formalizasen la demanda de amparo en el plazo de treinta días, con sujeción a lo dispuesto en el art. 49 LOTC, debiendo atenerse el Letrado a lo establecido en los arts. 32 y 33 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en caso de estimar insostenible el recurso o insuficiente la documentación, poniéndolo en conocimiento de este Tribunal.

TERCERO.- La demanda de amparo se formalizó mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 9 de febrero de 2009, en el que se recoge la siguiente relación de antecedentes fácticos.

a) El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada dictó Sentencia en fecha 25 de julio de 2007, en la que condenó a la recurrente en amparo, como autora de una falta de hurto tipificada en el art. 623.1 CP, a la pena de doce días de localización permanente, que habría de cumplir en su domicilio, de conformidad con el art. 37 CP y el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, imponiéndole el pago de las costas procesales.

b) La demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra la anterior Sentencia, que fue parcialmente estimado por la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre, la cual revocó parcialmente la Sentencia recurrida en el sentido de sustituir la condena impuesta por la de ocho días de localización permanente, confirmando sus restantes pronunciamientos.

CUARTO.- En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por vulneración del principio acusatorio y por falta de motivación de la individualización de la pena.

a) En relación con la primera de las vulneraciones denunciadas se argumenta que las Sentencias impugnadas infringen de manera manifiesta el principio acusatorio, ya que el Ministerio Fiscal formuló acusación por una falta de hurto del art. 623.1 CP y solicitó una condena de cuarenta y cinco días de multa con una cuota diaria de 6 €, en tanto que en aquéllas se condenó a la recurrente inicialmente a

una pena de doce días de localización permanente, que posteriormente la Audiencia Provincial redujo a ocho días, esto es, le impusieron una condena de distinta naturaleza a la pedida por la única acusación actuante, y que transgrede los límites superiores interesados por ésta.

b) Las Sentencias recurridas también lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por falta de motivación en cuanto a la concreta individualización de la pena impuesta.

Se razona al respecto en la demanda que, de acuerdo con el art. 638 CP, los Jueces y Tribunales procederán en la aplicación de las penas del Libro V CP según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los arts. 61 a 72 CP.

Fijar la pena en función de prudente arbitrio no implica que tal decisión no deba razonarse, a fin de que el condenado pueda conocer las razones que motivan que la pena sea una y no otra.

El arbitrio sin mayor razonamiento o motivación es arbitrariedad, proscrita por nuestro ordenamiento constitucional.

En este caso en las Sentencias impugnadas “no se razona (...) la causa que motiva la imposición de la pena en límites superiores a los mínimos legalmente previstos”.

Si bien el ilícito penal se ha cometido inutilizando los sistemas de alarma de los productos, esta circunstancia no ha ocasionado ningún perjuicio al denunciante, ya que dichos productos han podido ser recuperados y son aptos para la venta.

A lo que hay que añadir que, frente a lo que se sostiene en la Sentencia del Juzgado, la actitud de la recurrente no fue la de no acudir al acto del juicio o desatenderse del mismo, sino que, como se deduce de la comparecencia de 25 de julio de 2007 que obra en las actuaciones, simplemente sufrió un error respecto a la hora en que estaba prevista la celebración del acto.

La condena por la falta del art. 623.1 CP debió ser impuesta en el grado mínimo posible, “ya que no existe razonamiento ni motivación alguna que justifique la concreta decisión adoptada o, en su defecto, los razonamientos” que al respecto se exponen en las Sentencias no permiten mantener que la condena alcance el límite en que ha sido impuesta.

En el suplico del escrito de demanda se interesa del Tribunal Constitucional que, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de las Sentencia recurridas, a fin de que se pronuncie una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Por un primer otrosí, se solicita la suspensión de la ejecución de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre.

La demanda dedica un segundo otrosí a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, que se afirma que radica en que por el Tribunal Constitucional se fije doctrina sobre los siguientes extremos:

a) Si la imposición de condena de diferente naturaleza a la interesada por la única acusación actuante, aun a pesar de derivar de la literalidad del tipo penal, implica una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por vulneración del principio acusatorio;

b) Si la imposición de una condena por encima de los mínimos legales, en caso de falta de motivación de las razones de tal individualización punitiva, implica la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación.

QUINTO.- La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 27 de abril de 2009, admitió a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir sendas comunicaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, a fin de que remitieran, respectivamente, certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 169/2008 y al juicio de faltas núm. 66/2007, debiendo el Juzgado previamente emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la demandante de amparo, para que si lo desearan pudieran comparecer en el plazo de diez días en este recurso.

SEXTO.- La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 27 de abril de 2009, acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimaran procedente sobre la suspensión solicitada.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala por Auto, de 1 de junio de 2009, acordó suspender la ejecución de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre, exclusivamente en lo que se refiere a la pena de ocho días de localización permanente en su domicilio impuesta a la recurrente en amparo.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 26 de mayo de 2009, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales pudieron presentar las alegaciones que estimaron pertinentes de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 10 de junio de 2009, que en lo sustancial a continuación se resume.

a) En relación con el primer motivo de amparo, esto es, si resulta constitucionalmente admisible la imposición por el órgano enjuiciador de una pena de distinta naturaleza y de mayor gravedad que la interesada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional reproduce la doctrina de las SSTC 230/1997, de 16 de diciembre, 33/2003, de 13 de febrero, y 183/2005, de 4 de julio, sobre el principio acusatorio y su aplicación al juicio de faltas, y se refiere a continuación al Acuerdo que la Sala

de lo Penal del Tribunal Supremo adoptó en Pleno no Jurisdiccional para la Unificación de Criterios el día 20 de diciembre de 2006, de conformidad con el cual “(E)l Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a las más graves de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”.

Acuerdo que recuerda que ha sido posteriormente desarrollado en numerosas Sentencias (SSTS 609/2007, de 10 de julio; 1319/2007, de 12 de enero; 423/2008, de 27 de junio; 928/2008, de 3 de diciembre).

