

el momento de la remisión del expediente por parte de la Administración.

8. Por Auto de 20 de enero de 1984, la Sala Segunda de este Tribunal acordó denegar la práctica de la prueba solicitada por el Fiscal por entender que no era necesaria a la vista de las alegaciones de la recurrente y del Gobierno Vasco, y otorgar al Fiscal un plazo de veinte días para que formulase las alegaciones que estime pertinentes. Al cumplimentar este trámite, el Fiscal, tras un resumen de los hechos, señala que el recurso se interpone por dos motivos distintos, que suponen ambos la transgresión del art. 24.1 de la Constitución. El primer motivo se basa en que no se permitió a la actora subsanar el error padecido -remisión del expediente administrativo equivocado-, según permite el art. 116, en relación con el 129, ambos de la LJCA; el segundo motivo consiste en que la Sentencia incurre en incongruencia, al no existir la debida relación entre el objeto de la reclamación y el pronunciamiento judicial que lo resolvió. Respecto al primero, opina el Fiscal que no existe vulneración del art. 24.1 de la Constitución, pues no se dan en el caso los supuestos que el art. 116 establece para que un defecto sea subsanable. En cuanto al segundo, entiendo, por el contrario, el Fiscal que sí existe incongruencia provocadora de indefensión y que la Audiencia se pronunció sobre una cuestión distinta de la planteada y que la actora ha visto desatendida su pretensión, por inadmisibilidad, sin que haya podido defenderse. Por todo ello, concluye interesando la estimación del amparo.

9. Por providencia de 15 de febrero de 1988 se señaló el día 29 del mismo mes y año para deliberación y fallo.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Como señala la representación del Gobierno Vasco, la cuestión planteada en el presente recurso consiste fundamentalmente en determinar si la Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao, al inadmitir el recurso de la solicitante del amparo por considerarlo extemporáneo, vulneró o no el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución. En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva supone, entre otros, que aquí no interesan, el de obtener una decisión motivada sobre la pretensión deducida, pretensión que, normalmente, deberá recaer sobre el fondo de la cuestión planteada, pero que podrá ser también de inadmisión cuando la demanda adolezca de defectos procesales que justifiquen esa inadmisión. Pero este Tribunal ha declarado, igualmente, que le compete resolver en esos casos sobre la existencia o inexistencia de la causa de inadmisión utilizada y,

en especial, apreciar si la causa de inadmisión ha sido aplicada por causa de un error patente (SSTC 68/1982, de 26 de junio, y 6/1986, de 21 de enero). De acuerdo con estos criterios, es manifiesto que en el presente caso la Audiencia Territorial de Bilbao inadmitió por extemporáneo el recurso contencioso-administrativo respecto de una solicitud presentada el año 1983, siendo así que dicho acto era, en realidad, la denegación, también por silencio administrativo, de la solicitud presentada en marzo de 1984, contra la cual el recurso se encontraba dentro del plazo legalmente establecido. Esos hechos reconocidos por el propio Gobierno Vasco y que se desprende claramente de la Sentencia de la Audiencia, hacen que deba estimarse el amparo solicitado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución.

2. La estimación de este motivo señalado por la representación del Gobierno Vasco convierte en superfluo el examen de otras alegaciones formuladas por las partes, bastando con lo dicho para que se otorgue el amparo solicitado.

FALLO

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

Ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por el Procurador de los Tribunales don José Manuel de Dorremocha Aramburu, en nombre de doña María Gil de San Vicente Iriarte y, en consecuencia:

1.º Anular la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao de 30 de diciembre de 1985 (rec. núm. 255/85).

2.º Reconocer el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva.

3.º Restablecería en su derecho retrotrayendo las actuaciones hasta el momento de dictar Sentencia a fin de que la Audiencia Territorial dicte una nueva resolución sobre el fondo de la cuestión planteada.

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

Dada en Madrid, a 3 de marzo de 1988.—Gloria Begué Cantón.—Ángel Latorre Segura.—Fernando García-Mon y González Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.

7169 Pleno. Recurso de amparo número 604/1985. Sentencia número 37/1988, de 3 de marzo de 1988.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; doña Gloria Begué Cantón, don Ángel Latorre Segura, don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa y don Luis López Guerra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 604/1985, promovido por don Antonio del Molino Barreno, representado por el Procurador don Saúl Álvarez Martínez y dirigido por el Letrado don Emilio García Cambor, contra Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por el que se inadmita recurso de casación contra Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid. Han sido parte el Ministerio Fiscal, doña María Jesús Poyato Carmona, representada por la Procuradora doña Sofía Pereda Gil y dirigida por el Letrado don Emilio Sedano Ontiveros, y don Félix Checa Herrero, representado por la Procuradora doña María José Millán Valero y dirigida por el Letrado don Valentín Sebastián Pardo, y Ponente el excelentísimo señor Presidente de este Tribunal, quien expresa el parecer del mismo.

I. ANTECEDENTES

1. A 26 de junio de 1985, don Antonio del Molino Barreno envió a este Tribunal desde la Prisión Provincial de Carabanchel en Madrid un escrito a cuyo final solicitaba que tuviéramos «por

promovido» un recurso de amparo y, con interrupción del plazo legal para su formalización, le reconociéramos el «beneficio de pobreza» (sic) y acordáramos que se le nombrara Abogado y Procurador de oficio. El núcleo de su petición, todavía no formalizada, consiste en que este Tribunal anule el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985, por el cual y con base en el art. 876.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, L.E.Cr.) se tuvo por desestimado el recurso de casación interpuesto por don Antonio del Molino contra Sentencia dictada en el Sumario 76/1983 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, «al manifestar los dos Letrados nombrados de oficio no encontrar motivos de casación que alegar contra la resolución reclamada, y al ser devuelto por el Fiscal por no creer procedente fundarlo en mi beneficio».