En este caso por el órgano judicial se sustituye una pena pedida por el Ministerio Fiscal que constituye una sanción pecuniaria -arresto de cuarenta y cinco días y cuota diaria de 6 € (art. 50.1 CP)-, por una pena privativa de libertad, como es la de localización permanente (arts. 35 y 37 CP), y, por lo tanto, de mayor gravedad y poder afflictivo, de aplicación inmediata y muy lejana de la eventual responsabilidad personal subsidiaria prevista en caso de impago de la multa (art. 53 CP) que pudiera conducir a la privación de libertad.

Tres son las circunstancias que destaca el Ministerio Fiscal:

a) en primer lugar, que el Juzgado, traspasando su deber de neutralidad frente a la acusación, asume una distinta y más grave pretensión punitiva que no había sido objeto de discusión, sin plantear, no obstante, tal posibilidad de modo análogo al previsto en el art. 733 LECrim., lo que conculca el principio de imparcialidad, también encuadrado en el derecho a un proceso con todas las garantías, en la medida en que el órgano judicial no puede constituirse en acusación, asumiendo la función de una de las partes.

Sustituye así a la acusación, incorporando una variación sustancial en la calificación jurídica, que agrupa, no sólo el título de imputación, sino la concreta pretensión punitiva;

b) en segundo lugar, que ni siquiera en apelación se formuló acusación en los términos de la Sentencia del Juzgado de Instrucción, circunstancia que de haberse producido no hubiera podido sanar, no obstante, la infracción cometida en primera instancia;

c) en tercer lugar, que, aunque en este caso la recurrente no se hallaba presente en el juicio de faltas, la forma de actuar del órgano judicial de hecho hubiera eliminado, no sólo que la acusada tuviera un conocimiento completo de todos los aspectos de la pretensión -acusación- del Ministerio Fiscal, que integra tanto el título de imputación como la concreta pretensión punitiva, sino también la posibilidad de las partes de informar en apoyo de sus respectivas pretensiones (art. 969.1 LECrim.), al no aparecer la pena privativa de libertad en la petición de la acusación, sino únicamente en la Sentencia, resultando así la pena impuesta imprevista y de cuyas razones y de la concreta pena impuesta sólo habrían tenido conocimiento una vez concluido el acto del juicio.

Las anteriores consideraciones son objeto de matización por el Ministerio Fiscal, al estimar que en todo caso debe respetarse el principio de legalidad en aquellos supuestos en que la imposición de una pena esté forzosamente vinculada al tipo delictivo por el que se formula acusación, pues el proceso penal tiene un carácter sustantivamente público (STC 174/2003, de 29 de septiembre).

El Ministerio Fiscal concluye el análisis de este primer motivo de amparo entendiendo que ha resultado vulnerado el principio acusatorio, en conexión con el derecho a un juez imparcial y con el derecho de defensa, como integrantes del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

b) Respecto a la queja de la recurrente relativa a la falta de individualización de la pena y a su motivación, el Ministerio Fiscal, tras reproducir la doctrina de la STC 21/2008, de 31 de enero, considera, analizando conjuntamente la Sentencia de instancia y de apelación, que las razones en ellas expuestas resultan insuficientes para justificar la pena mayor y de distinta naturaleza que se impuso. En su opinión, poniendo esta queja en conexión con el primer motivo de amparo, lo que no se pudo hacer es convalidar por vía de la individualización de la pena la imposición de una pena mayor no solicitada por la acusación, pues tal justificación carecería de virtualidad bastante para enervar la infracción del principio acusatorio y la afectación de la imparcialidad del Juzgador, resultando, en consecuencia, manifiestamente arbitraria en sentido constitucional.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de las Sentencias recurridas, retro trayendo las actuaciones al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, a fin de que dicte nueva Sentencia respetando el derecho fundamental vulnerado.

NOVENO.- La representación procesal de la recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 16 de junio de 2009, en el que dio por reproducidas las efectuadas en la demanda.

DÉCIMO.- El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 18 de junio de 2009, de conformidad con lo que establece el art. 10.1. n) LOTC y a propuesta de la Sala Segunda, acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo.

DECIMOPRIMERO.- Por providencia de 23 de junio de 2009 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 de junio de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, de 25 de julio de 2007, recaída en el juicio de faltas núm. 66/2007, así como la de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre EDJ 2008/224421, que revocó parcialmente la de instancia en cuanto a la extensión de la pena impuesta, en virtud de las cuales la recurrente ha sido condenada, como autora de una falta de hurto

prevista y tipificada en el art. 623.1 CP EDL 1995/16398 , a la pena de ocho días de localización permanente en su domicilio y al pago de las costas procesales del juicio de faltas, declarándose de oficio las del recurso de apelación.

La demandante de amparo imputa a las Sentencias recurridas EDJ 2008/224421 , en primer lugar, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE EDL 1978/3879), por infracción del principio acusatorio, al haberle impuesto como autora de una falta de hurto del art. 623.1 CP EDL 1995/16398 de la que fue acusada, y por la que fue condenada, una pena -ocho días de localización permanente en su domicilio- de mayor gravedad y distinta naturaleza a la interesada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en el juicio de faltas, quien había solicitado la pena de cuarenta y cinco días de multa con una cuota diaria de 6 €.

En segundo lugar reprocha a las citadas resoluciones judiciales EDJ 2008/224421 , bajo la invocación también del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE EDL 1978/3879), su falta de motivación en cuanto a la concreta individualización de la pena a la que ha sido condenada, ya que no se razona en ellas la imposición de la pena en límites superiores al mínimo legalmente previsto.

El Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de la estimación del recurso de amparo.

Considera vulnerado el principio acusatorio como consecuencia de la imposición a la demandante de una pena de mayor gravedad y distinta naturaleza a la solicitada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en el juicio de faltas, lo que a su vez implica, en su opinión, que con una perspectiva constitucional deben calificarse de manifiestamente arbitrarias las razones expuestas en las Sentencias recurridas EDJ 2008/224421 para justificar la individualización de la pena a la que ha sido condenada.