El recurrente, que dice estar cumpliendo «condena a la pena de veintisiete años de reclusión mayor», pena impuesta también a don Félix Checa Herrero, por delito de robo con homicidio, afirma que no tuvo noticia ni conocimiento oficial, ni de la excusa del primer Letrado, ni de la del segundo, ni «de la nota de Visto del Fiscal, y se queja de que no se le comunicara «todo ello... a fin de poder haber intentado la interposición del recurso de casación por medio de Procurador y Abogado de mi designación y a mi costa, como última alternativa que estimo comprende mi derecho a la defensa, ni haberme sido notificado oficialmente el Auto de desestimación a fin de recurrirlo en amparo».

2. La Sección Segunda acordó por providencia de 18 de septiembre de 1985 dirigirse al Consejo General de la Abogacía y al Colegio de Procuradores para que nombraran de oficio, conforme al art. 33 de la L.E.Cr., Abogado y Procurador de oficio.

Por ulterior providencia de 16 de octubre, la Sección acordó tener por designados como Procurador a don Saúl Álvarez Martínez y como Letrado a doña Pilar García Calzada, pero tras recibirse un escrito de esta Letrada en el que comunicaba su renuncia a tal designación por haber causado baja en el Colegio como Abogado ejerciente, la Sección Segunda, por nueva providencia de 13 de noviembre de 1985, volvió a acordar dirigirse al Consejo para que se designase nuevo Letrado del turno de oficio, nombramiento que

recayó, en primer lugar, en el Letrado don Andrés Dafouz Gil. La Sección Segunda, por providencia de 8 de enero de 1986, otorgó un plazo de veinte días al Letrado designado en primer lugar para que «formule la correspondiente demanda de amparo».

El Letrado señor Dafouz Gil envió escrito a este Tribunal excusándose de la defensa de don Antonio Molino por estimar ser insostenible la pretensión del recurrente. La Sección Cuarta (que tras la reorganización interna del Tribunal a causa de la renovación de parte de sus miembros se hizo cargo de la tramitación de los recursos antes correspondientes a la Sección Segunda) por providencia de 19 de marzo de 1986, tuvo por excusado al Letrado y acordó, de conformidad con el art. 38 de la L.E.Cr., dirigirse al Consejo General de la Abogacía para que éste, «con o sin audiencia del interesado, emita dictamen sobre si puede o no sostenerse en juicio la pretensión deducida».

El 14 de mayo se recibió el dictamen solicitado, en el cual, para opinar sobre la sostenibilidad del amparo, se considera que «es menester juzgar de las posibilidades de discusión» del recurso de casación que don Antonio Molino interpuso en su día a tenor del art. 874 de la L.E.Cr. y del que se había dado traslado por este Tribunal al Consejo. Aun formulando reservas por la insuficiencia de la información relativa al caso, la Junta de Abogados del Ilustre Colegio de Madrid sostiene que «si los hechos son como los que se relatan en la petición de recurso de amparo no hay duda de que había base para discutirla en casación».

A la vista de la comunicación del Consejo General de la Abogacía y del adjunto dictamen del Colegio de Madrid, la Sección Cuarta, por providencia de 28 de mayo de 1987, acordó que se diera traslado de todas las actuaciones al «Letrado de turno de oficio designado en segundo lugar, don Emilio García Cambor, para quien, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 de la L.E.Cr., es obligatoria la defensa a fin de que en el plazo de veinte días formule la correspondiente demanda de amparo».

3. Tras algunas dificultades para la notificación de la anterior providencia, que no es preciso detallar, se presentó la demanda debidamente formalizada el día 10 de septiembre de 1986.

Tanto en el encabezamiento como en el *petitum* final de la demanda se dirige el recurso contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección Quinta, dictada en el sumario 76/1983, y contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1985 dictado de conformidad con el art. 876.2 de la L.E.Cr., y se nos pide que declaramos la nulidad de ambas resoluciones judiciales «por violación de dicho Auto del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa protegido por el art. 24, apartado segundo, de nuestra Constitución».

Se indica a continuación en la demanda que el recurrente, junto con don Félix Checa Herreros, fueron condenados por robo con homicidio a veintisiete años de reclusión mayor cada uno en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta. La defensa de Antonio Molino propuso, además de la prueba testifical pedida por el Fiscal, la inclusión de un testigo de descargo que presenciara los hechos. Admitida la prueba, el testigo no compareció el día de la vista del juicio oral, por lo que la defensa solicitó la suspensión de la vista, lo que fue denegado por el Tribunal, ante el que el defensor formuló respetuosa protesta a fin de que constase en acta a efectos casacionales.

La Letrada que defendió en el juicio a Antonio Molino presentó escrito de preparación del recurso de casación por quebrantamiento de forma (con base en la denegación en juicio de la prueba admitida) y por infracción de preceptos legales sustantivos. El escrito, fechado a 2 de octubre de 1984 y firmado por la Procuradora y Letrada, requería la ulterior formalización por el Abogado y Procurador nombrados al efecto, que de hecho lo fueron el día 18 de enero de 1985. El Abogado nombrado renunció «por estar en situación de baja» y continuó el Procurador. El segundo Letrado «no encontró motivo de casación alguno que alegar». Pasados los antecedentes al Fiscal, éste los devolvió «con nota de *Vistos*», tras de lo cual la Sala dictó Auto desestimatorio del recurso de casación.

«Todos estos trámites (se lee en la demanda) se llevaron a cabo sin ponerlos en conocimiento del interesado que estaba *preso*, ya que, como bien dice, en caso de indefensión hubiera buscado un Abogado que lo defendiera, aunque para ello tuviera que pedir dinero para el pago de los honorarios».

La negativa de la Audiencia a suspender el juicio por incomparecencia del testigo de descargo «fue trascendental para la Sentencia». El recurso de casación «con unas bases tan evidentes y de fácil argumentación» fue, sin embargo, «tratado a la ligera», produciendo en el hoy recurrente «una evidente indefensión», primero por la Sección Quinta de la Audiencia, después por «los Letrados que no vieron los motivos de casación y, por último, por el Ministerio Fiscal», todo lo cual trajo como consecuencia la desestimación del recurso de casación.

Se ha producido, pues, indefensión contraria al art. 24.2 C.E., «al habernos denegado la utilización de un medio de prueba

pertinente para nuestra defensa, esto sin contar con lo que se hubiera dicho y pretendido si se llega a formalizar el recurso de casación». Por todo ello se pide la anulación de la Sentencia de la Audiencia y, asimismo, la del posterior Auto de 18 de junio de 1985 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Si no se considera necesaria la anulación de la Sentencia, «sea anulado el Auto de desestimación del recurso de casación y se formule de nuevo, por considerar esta parte que hay base más que suficiente para fundamentar el recurso de casación y que el mismo sea visto y discutido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dictando nueva Sentencia que modifique la dictada por la Sección Quinta de la Audiencia de Madrid».

4. La Sección Cuarta de este Tribunal, por providencia de 15 de octubre, acordó admitir a trámite la demanda de amparo, «requerir atentamente y con carácter de urgencia» la remisión de testimonio de las actuaciones correspondientes al Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid, a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid y a la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, asimismo, que por las expresadas autoridades judiciales se emplace a quienes fueron parte en dichos procedimientos.

El 30 de octubre de 1986, doña María Jesús Poyato Carmona se dirigió a este Tribunal solicitando se la tuviera por personada en el presente recurso de amparo «en su calidad de perjudicada y legítimamente interesada». Pidió que se le nombrara Abogado y Procurador del turno de oficio.

A 5 de noviembre de 1986, don Félix Checa Herreros, representado por Procuradora, se dirigió a este Tribunal solicitando que se le tuviera por personado, así como que se le nombrara nuevo Procurador del turno de oficio.

La Sección, por providencia de 26 de noviembre, acordó requerir a doña María Jesús Poyato que acreditara su condición de viuda del fallecido, don José Luque de la Torre, y la de representante legal de sus hijos. Igualmente acordó requerir a don Félix Checa que ratificara el escrito presentado en su nombre.

Por providencia de 25 de febrero de 1987, la Sección acordó tener por recibidos ambos escritos y que se nombrara a los dos personados Procurador y Abogado de oficio.

Se procedió a la designación correspondiente y la Sección, por providencia de 22 de abril, acordó tener por nombrados a los designados y conceder plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal a los Procuradores del recurrente y de cada uno de los personados para que de conformidad con el art. 52.1 de la LOTC formularan alegaciones.

5. En este trámite presentaron sus respectivos escritos el Ministerio Fiscal y los representantes procesales de doña María Jesús Poyato y de don Félix Checa, no habiendo alegado nada el demandante de amparo.

El Fiscal ante el Tribunal Constitucional comienza por separar el tratamiento de la impugnación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de 19 de julio de 1984 y el de la impugnación del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985. En relación con la denegación de suspensión del juicio oral por incomparecencia de un testigo de descargo, el Fiscal, que no niega el correcto planteamiento del motivo de casación por quebrantamiento y la anterior protesta en acta del defensor del luego condenado, entiende que la Audiencia no estaba obligada a suspender y que razonó en el primer considerando el por qué de su negativa. Considera que ésta fue razonable, razonada y ajustada a la doctrina de este Tribunal expuesta en casos semejantes, por lo que concluye que no cometió la Audiencia violación alguna de derechos fundamentales, debiendo desestimar el recurso de amparo en este punto concreto. Muy otra es su conclusión en orden al Auto de 3 de junio de 1985. El Fiscal, tras una rápida alusión al art. 10 de la Constitución y al 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, analiza el contenido del art. 876.2 de la L.E.Cr. y compara su regulación de la defensa del turno de oficio con la que resulta en materia civil de los arts. 36 a 40 de la L.E.Cr. recientemente reformada, así como también con el contenido del Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 20 de diciembre de 1982. De ello resulta el hecho paradójico de que en materia penal es menor la garantía del defendido por el turno de oficio, lo que si bien no significa la inconstitucionalidad del art. 876.2 L.E.Cr., sí obliga «a que sea reinterpretado» en el sentido *pro actione*. En consecuencia, todo ello supone «la necesidad de que el interesado conozca los motivos por los que su recurso no llegara a interponerse», lo que sólo puede conseguirse explicitando los dos Letrados y el Ministerio Fiscal las razones que tuvieron para concluir que el recurso preparado no debía ser formalizado. Sus respectivos escritos, «al omitir una explicación suficiente, dañan de inconstitucionalidad al Auto que los asume de forma mecánica y automática, vulnerando el art. 24.1 de la Constitución». El Fiscal concluye pidiendo el otorgamiento del amparo y la declaración de nulidad del Auto.