SEGUNDO.- La demanda ha sido promovida tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo EDL 2007/28399 , por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) EDL 1979/3888 , de modo que su interposición, admisión a trámite, tramitación y resolución se rigen por la nueva regulación del recurso de amparo llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

Constituye el elemento más novedoso o la “caracterización más distintiva” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3 EDJ 2008/133056) de esta regulación del recurso de amparo el requisito sustantivo o de fondo de la “especial trascendencia constitucional” que impone el art. 50.1.b) LOTC EDL 1979/3888 para la admisión del recurso.

En él se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1.b) CE, en relación con su art. 53.2 EDL 1978/3879, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su “especial trascendencia constitucional”, frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo.

Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo (arts. 53.2 y 161.b) CE EDL 1978/3879 y 41 LOTC EDL 1979/3888), sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 50.1.b) LOTC EDL 1979/3888).

El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales.

De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (SSTC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1 EDJ 1999/40152), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo interprete (arts. 53.2 y 123 CE EDL 1978/3879 y 1.1 LOTC EDL 1979/3888).

Aunque el recurrente ha de satisfacer necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 in fine LOTC EDL 1979/3888 , la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso (AATC 188/2008, de 21 de julio EDJ 2008/133056 ; 289 EDJ 2008/202909 y 290/2008, de 22 de septiembre EDJ 2008/202910), es a este Tribunal a quien corresponde apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa “especial trascendencia constitucional”; esto es, cuándo, según el tenor del art. 50.1.b) LOTC EDL 1979/3888 , “el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional”, atendiendo para ello a los tres criterios que en el precepto se enuncian:

“a su importancia para la interpretación de la Constitución EDL 1978/3879 , para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de “especial trascendencia constitucional”, como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren a este Tribunal un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo “justifi(ca) una decisión sobre el fondo (...) en razón de su especial trascendencia constitucional”.

Como es obvio, la decisión liminar de admisión a trámite del recurso al apreciar el cumplimiento del citado requisito no limita las facultades del Tribunal sobre la decisión final en relación con el fondo del asunto.

En el caso que ahora nos ocupa el Tribunal ha entendido que concurre el requisito de la especial trascendencia constitucional (art. 50.1.b) LOTC EDL 1979/3888), porque, como a continuación se pone de manifiesto, le permite aclarar e incluso perfilar, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, la doctrina constitucional sobre la exigencia de congruencia entre la acusación y el fallo en el extremo referido a la pena a imponer, en cuanto manifestación del principio acusatorio, supuesto este que, junto a otros a

los que de inmediato nos referiremos, es uno de los casos en los que cabe apreciar en el contenido del recurso de amparo la especial trascendencia constitucional (art. 50.1.b) LOTC).

Ya en ocasión anterior hemos identificado como otro de los casos en que cabe apreciar que concurre en el contenido del recurso de amparo la “especial trascendencia constitucional” a la que se refiere el art. 50.1.b) LOTC EDL 1979/3888 cuando en él se plantea “una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina” (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 1 EDJ 2009/50401).

Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1.b) LOTC EDL 1979/3888 .

En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

Tales casos serán los siguientes:

a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo EDJ 2009/50401 ;

b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE EDL 1978/3879 ;

c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general;

d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución EDL 1978/3879 ;

e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la Jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;

f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 LOPJ EDL 1985/8754);

g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

TERCERO.- Tras las precedentes consideraciones sobre el requisito que para la admisión del recurso de amparo establece el art. 50.1.b) LOTC EDL 1979/3888 , procede que a continuación nos adentremos en el enjuiciamiento de las quejas que la solicitante de amparo plantea.

La primera consiste en la posible vulneración del principio acusatorio por falta de la debida correlación entre la acusación y la Sentencia condenatoria, en el concreto extremo referido en este caso a la pena impuesta a la recurrente, por ser de mayor gravedad y distinta naturaleza a la solicitada por la acusación.

La cuestión de los límites constitucionales a la potestad judicial de imponer penas o, en otras palabras, sobre el alcance de la exigencia de correlación entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer ya ha sido abordada por el Tribunal Constitucional en ocasiones precedentes, habiendo elaborado al respecto, como tendremos ocasión de constatar, una doctrina constitucional que aparece recogida de manera uniforme en la mayoría de las resoluciones dictadas sobre la materia, pero que no está exenta, sin embargo, de inflexiones en algunas otras decisiones, al menos en su enunciado y formulación, dando así lugar a una exposición de dicha doctrina no siempre lo suficientemente nítida, que, en cuanto susceptible, por lo tanto, de inducir a confusión, requiere de alguna precisión o clarificación.

Precisamente la razón de la avocación del recurso de amparo al Pleno del Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 10.1.n) y 13 LOTC EDL 1979/3888, ha radicado en la conveniencia de aclarar y perfilar la doctrina constitucional sobre tan compleja cuestión, despejando las posibles dudas que pudiera suscitar y reflexionando de nuevo sobre ella, cuyo debate, además, en el seno del propio Tribunal ha dado lugar en ocasiones anteriores a posiciones contrapuestas entre sus miembros (en este sentido, SSTC, 59/2000, de 2 de marzo EDJ 2000/1020 ; 75/2000, de 27 de marzo EDJ 2000/3847 ; 76/2000, de 27 de marzo EDJ 2000/3846 ; 92/2000, de 10 de abril EDJ 2000/5161 ; 122/2000, de 16 de mayo EDJ 2000/11395 ; 139/2000, de 29 de mayo EDJ 2000/13816 ; 228/2002, de 9 de diciembre EDJ 2002/55511 ; 174/2003, de 29 de septiembre EDJ 2003/89777 ; 163/2004, de 4 de octubre EDJ 2004/147735).

CUARTO.- El Pleno de este Tribunal recordaba, una vez más, en la STC 123/2005, de 12 de mayo EDJ 2005/61596 , reiterando precedente doctrina constitucional, que, aun cuando el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para reconocer como protegidos en el art. 24.2 CE EDL 1978/3879 ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales.

En este sentido se resaltaba tanto la vinculación del principio acusatorio con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial (FJ 3 y doctrina constitucional allí citada).