La representación procesal de Félix Checa alega que la Sentencia de la Audiencia les produjo indefensión al no suspender el juicio oral, dado que la comparecencia del testigo de descargo era

necesaria para su defensa. En cuanto al Auto de 3 de junio de 1985, entiende que el Tribunal Supremo no se sintió «llamado por el art. 35 de la LOTO», pero como el art. 876.2 L.E.Cr. «puede ser contrario a la Constitución», el Tribunal debió plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Actuando como lo hizo, «el Tribunal Supremo puede llegar, como en el asunto que aquí se debate, a una decisión irreversible sin conocimiento personal por el encausado de ninguno de los trámites que en su nombre y representación dativa se deciden». A los encausados, aun siendo insolventes, se les debió dar la oportunidad de que buscaran un Letrado que les defendiera realmente. Pide la nulidad de la Sentencia y la del Auto.

Finalmente la representación de doña María Jesús Poyato pide la plena denegación del amparo. Respecto a la Sentencia, porque en ella se razonó el por qué se denegó una suspensión a cuya concesión no estaba obligada. Respecto al Auto, porque el Tribunal Supremo aplicó correctamente el art. 876.2 L.E.Cr. Y porque el art. 24 no resultó violado ya que se les nombraron sucesivamente dos «Letrados del turno de oficio que solicitó, los cuales no encontraron motivo para fundamentar el recurso».

6. El Pleno del Tribunal, de conformidad con el art. 10 k) de su ley Orgánica, acordó, por providencia de 21 de enero de 1988 y a propuesta del Ponente hecha suya por la Sala Segunda, recabar para sí el conocimiento del presente recurso.

Habiendo quedado en minoría el proyecto de Sentencia deliberado en sesión de Pleno del día 4 de febrero, el Presidente asumió la Ponencia por Decreto de 10 de febrero y el Pleno, por providencia de 16 de febrero, acordó señalar para nueva deliberación y votación la sesión del 1 de marzo de 1988.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Tanto en el primer escrito que el recurrente envió a este Tribunal como en el de formalización de su demanda de amparo se entrelazan y a veces se confunden su queja por la indefensión sufrida en el juicio oral ante la Audiencia Provincial de Madrid al no haber accedido el Tribunal a la suspensión de la vista, lo que le impidió la práctica de una prueba de descargo admitida a su debido tiempo y esencial para su defensa, y, por otro lado, su denuncia de la violación de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, producida en la fase de interposición del recurso de casación por él preparado, pero que no llegó a formalizarse, contra la resolución condenatoria de la Audiencia. Esa, a su entender, doble violación de sus derechos fundamentales le lleva a impugnar y a pedir la declaración de nulidad de la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de julio de 1984 y del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985. El Fiscal ante este Tribunal, en su escrito de alegaciones, diferencia con toda claridad estas dos pretensiones y las analiza por el orden en que el recurrente las expuso en la demanda, que es el cronológico.

Sin embargo, el orden lógico correcto entre estas dos pretensiones de amparo constitucional es el inverso y a él nos atenderemos en la presente Sentencia. Ello ha de ser así, porque la hipotética concesión del amparo contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo impediría que procediéramos en este Tribunal al análisis de la impugnación contra la Sentencia de la Audiencia, ya que aquella constituye el objeto del recurso de casación por quebrantamiento de forma en su día preparado por la representación procesal del demandante de amparo. Sin perjuicio de desarrollar más adelante esta afirmación, centremos ahora nuestra atención en el Auto de 3 de junio de 1985 y en la tramitación previa que desembocó en él.

2. Conviene dejar constancia de algunos hechos y datos extraídos de las actuaciones, porque permiten puntualizar o comprobar algunas afirmaciones de quienes han comparecido en este recurso de amparo.

El demandante de amparo, por escrito de 2 de octubre de 1984 se dirigió a la Audiencia, cuya Sentencia condenatoria de 19 de julio le había sido notificada, suplicando que tuviera por preparado contra aquella recurso de casación por quebrantamiento de forma con base en el art. 850.1 de la L.E.Cr. y por infracción de la Ley al amparo del art. 849.1 de la misma Ley. Aunque invocaba expresamente su situación de insolvencia, que en efecto había sido declarada por Auto del Juzgado instructor del sumario a 11 de noviembre de 1983, el citado escrito lo presentó a través de la Procuradora doña Pilar Marta Bermejillo y con firma de la Letrada doña Enriqueta Andriño Silgo, que fueron designadas como tales libremente por el recurrente por escrito dirigido al Juzgado de Instrucción núm. 13 que obra al folio 99 del sumario con las respectivas aceptaciones.

Solicitada la defensa y representación por los turnos de oficio para la formalización del recurso de casación se excusaron los dos Letrados sucesivamente nombrados al efecto. El primero de ellos afirmó que había «examinado con detenimiento y suma atención

la Sentencia» y los antecedentes «sin que haya encontrado motivos para poder fundamentar la formalización de recurso alguno de casación». El segundo Letrado, afirmó a través de la Procuradora, y en escrito formado por ambos, que «no encuentra motivo alguno de casación que alegar para la interposición del recurso por lo que procede seguir el trámite establecido en el art. 876.2 de la L.E.Cr». En su momento, el Fiscal recibió el rollo y hay en las actuaciones un folio con su firma debajo de la palabra «Visto». No hay diligencia alguna de notificación al interesado de las decisiones de los Letrados ni de la «nota» del Fiscal, aunque sí de la notificación del Auto de la Procuradora.

3. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, a la vista de los escritos de los Letrados y de la nota del Ministerio Fiscal, pide el otorgamiento del amparo a causa de la falta de fundamentación de aquéllos. No es posible compartir su razonamiento. No resulta difícil aceptar calificativos alusivos al carácter escueto y estereotipado de las excusas formuladas por ambos Letrados, ni tampoco cuesta trabajo discrepar de sus respectivas opiniones, a la vista del ulterior dictamen del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en el que, aunque con referencia final a la pretensión de amparo, se sostenía que «no hay duda de que había base para discutirla en casación por un posible quebrantamiento de forma». Sin embargo, y al margen del juicio de valor que puedan merecer aquellas excusas, no se puede decir que el derecho a no sufrir indefensión o el derecho a una tutela judicial efectiva contengan entre las exigencias que integran su contenido la de que los Abogados y el Ministerio Fiscal fundamenten en términos de razonamiento jurídico y no con meras cláusulas de estilo las decisiones que adopten en el marco del art. 876.2 de la L.E.Cr. Y ello no por el argumento de mera legalidad de que el citado precepto no formula tales exigencias, sino por el de que no son órganos del poder judicial, ni por tanto emanan de ellos resoluciones jurisdiccionales, y son éstas y solo éstas las que deben ser motivadas (art. 120.3 C.E.) y aquellas cuya motivación es exigible como parte del contenido esencial del derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva, tal como este Tribunal ha declarado en reiterada jurisprudencia.

Por otro lado, la más explícita fundamentación de aquellos escritos no reduciría, como parece sugerir el Fiscal en sus alegaciones, el automatismo de la resolución que el inciso final del párrafo segundo del art. 876 impone al Tribunal. Como hemos llegado a un punto clave para la resolución del recurso, conviene analizar el citado precepto.

4. El art. 876.2.º está redactado conforme a lo dispuesto en la Ley de 16 de julio de 1949 por la que se reformaron diversos aspectos de la casación penal. Sin entrar a examinar otros preceptos de la citada ley, no cabe duda de que en el punto que nos ocupa redujo las garantías de defensa del condenado recurrente acogido a la defensa por turno de oficio.

En efecto, la primitiva redacción del art. 876 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 establecía mayores garantías que el texto vigente desde 1949 en estos tres puntos: a) Los Abogados designados sucesivamente eran tres, y no dos como ahora; b) cada uno de los tres tenía, en su caso, que «exponer las razones en que funde su opinión» contraria a la procedencia del recurso, exigencia ésta suprimida en el texto de 1949 y cuyo cumplimiento suponía sin duda un obstáculo o dificultad para excusarse ahora suprimido; c) tanto del escrito del Letrado interponiendo el recurso, como de su razonada negativa «se acompañará (decía la Ley en la redacción originaria) copia literal autorizada por el Procurador», requisito que permitía y obligaba a éste a tener informado al recurrente de la suerte de su recurso y cuya supresión en la versión vigente del mismo precepto da pie para que los escritos excusatorios y no razonados de los, ahora, dos Letrados sucesivos sean conocidos sólo por el Fiscal y la Sala, pero no por el Procurador del recurrente, ni por éste, como por cierto ha sucedido en el caso presente.

Aunque la historia de un precepto ayuda a interpretarlo, es claro que no hemos de juzgar la constitucionalidad de una norma por su historia, pues lo único que nos concierne es examinar si el nivel de garantías del 876.2 en su redacción actual es suficiente para entender satisfecho el derecho fundamental «a la defensa y a la asistencia de Letrado» (art. 24.2 C.E.) o requiere algún género de interpretación integradora. Dejando para más adelante este examen, conviene ahora analizar el resto del precepto. El párrafo segundo *in fine* del art. 876 (y en este extremo su redacción según la Ley de 16 de julio de 1949 es idéntica a la originaria) contiene una norma que debemos confrontar con otras de superior rango en cuanto definitivas de derechos fundamentales. El párrafo en cuestión dispone que, tras las dos excusas de los Letrados, los Autos deberán pasar al Fiscal quien deberá o fundar «el recurso en beneficio del que lo hubiere interpuesto, si lo creyere procedente», o, de lo contrario, devolverlos a la Sala «con la nota de Visto. Si el Fiscal hiciere lo primero, se sustanciará el recurso en la forma ordinaria; «si lo segundo, se tendrá por desestimado».