Descendiendo de lo general a lo particular, por lo que se refiere, en concreto, al fundamento del deber de congruencia entre la acusación y fallo, que constituye una de las manifestaciones del principio acusatorio contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías, en la citada Sentencia lo poníamos en relación directa, principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informado de la acusación, pues si se extralimitara el juzgador en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferente a las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción.

Pero también subrayábamos que este deber de congruencia encuentra su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías, en el sentido de que el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento, puesto que, en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4 EDJ 2005/61596 ; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2 EDJ 2005/165428 ; 170/2006, de 5 de junio, FJ 2 EDJ 2006/88982).

Como declaramos en la mencionada STC 123/2005, de 12 de mayo EDJ 2005/61596 , “la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE EDL 1978/3879.

De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden” (FJ 4).

De otra parte, en cuanto al alcance del deber de congruencia respecto a la pretensión punitiva, es también doctrina constitucional reiterada que el Juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento a un doble condicionamiento, fáctico y jurídico.

El condicionamiento fáctico queda constituido por los hechos que han sido objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal.

El órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción con ellos.

El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realiza la acusación.

Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del ius puniendi, el Juez podrá condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad, de manera que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio (SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3 EDJ 2002/419 ; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5 EDJ 2002/55511 ; 75/2003, de 23 de abril, FJ 5 EDJ 2003/8898 ; 123/2005, de 12 de mayo, FJ 5 EDJ 2005/61596 ; 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2 EDJ 2005/165428 ; 73/2007, de 16 de abril, FJ 3 EDJ 2007/23130).

QUINTO.- En lo atinente al alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer, que es la cuestión que se suscita en la presente demanda de amparo, como tuvimos ocasión de anticipar, cabe apreciar en las resoluciones de este Tribunal que se han ocupado de la materia una doctrina sobre la que es conveniente volver.

Este Tribunal tiene declarado con carácter general que la vinculación del órgano judicial al principio acusatorio, si bien impide la imposición de una pena mayor o más grave que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide, sin embargo, que el Juzgador imponga pena superior a la solicitada por las acusaciones, cuando no se alteren los hechos aducidos en el proceso, y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso, pues el Juez se halla sometido a la ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, a su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito (SSTC 17/1988, de 16 de febrero, FJ 6 EDJ 1988/333 ; 21/1993, de 18 de enero, FJ 2 EDJ 1993/188 ; 161/1994, de 23 de mayo, FJ 2 EDJ 1994/4661 ; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3 EDJ 1997/487 ; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 6 EDJ 2002/55511 ; 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 9 EDJ 2003/89777 ; 163/2004, de 4 de octubre,

FJ 4 EDJ 2004/147735 ; 71/2005, de 4 de abril, FJ 7 EDJ 2005/29925 ; 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 3 EDJ 2006/325469 ; AATC 377/1987, de 25 de marzo; 321/1992, de 26 de octubre EDJ 1992/13784 ; 327/1993, de 28 de octubre; 202/1998, de 29 de septiembre; 310/2003, de 29 de septiembre EDJ 2003/241677 ; 353/2003, de 6 de noviembre EDJ 2003/241713 ; 369/2006, de 23 de octubre EDJ 2006/318431).

Así pues, de conformidad con esta doctrina constitucional, la vinculación del Juzgador a los hechos y a su calificación jurídica no impide que puedan imponerse penas superiores a las solicitadas por las acusaciones dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal incriminado, siempre que la calificación como tal de unos hechos, y los hechos mismos, hayan sido objeto del correspondiente debate.

Sin embargo en otras resoluciones dictadas sobre la materia, aunque no constituye su ratio decidendi, este Tribunal ha declarado también que “(E)n todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado” (STC 75/2003, de 23 de abril, FJ 5 EDJ 2003/8898 ; doctrina que se reitera en la STC 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 3 EDJ 2006/325469 , y en el ATC 426/2005, de 12 de diciembre EDJ 2005/237036).

Parece pues abrirse en estas otras resoluciones, aunque en un plano meramente doctrinal, la aceptación de un límite más restrictivo a la imposición de penas en relación con las pedidas por las acusaciones.

SEXTO.- Pues bien, es conveniente aclarar y perfilar la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia, referida al alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer.

Con la perspectiva constitucional que nos es propia resulta preciso replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantías constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso.

De este modo, por una parte, se refuerzan y garantizan en su debida dimensión constitucional los derechos de defensa del acusado.

En efecto, la pena concreta solicitada por la acusación para el delito formalmente imputado constituye, al igual, por lo menos, que el relato fáctico y la calificación jurídica en la que aquélla se sustenta, un elemento sin duda esencial y nuclear de la pretensión punitiva, determinante, en cuanto tal, de la actitud procesal y de la posible línea de defensa del imputado.

Obviamente a éste ha de informársele, ex art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , no sólo de los hechos imputados por la acusación y de su calificación jurídica, sino también de las reales y concretas consecuencias penológicas que aquélla pretende por la comisión de dichos hechos; esto es, la pena cuya imposición se solicita.

El acusado ejerce el derecho constitucional de defensa sobre la concreta pena solicitada por la acusación por los hechos imputados y la calificación jurídica que éstos le merecen, y no sobre otra pretensión punitiva distinta, sin que en modo alguno le sea exigible vaticinar y defenderse de hipotéticas y futuribles penas que pudiera decidir el órgano judicial, y que excedan por su gravedad, naturaleza o cuantía de las solicitadas por la acusación.

En otras palabras, la confrontación dialéctica entre las partes en el proceso y la consiguiente posibilidad de contradicción frente a los argumentos del adversario giran exclusivamente, en lo que ahora interesa, en torno a la acusación expresamente formulada contra el imputado, tanto por lo que se refiere a los elementos fácticos de la pretensión punitiva y a su calificación jurídica, como a las concretas consecuencias penológicas, frente a las que aquél ejerce su derecho constitucional de defensa.

Así pues, ha de proscribirse la situación constitucional de indefensión que, por quiebra del principio acusatorio, padecería el condenado a quien se le impusiera una pena que excediese en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación.

Por otra parte el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo por lo que respecta a la pena a imponer por el órgano judicial en los términos definidos en este fundamento jurídico se coherente mejor, a la vez que también la refuerza en su debida dimensión constitucional, con la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, que, como ya hemos señalado, constituye uno de los fundamentos de la exigencia de aquel deber de congruencia como manifestación del principio acusatorio.

Ciertamente aquella garantía resulta mejor protegida si el órgano judicial no asume la iniciativa de imponer ex officio una pena que exceda en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación, asumiendo un protagonismo no muy propio de un sistema configurado de acuerdo con el principio acusatorio, como el que informa la fase de plenario en el proceso penal.

En este sentido en modo alguno resulta ocioso traer a colación que, como se recuerda en la STC 123/2005, de 12 de mayo EDJ 2005/61596 , “desde el más temprano reconocimiento de la dimensión constitucional de determinadas garantías propias del principio acusatorio, en la jurisprudencia de este Tribunal se ha incidido tanto en su vinculación con los derechos de defensa y a conocer de la acusación (...), como en la exigencia de separar la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio

del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas” (FJ 4).

La imposición ex officio por el órgano judicial de pena que exceda de la solicitada por la acusación resulta acaso menos armonizable con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial en el proceso penal al asumir funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden.

Esta doctrina constitucional, en los términos en los que ha quedado expuesta y perfilada, sobre el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, viene a coincidir sustancialmente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en sus alegaciones, con el criterio que al respecto mantiene actualmente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

SÉPTIMO.- La aplicación de la referida doctrina constitucional ha de conducir a la estimación de la primera de las quejas de la recurrente en amparo.

En este caso se ha mantenido inalterado el relato fáctico y la calificación jurídica de los hechos imputados a la demandante, radicando la denunciada quiebra de la exigencia de correlación entre la acusación y la Sentencia condenatoria en la pena finalmente impuesta.

En efecto, el Ministerio Fiscal, única acusación personada en la causa, calificó los hechos imputados a la recurrente como constitutivos de una falta de hurto, prevista y penada en el art. 623.1 CP EDL 1995/16398 , solicitando que le fuera impuesta la pena de cuarenta y cinco días de multa con una cuota diaria de 6 €.

El Juzgado de Instrucción mantuvo inalterado el relato fáctico en el que se fundaba la acusación, así como se atuvo a la calificación jurídica que ésta había efectuado de los hechos, pero le impuso a la demandante, en vez de la pena de multa interesada por el Ministerio Fiscal, la de localización permanente en su domicilio con una duración de doce días, que la Audiencia Provincial finalmente redujo a ocho días.

La localización permanente de cuatro a doce días y la multa de uno a dos meses están previstas como penas alternativas para la falta de hurto tipificada en el art. 623.1 CP EDL 1995/16398 .

Tanto la pena de localización permanente como la multa de diez días a dos meses aparecen clasificadas como penas leves en el art. 33 CP EDL 1995/16398 . Sin embargo la localización permanente se configura como una de las penas privativas de libertad (art. 35 CP EDL 1995/16398), cuyo cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el Juez en la Sentencia, dando lugar su incumplimiento a que por el Juez o el Tribunal sentenciador se deduzca testimonio para proceder por quebrantamiento de condena (art. 37 C EDL 1995/16398).

Por su parte, la pena de multa consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria, que únicamente en caso de no satisfacerse voluntariamente o por la vía de apremio puede dar lugar a la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, que en el caso de las faltas puede cumplirse mediante la localización permanente, sin el límite de los doce días que establece el art. 37.1 CP EDL 1995/16398 como duración máxima de la pena de localización permanente.

La recurrente en amparo y el Ministerio Fiscal, tanto en la vía judicial previa como en este proceso de amparo, consideran de distinta naturaleza y de superior o mayor gravedad y poder afflictivo la pena de localización permanente de ocho días en su domicilio impuesta a la demandante en las Sentencias recurridas, por tratarse de una pena privativa de libertad, que la multa de cuarenta y cinco días con cuota diaria de 6 € solicitada por la acusación en el acto del juicio.

Más allá de estas apreciaciones subjetivas, con la perspectiva constitucional que nos es propia la pena de localización permanente aparte de suponer de modo indudable una pena de distinta naturaleza, debe calificarse en principio como de mayor gravedad en razón al bien jurídico afectado: la libertad personal (art. 17.1 CE EDL 1978/3879), que indudablemente es de mayor entidad constitucional que el afectado por la pena de multa.

Desde ese mismo prisma de la libertad como valor superior la pena de localización permanente lo afecta de modo inmediato, mientras que en el caso de la de multa su eventual incidencia sobre la libertad sólo llegaría a producirse de modo mediato, si por su incumplimiento se llegase a aplicar la pena de localización permanente como responsabilidad personal subsidiaria ex art.53 CP EDL 1995/16398 .

En este caso los órganos judiciales, apartándose de la petición de la acusación, han impuesto a la demandante de amparo una pena que excede por su distinta naturaleza y gravedad de la solicitada por el Ministerio Fiscal.

Tal decisión, lesiva del principio acusatorio, de conformidad con la doctrina constitucional antes expuesta, ha alterado sustancialmente los términos del debate procesal relativos a la pena, tal y como había sido planteado por el Ministerio Fiscal en el juicio de faltas, quien se adhirió al recurso de apelación de la demandante en cuanto a la lesión del principio acusatorio por haberle impuesto una pena de mayor gravedad y distinta naturaleza a la solicitada por él, resultando limitadas las facultades de defensa de la acusada, al desconocer que los hechos que se le imputaban podían ser sancionados con la pena a la que finalmente fue condenada, y resultando comprometido también la imparcialidad de los órganos judiciales, ya que han encauzado la acusación en el extremo concerniente a la pena impuesta.

OCTAVO.- La estimación del primer motivo de amparo hace innecesario el enjuiciamiento de la segunda queja de la recurrente, referida a la falta de motivación de la pena en cuanto a su extensión.