El inciso final subrayado por nosotros contiene un mandato dirigido al Tribunal. Este, una vez compruebe que los anteriores trámites se han cumplido tanto por los dos sucesivos Letrados de oficio como por el Fiscal, sólo puede hacer lo que la norma, con expresión técnicamente incorrecta, le impone, y que no es desestimar el recurso, lo que supone su admisión y el posterior examen sobre el fondo, sino el rechazo *a limine*, de tal modo que lo que ha de hacer es declarar desierto el recurso que en puridad no ha llegado a ser interpuesto. No importa a estos efectos que la negativa de los dos Letrados y la posterior del Fiscal hayan sido inmotivadas o fueren razonadas, pues en esta segunda hipótesis la Sala tampoco hubiera podido, según la interpretación literal de la norma analizada, hacer otra cosa. No habiendo sido interpuesto el recurso de casación, la Sala del Tribunal Supremo ha de declararlo desierto o «desestimado», conozca o no las razones que hayan movido a no interponerlo a quienes sucesivamente pudieron hacerlo. Ocurre, pues, que en la hipótesis contemplada por la norma y que es la del caso que nos ocupa, el recurrente, aun queriendo interponer su recurso de casación y aun habiéndolo preparado oportunamente a través de quienes lo representaron y defendieron en la instancia, se queda sin recurso por decisión coincidente y sucesiva de dos Letrados y un Fiscal, decisiones que la Sala ha de aceptar. La Sala Segunda en el Auto de 3 de junio de 1985 ha actuado según una interpretación literal y aislada de esta norma. El problema estriba en que desde la vigencia de la Constitución esa interpretación no es conforme con la norma suprema.

5. No se trata, como sugiere el representante procesal de don Félix Checa, de que hubiera debido la Sala plantear ante este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 876, párrafo segundo, pues pudo resolver (si lo hubiera planteado) el juicio de constitucionalidad de aquella norma sin necesidad de acudir al Tribunal Constitucional, ya que nos encontramos ante una norma preconstitucional y respecto a ellas no rige el monopolio del juicio de constitucionalidad que este Tribunal tiene respecto a las normas con rango de ley posteriores a la Constitución (art. 163 C.E. y art. 35 y siguientes LOTC). Lo que pudo y debió hacer la Sala Segunda es inaplicar el inciso final del párrafo segundo del art. 876 de la L.E.Cr. («si lo segundo, se tendrá por desestimado») y entenderlo derogado de acuerdo con el apartado tercero de la disposición derogatoria de la Constitución, por ser contrario al art. 24.1 de la Constitución.

Este Tribunal se ha ocupado en numerosas Sentencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con la casación penal y con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, firmado el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en septiembre de 1976, vigente entre nosotros desde el 27 de julio de 1977, a tenor de lo dispuesto en el instrumento de ratificación, y, desde luego, vigente en la actualidad *ex Constitutione*, puesto que el art. 96.1 dispone que los Tratados válidamente celebrados y oficialmente publicados «formarán parte del ordenamiento interno». En atención a ello, y sin olvidar que las normas relativas a derechos fundamentales deben ser interpretadas de conformidad, entre otros parámetros, con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (art. 102 C.E.), este Tribunal ha perfilado el contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la casación penal.

Como hemos declarado en numerosas resoluciones, el derecho a una tutela judicial comprende no sólo el de acceso a los Tribunales, sino también el derecho a los recursos que para cada género de procesos estén establecidos en el ordenamiento. El legislador, en principio, es libre para disponer cuál sea el régimen de recursos dentro de cada proceso, pero esa disponibilidad tiene un límite en el proceso penal que viene impuesto por el art. 14.5 del Pacto citado, según el cual «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». «Este mandato —como dijimos en la STC 42/1982— no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes», pero obliga a considerar que entre las garantías derivadas del art. 24 C.E. se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior. La libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el art. 14.5 del Pacto («...conforme a lo prescrito por la ley»). Ello permite que en nuestro ordenamiento cumpla tal función en determinados supuestos el recurso de apelación, lo que nos condujo en el caso de la STC 42/1982 antes citada a otorgar el amparo a quien se había visto privado de apelación y a reconocer su derecho a que se le admitiera a trámite el recurso de apelación por él intentado; y permite asimismo que dentro del ordenamiento y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal superior, bien entendido que, creada la casación por el legislador interno para determinados

supuestos, «tal garantía procesal ha de estar a disposición de todas las partes» (STC 76/1982), lo que nos llevó en otro proceso a declarar inconstitucional una norma que lo restringía en favor solo del Ministerio Fiscal. De la lectura del art. 14.5 del Pacto «se desprende claramente que no establece propiamente una doble instancia», sino un sometimiento del fallo y la pena a un Tribunal superior, y como estos requisitos se dan en nuestra casación, este Tribunal ha entendido que tal recurso a pesar de su cognición restringida, cumple la función revisora y garantizadora exigida por el art. 14.5 del Pacto.

Ahora bien, la interpretación integradora entre el derecho a la tutela judicial, el derecho al sometimiento a un Tribunal superior y la regulación interna de la casación penal impone varias consecuencias ineludibles. Es la primera que la casación penal «no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que al desenvolver esta función (la del art. 14.5 del Pacto) protege también al justiciable» (STC 60/1985). Es la segunda, muy ligada a la anterior, que de todo ello deriva no solo un mandato al legislador interno, sino un derecho fundamental para el ciudadano, de tal manera que la norma que lo contradiga será inconstitucional, «inconstitucionalidad que no nace de su contradicción directa con el art. 14.5 del Pacto, sino de su contradicción con el art. 24 de la Constitución» (STC 76/1982). La tercera consecuencia, válida para casos ya resueltos aquí y también para el presente, es que ese recurso puede ser la casación penal, y ese Tribunal Superior, el Tribunal Supremo, «juzgando en casación»; «recurso al que, si previsto en la Ley y con las condiciones por ella requerida, tendrá derecho aquel contra quien se hubiere dictado Sentencia condenatoria» (STC 60/1985).

Partiendo de esta doctrina, que ha sido mantenida en otras varias Sentencias (así, la SSTC 140/1985, la 57/1986 y la 123/1986) de una y otra Sala de este Tribunal, podemos ya analizar el inciso final del párrafo segundo del art. 876 de la L.E.Cr., para llegar a la conclusión de su contradicción con el art. 24 de la Constitución.

En efecto, el citado inciso («si lo segundo, lo tendrá por desestimado») priva al recurrente de su recurso de casación e impide que el Tribunal conozca de él aun teniendo noticia de la voluntad del recurrente de impugnar la Sentencia de instancia, aun sabiendo que el recurso fue oportunamente preparado y aun consciente la Sala de que el recurso no ha podido ser interpuesto por circunstancias (que luego analizaremos) contrarias a la voluntad del condenado. Es evidente que el Tribunal no puede conocer en sentido técnico un recurso que no ha llegado a interponerse ante él. Pero es no menos evidente que la forzosa imposición legal de que la Sala tenga por «desestimado» o desierto el recurso en contra de la voluntad de recurrir manifestada en forma por el condenado, priva a éste de que su fallo y su pena sean sometidos en casación al Tribunal Supremo, única forma en este caso de cumplir con el debido acceso a un Tribunal superior.

El derecho a un recurso como integrante del derecho a la tutela judicial se satisface tanto con un pronunciamiento del Tribunal sobre el fondo, como con una resolución razonada de inadmisibilidad, y esto que el Tribunal ha afirmado en numerosísimas resoluciones que no es necesario citar valdría para el caso si la Sala Segunda hubiera dictado un Auto de inadmisión. Pero esta hipótesis resulta imposible en el supuesto contemplado por el art. 876 y ocurrido en este caso, ya que sin interposición no hay recurso y sin recurso no hay pronunciamiento posible ni siquiera sobre los requisitos de admisibilidad. Nos encontramos pues, no con una norma conforme con la Constitución y con un Auto de un Poder Público contrario a aquella, sino con una norma contraria al art. 24 de la Constitución y con un acto (el Auto de 3 de julio de 1985) que al aplicar aquella vulneró el mismo derecho fundamental lesionado por el art. 876, párrafo segundo, en su inciso final, que, siendo preconstitucional y contrario a la Constitución, debe entenderse derogado (art. 24 y disposición derogatoria, apartado 3).

6. El recurrente en amparo se quedó no sólo sin recurso, sino sin Abogado, o, más exactamente, se quedó sin recurso porque se quedó sin Abogado y porque el Fiscal no fundó el recurso en su beneficio. Ello nos obliga a analizar el contenido del derecho fundamental a «la defensa y a la asistencia de Letrado» (art. 24.2 C.E.) y a examinar lo que este Tribunal ha dicho a propósito de tal derecho dentro del proceso penal.

El demandante en el recurso de amparo 366/1981 había sido juzgado con arreglo a la Ley 16/1970, de 4 de agosto, y declarado «en estado peligroso» por el Juzgado de peligrosidad competente que por Sentencia ordenó su internamiento en establecimiento de trabajo comunicándole que tal Sentencia era apelable. El recurrente, que «no tenía posibilidad de ponerse en contacto con su Abogado, cuyo domicilio ignoraba», redactó por sí mismo un escrito apelando contra la Sentencia y el Juzgado declaró, por Auto, inadmitido el recurso «no habiéndose formulado éste mediante Procurador y con asistencia de Letrado». La Sala Segunda de este Tribunal en la STC 42/1982 antes citada otorgó el amparo, ordenó

la admisión a trámite del recurso y apoyó su fallo en los argumentos, ya expuestos aquí, derivados de la integración entre el art. 24.1 de la Constitución y el 14.5 del Pacto, añadiendo por otra parte un razonamiento que, al margen de las diferencias de hecho entre aquel caso y el presente, consideramos relevante para éste. La Sala dijo que «En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal en un mero requisito formal que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso». Idea que con palabras apenas distintas podríamos aplicar al caso presente diciendo que la imposibilidad de ejercicio de un derecho fundamental, el de defensa y asistencia de Letrado, no puede convertirse en causa impeditiva para el ejercicio de otro derecho fundamental, el de someter su caso por vía de recurso a un Tribunal superior.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha declarado que el art. 6.3 c) del Convenio de Roma (respecto al cual damos por reproducidas las consideraciones antes expuestas a propósito del Pacto de 1966 en orden a su aplicación y a su valor de acuerdo con los arts. 96.1 y 10.2 de nuestra Constitución) «garantiza tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita» (caso Pakelli, Sentencia de 23 de abril de 1983), sin que la opción en favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario, para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal. Importa también recordar que el mismo TEDH en su Sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Artico) declaró que el art. 6.3 c) del Convenio «consagra el derecho a defenderse de manera adecuada personalmente o a través de Abogado, derecho reforzado por la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia judicial gratuita», obligación que no se satisface por el simple nombramiento o designación de un Abogado del turno de oficio, por emplear la terminología propia de nuestro ordenamiento, pues el art. 6.3 c), como subraya el TEDH, no habla de «nombramiento», sino de «asistencia», expresión por cierto idéntica a la de nuestro art. 24.2 C.E., de donde se infiere que lo que el Convenio dispone es que el acusado tiene derecho a gozar de una asistencia técnica efectiva, ya que si se interpretara el texto del 6.3 c) de una manera formal y restrictiva «la asistencia judicial gratuita tendría el riesgo de revelarse como una palabra vacía en más de una ocasión». En consecuencia y dentro de este enfoque hermenéutico realista, el TEDH condenó en el caso Artico al Estado demandado por entender que incumbía a las autoridades de aquel país «actuar de manera que se asegure al recurrente el disfrute efectivo del derecho que ellas mismas le habían reconocido» (Sentencia citada, caso Artico, párrafos 33 y 36).