Los efectos del otorgamiento del amparo y el restablecimiento a la recurrente en la integridad de su derecho han de contraerse, al igual que en supuestos similares al ahora considerado (por todas, SSTC 161/1994, de 23 de mayo EDJ 1994/4661 ; 59/2000, de 2 de marzo EDJ 2000/1020 ; 20/2003, de 10 de febrero EDJ 2003/2748 ; 75/2003, de 23 de abril EDJ 2003/8898 ; 21/2008, de 31 de enero EDJ 2008/5748), a la declaración de nulidad de las Sentencias impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la Sentencia del Juzgado de Instrucción para que se pronuncie otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

FALLO

Estimar el recurso de amparo promovido por D^a Dolores y, en su virtud:

1º.- Declarar vulnerados los derechos de la recurrente en amparo a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE EDL 1978/3879).

2º.- Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, de 25 de julio de 2007, recaída en el juicio de faltas núm. 66/2007, así como la de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 297/2008, de 17 de septiembre, dictada en el rollo de apelación núm. 169/2008 EDJ 2008/224421 , debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la primera de las Sentencias citadas, para que se pronuncie una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, veinticinco de junio de dos mil nueve. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Guillermo Jiménez Sánchez.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo respecto de la Sentencia dictada por el Pleno de este Tribunal en el Recurso de Amparo avocado al Pleno núm. 7329-2008.

Con el debido respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en la Sentencia y de acuerdo con la opinión que mantuve en la deliberación, me siento en la obligación de ejercitar la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC EDL 1979/3888 a fin de ser coherente con la posición mantenida.

PRIMERO.- En primer lugar debo manifestar que comparto el fallo y la Fundamentación Jurídica que lo sustenta, contenida en los FFJJ 3 a 8 de la Sentencia. Ciertamente ya desde mi incorporación a este Alto Tribunal he venido manifestando la misma postura en cuanto al principio acusatorio y, por ello, me mostré partidario, cuando así lo propuso el Ponente, de avocar al Pleno el recurso que nos ocupa con la finalidad de unificar nuestra doctrina al respecto.

SEGUNDO.- En realidad mi discrepancia se refiere exclusivamente al contenido del FJ 2, que en la lógica argumental de la Sentencia no resulta absolutamente necesario, y que sustenta buena parte de su argumentación en el Auto de la Sala Primera núm. 188/2008, de 21 de julio EDJ 2008/133056 , así como en el posterior Auto de la Sala Segunda núm. 289/2008, de 22 de septiembre EDJ 2008/202909 , al que formulé un Voto Particular y al que ahora no tengo más remedio que remitirme, reiterándolo en lo sustancial.

TERCERO.- Con referencia expresa al ATC 188/2008 EDJ 2008/133056 , la Sentencia afirma en la parte primera del FJ 2 que el elemento más novedoso o la caracterización más distintiva de la regulación del recurso de amparo introducida por la LO 6/2007, de 24 de mayo EDL 2007/28399 , por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional EDL 1979/3888 es el requisito sustantivo o de fondo de la “especial trascendencia constitucional” que impone el art. 50.1.b) LOTC EDL 1979/3888 para la admisión del recurso.

“En él se plasma - señala la Sentencia - la opción del legislador por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso”.

Como tuve ocasión de señalar en mi Voto Particular al ATC 289/2008 EDJ 2008/202909 entiendo que la Ley no se expresa en esos términos, sino que es la interpretación que de la misma ha hecho este Tribunal la que le confiere tal carácter, y de la que he discrepado desde aquel día.

El art. 49.1 LOTC EDL 1979/3888 señala que “el recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamentan, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado.

En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”. Sin duda el artículo impone al recurrente un deber de justificar la especial trascendencia constitucional pero no señala que este requisito sea de naturaleza sustantiva y que su

incumplimiento vicié “la demanda de amparo de un defecto insubsanable que conduce a su inadmisión a limine” (ATC 188/2008, de 21 de julio EDJ 2008/133056).

La Ley permite, a mi entender, otras interpretaciones igualmente ajustadas a la Constitución que expuse en el FJ 4 de mi Voto Particular, a cuyo contenido remito.

CUARTO.- En este orden de interpretación conviene señalar que la Sentencia ha añadido al final del primer párrafo de este FJ 2 la siguiente afirmación:

“El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (SSTC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1 EDJ 1999/40152), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE EDL 1978/3879 y 1.1. LOTC EDL 1979/3888)”.

Al añadirse este importante párrafo y afirmar que el recurso de amparo sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales cuya protección culmina en este Tribunal, que es su garante último y máximo intérprete, el Pleno constata, por una parte, que la tutela de estos derechos corresponde a la jurisdicción ordinaria en su conjunto, lo que naturalmente no representa ninguna novedad pues siempre ha sido así y tal fue la inequívoca opción del constituyente al establecer, en la forma en que lo hizo, el recurso de amparo.

Con la reforma de nuestra Ley Orgánica, mediante la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones, el legislador ha querido dar al juez ordinario una última posibilidad de reparación, que no un mayor protagonismo, como se afirma en la Sentencia.

Por otra parte, este párrafo viene a dejar claro que el TC no puede variar su posición jerárquica en materia de tutela de los derechos fundamentales (art. 5.1 LOPJ EDL 1985/8754); posición que nos otorga una alta función en esta materia (arts. 53.2 y 123 CE EDL 1978/3879 y 1.1. LOTC EDL 1979/3888), que no podemos desconocer ni dejar de atender con todas las consecuencias que ello comporta en ningún caso ni circunstancia.

En consecuencia se mantiene inalterada la función de ambas jurisdicciones.

QUINTO.- El recordatorio de esta posición jerárquica y de estas obligaciones me remite a la afirmación sobre el “carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de especial trascendencia constitucional como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación” que contiene la Sentencia en el segundo párrafo de este FJ 2.

Tal afirmación entiendo que no permite una objetivación como más como más adelante se postula en la Sentencia de las causas de admisibilidad, ya que no excluye la reparación de una vulneración sufrida y no reparada en la jurisdicción ordinaria.

Ya he señalado que, según mi criterio, nuestra posición última y subsidiaria nos exige, en todo caso, dar una respuesta.

SEXTO.- Una vez realizadas estas reflexiones de carácter general también quisiera precisar algunos aspectos respecto de la relación de casos que se contiene en la parte final del FJ 2 de la Sentencia y según la cual se justificaría que el Tribunal Constitucional adoptara una decisión sobre el fondo en razón de la especial trascendencia constitucional de la demanda.

Creo que con esta objetivación de las causas se da un paso importante en la clarificación del contenido que, para la justificación de la especial trascendencia constitucional, requiere la interposición de la demanda de amparo, pues con ello se precisa la carga que la Ley hace recaer en el demandante de amparo en la formulación de su pretensión.

Sin embargo, tal como sostuve en la deliberación, debo insistir en el hecho de que resulta imposible objetivar la vulneración de un derecho fundamental.

Este extremo es especialmente evidente en los casos de “incumplimiento de modo general y reiterado” por la Jurisdicción ordinaria de la doctrina de este Tribunal.

Debo, en tal sentido, recordar que nuestra doctrina no puede ser vulnerada; es, sin duda, susceptible de interpretación por el juez ordinario; pero éste no puede valorar sobre si procede o no su aplicación a un determinado caso.

Podríamos admitir que cabe un error en la interpretación de nuestra doctrina por parte no imputable al órgano jurisdiccional (que reparará en su caso la propia jurisdicción ordinaria) pero de ningún modo podría aceptarse el supuesto de oposición (reiterada o no) a la misma.

Un planteamiento similar me sugiere el supuesto contemplado de que un órgano judicial incurra en “una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional”.

Debemos recordar que en tal caso asistiríamos a un incumplimiento por el órgano judicial de una obligación que le viene impuesta por imperativo legal. Tal actitud no podría quedar sin respuesta de ningún órgano jurisdiccional y en última instancia, si no se hubiera reparado en vía ordinaria, de este Tribunal.

De todos modos este supuesto lo que realmente pone en cuestión no es tanto la especial trascendencia constitucional de la demanda de amparo, que la tiene, como la rebeldía manifiesta del órgano judicial (art. 5.1 LOPJ EDL 1985/8754).

SÉPTIMO.- El último supuesto recogido en la señalada relación resulta ser una verdadera cláusula abierta:

“cuando el caso suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga consecuencias políticas generales”.

De este modo se deja la puerta abierta al juego de las excepciones como pueden ser, “aunque no exclusivamente”, determinados amparos electorales o parlamentarios, tal como se dice en la Sentencia.

Desde mi punto de vista la tutela de los derechos fundamentales no permite excepciones por razón de que los casos se refieran a intereses económicos, sociales o políticos.

Lo anterior representaría introducir una discriminación política en razón de un pretendido interés superior cuando lo que ha querido la CE es precisamente proteger el derecho individual y de la persona - como hemos dicho desde nuestra primera Sentencia, 1/1981, de 26 de enero, FJ 2 EDJ 1981/1 -, que es el más vulnerable de todos ellos y el que, por desgracia, la Historia del Derecho nos demuestra que ha resultado ser el menos atendido, razón por la cual una nueva concepción de los derechos fundamentales rige en los ordenamientos jurídicos internos, en correspondencia con los acuerdos, tratados y convenios internacionales surgidos al amparo de la Declaración Universal de Derechos Humanos a los que nuestra Constitución llama en el pórtico de su Título I (art. 10.2 EDL 1978/3879).

Este es, pues, el sentido de mi voto concurrente.

En Madrid, a 25 de junio de 2009

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la sentencia del pleno que resuelve el recurso de amparo núm. 7329-2008.

PRIMERO.- En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC EDL 1979/3888 expreso mi discrepancia con la Sentencia aprobada en el presente proceso de amparo, que aborda el viejo problema de los límites de la potestad jurisdiccional en el ejercicio del ius puniendi.

Como es de general conocimiento, el proceso penal que en nuestro Ordenamiento instauró la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 EDL 1882/1 se adscribe al denominado sistema acusatorio mixto, ofreciendo una regulación ejemplar para su época, hasta el punto de que, una vez tras otra, cuando en el transcurso del tiempo se han denunciado las carencias de nuestro proceso penal, ha sido una constante la invocación del espíritu de nuestra centenaria Ley.

Su exposición de motivos evidencia cómo el modo de entender el denominado principio acusatorio fue una preocupación capital de los redactores de la Ley. Y a este Tribunal Constitucional se debe no poco de la encomiable labor de que el principio acusatorio haya recobrado su adecuada dimensión, cuya erosión era cierta al tiempo de producirse el advenimiento del actual régimen constitucional.

El principio acusatorio tiene muy diversas manifestaciones, siendo examinada por la Sentencia del Pleno la precisa cuestión referida a las facultades del juez o tribunal en la fijación de la concreta pena que haya de imponerse a quien sea declarado responsable penal de los hechos enjuiciados.

Hasta este momento, nuestra doctrina afirmaba que la vinculación del juez a los hechos y a su calificación jurídica no impedía que pudieran imponerse penas superiores a las solicitadas por las acusaciones, siempre dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal correspondiente, cuando la calificación como tal de los hechos, y los hechos mismos, hubieran sido objeto del correspondiente debate.

A partir de ahora, “un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencia reservadas constitucionalmente a las acusaciones ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías”.

En consecuencia, la elección de la pena que haya de imponerse -cuando el legislador prevea penas alternativas- o la ponderación de la duración o de la cuantía de la pena que deba fijarse dentro de los márgenes legales, ha dejado de encomendarse al prudente arbitrio judicial, desplazándose en gran medida tal facultad a las partes acusadoras, singularmente el Ministerio Fiscal.

Nada habría de objetar, por mi parte, si el constituyente, o al menos el legislador, así lo hubiera dispuesto; tampoco si la jurisdicción ordinaria encuentra necesaria o conveniente esa limitación del ejercicio del ius puniendi.

Lo que me parece inadecuado es hacer derivar directamente de nuestra Constitución tal desapoderamiento de facultades jurisdiccionales, como si fuera una consecuencia ineludible de nuestro sistema de garantías constitucionales.

SEGUNDO.- La Sentencia aprobada vincula la exacerbación del principio acusatorio a la deseable imparcialidad del juzgador y a que éste no invada y asuma facultades reservadas constitucionalmente a las partes. Ninguna de estas razones me convence.

Ciertamente, la imparcialidad del Juez es una garantía constitucional que se proyecta sobre todas las fases del proceso. También cuando, una vez celebrado el juicio, se entra en el momento de valorar las pruebas y tomar en consideración las alegaciones de las partes.

El resultado de este acto intelectual se concreta en un pronunciamiento que estimará o desestimará, total o parcialmente, las pretensiones de las partes. ¿Pierde su imparcialidad el Juez en ese momento? ¿Padece la garantía de imparcialidad porque el Juez falle

a favor o en contra de los pedimentos de una parte? No parece que así sea. Pues bien, la fijación de la pena pertenece a este momento procesal.

¿Puede, realmente, decirse que el juez ha perdido la imparcialidad en el momento en que concreta la pena? No me lo parece.

En realidad, el problema debe situarse, no en el campo de la imparcialidad, sino en el de las facultades del órgano jurisdiccional en el ejercicio del ius puniendi.

En este sentido, la Sentencia sostiene que si el juez o tribunal penal impone una pena prevista en la ley pero superior a la pedida por las partes acusadoras, invade y asume competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones.

Pero cabe preguntarse ¿cuando el legislador admite que un mismo hecho sea castigado con una pena o con otra alternativa, cuando permite la sustitución de una pena por otra, cuando fija unos márgenes de duración o cuantía, cuando, en definitiva, establece un ámbito de prudente arbitrio atendidas las circunstancias del caso: se dirige al Juez o a las partes acusadoras? ¿Puede realmente sostenerse que de nuestra Constitución deriva inexorablemente que esa función no es propia de los jueces? ¿Acaso no puede todo Tribunal apreciar una circunstancia eximente o atenuante aun no habiendo sido alegada por las partes? ¿No puede cualquier Juez absolver pese a que las partes hayan llegado a una conformidad? ¿Acaso no puede condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena diferente de superior gravedad?

Salvadas las circunstancias derivadas de la evolución que nuestro proceso penal ha experimentado, vienen al caso estas palabras de D. Manuel Alonso Martínez que forman parte de la exposición motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 :

“Está bien que en los procesos civiles el Tribunal tenga la obligación de absolver o condenar, así como también la de ajustar estrictamente su fallo a los términos en que las partes hayan planteado el problema litigioso, o sea, la acción ejercitada por el demandante y las excepciones formuladas por el demandado; porque las cuestiones que en esos procesos se ventilan son de mero interés privado, y porque, además, no es raro que pueda subsanarse total o parcialmente en un nuevo proceso el error padecido al entablar la acción, para lo cual suelen hacerse reservas de derecho en la sentencia a favor del condenado; pero en los procesos criminales, que pueden incoarse de oficio, están siempre en litigio el interés social y la paz pública; y teniendo el Tribunal la obligación de condenar o absolver libremente, sin reserva alguna y sin que le sea lícito abrir un nuevo procedimiento sobre el mismo hecho ya juzgado, es violento torturar la conciencia de los Magistrados que le forman hasta el punto de colocarles en la dura alternativa de condenar al acusado a sabiendas de que faltan a la Ley o cometen una nulidad, a absolverle con la convicción de que es criminal, dejando que insulte con su presencia y aire de triunfo a la víctima y su familia tan sólo porque el Ministerio público no ha sabido o no ha querido calificar el delito con arreglo a su naturaleza y a las prescripciones del Código Penal EDL 1995/16398 .

De todas suertes, es innegable que, llevados a tal exageración el sistema acusatorio y la pasividad de los Tribunales, éstos abdican en el Fiscal, en cuyas manos queda toda entera la justicia”.

Estas palabras, redactadas con el fin de justificar la ya capitidisminuida facultad que el art. 733 LECRim EDL 1882/1 atribuyó a los órganos sentenciadores, tienen el acierto de destacar la singularidad del ámbito penal, fuertemente condicionado por el principio de legalidad.

También yo creo que no se causa indefensión alguna cuando un tribunal -respetando el marco de los hechos aducidos y de la calificación formulada por las acusaciones, debidamente debatidos en juicio- fija la pena dentro de los márgenes establecidos por la ley. Con la ventaja de que el ejercicio de esa facultad -sin duda de un uso excepcional- cuando esté debidamente motivado es susceptible de control a través de los cauces impugnatorios que en cada caso procedan; a diferencia de la decisión de las partes acusadoras a este respecto, que está exenta de todo control.

En este sentido creo que debe destacarse que la Sentencia elude una cuestión, de mayor calado que la resuelta pero tal íntimamente unida a ella que no debió guardarse silencio sobre la misma.

Me refiero al supuesto de que las partes acusadoras omitan solicitar una pena de preceptiva imposición o cuando la pedida no alcance la duración o cuantía fijadas por la ley.

Creo que debió dejarse sentado que en tales casos -como tiene acordado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Pleno de 27 de noviembre de 2007- lo procedente es que el juez o tribunal imponga, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena.

En última instancia, la vinculación del Ministerio Fiscal al poder ejecutivo y la circunstancia de que su actuación esté afectada no sólo por los principios de legalidad e imparcialidad sino también por los de unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 2.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal EDL 1981/3896) debe sopesarse siempre que -como en la Sentencia aprobada- se produzca, una vez más, una erosión de las facultades de los órganos judiciales penales a favor del Ministerio Fiscal, lo cual, respondiendo a un modelo cuya defensa me parece perfectamente sostenible, no creo, sin embargo, que sea el único que admita nuestra Constitución. Por estas razones, disiento.

En Madrid, a 25 de junio de 2009

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 7329-2008