Este Tribunal, cuya jurisprudencia ha estado siempre orientada por el principio de que los textos constitucionales que reconocen derechos fundamentales no contienen palabras vanas, sino garantías jurídicas inviolables por los Poderes Públicos, ha de interpretar el derecho a la defensa y a la asistencia letrada del art. 24.2 C.E. en el mismo sentido que lo hizo el TEDH, en especial cuando tal derecho se enmarca en un proceso penal como le ocurrió al recurrente en este proceso de amparo constitucional.

7. Al declarar nosotros derogado por contrario al art. 24.1 C.E. el inciso final del párrafo segundo del art. 876 L.E.Cr., el legislador deberá proveer con una norma de rango legal que disponga qué ha de hacer la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando se produzca el triple supuesto de hecho previsto en tal párrafo. Las garantías que éste contiene desde la reforma de 1949 no son en sí mismas contrarias a ningún precepto constitucional, pero son insuficientes en cuanto que pueden abocar al condenado a una situación en la que quede sin defensa y, por ende, sin recurso. El legislador, dentro de su libertad de elección, pero dentro de los límites constitucionales, deberá completar el precepto de manera tal que el condenado en la instancia no pueda verse privado del recurso de casación por falta de defensa, y como tratándose de un recurso eminentemente técnico como es la casación en España, no es pensable que el propio recurrente asuma la autodefensa, el legislador habrá de regular las dos formas de asistencia de Letrado de modo tal que por un lado, el derecho prestacional asumido por el Estado en el art. 876 (nombramiento de Abogado de oficio) no desemboque en una simple designación sin asistencia efectiva, y, por otro, de tal manera que la legítima opción por la asistencia del turno de oficio no impida al ciudadano recurrente acudir en su caso a un Abogado de su libre designación.

Dentro de estos límites la elección del legislador tiene un amplio margen de libertad que este Tribunal ni puede ni debe restringir.

Mientras el legislador no se pronuncie en favor de alguna de las opciones compatibles con los citados límites derivados *ex Constitutione*, la Sala Segunda del Tribunal Supremo habrá de utilizar las posibilidades que le brinda el ordenamiento de modo que quien

quiere recurrir y quiere y debe ser defendido no se vea privado de uno y de otro derechos fundamentales, ya que, como bien se dijo en la citada STC 42/1982, «deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de este género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento», comenzando por hacer algo que el art. 876 no le impone ni le prohíbe, pero que viene exigido como consecuencia lógica de todo lo antedicho, a saber, comunicar al condenado en la instancia las decisiones tomadas sucesivamente por cada Letrado y por el Fiscal a fin de que el recurrente pueda reaccionar oportunamente.

De esto cabalmente se queja en este caso el recurrente don Antonio del Molino Barreno a quien no se le notificó ninguna de las tres sucesivas denegaciones para interponer y fundamentar su recurso de casación y a quien, por lo mismo, no se dio la posibilidad de que hiciera lo que ahora nos pide como contenido de su pretensión de amparo, esto es, la designación libre de Abogado defensor, una vez frustrada indebidamente en el caso la defensa por el turno de oficio.

Este, por consiguiente, ha de ser el contenido del amparo que otorgamos; la declaración de nulidad del Auto de la Sala Segunda y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la devolución de los antecedentes por el Fiscal con la nota de «Visto», para que se notifique todo ello al interesado y se le dé la posibilidad, por él solicitada, de proceder a la libre designación de un Abogado que interponga su recurso de casación, para que el Tribunal Supremo a quien de este modo y en cuanto Tribunal superior se somete el fallo y la pena, resuelva sobre la admisibilidad y, en su caso, sobre la estimación del recurso.

Estimada parcialmente su primera y principal pretensión de amparo constitucional, es claro que no procede (como advertimos en el primer fundamento) entrar en el análisis de su otra petición, esta segunda consiste en que examináramos si la Sentencia de 19 de julio de 1984 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid respetó o, como el recurrente entiende, vulneró su derecho fundamental «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa» (art. 24.2 C.E.). Ahora bien, como éste fue en el escrito preparatorio de la casación el motivo de casación por quebrantamiento de forma aducido por el recurrente, y como hemos ya reconocido sus derechos a nombrar Abogado y a interponer asistido por él el recurso en su día preparado, este Tribunal no puede entrar a analizar esta su segunda pretensión de amparo que coincide con parte del contenido de su recurso de casación, pues el conocimiento de éste por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al mismo tiempo que satisface su derecho a la tutela judicial (derecho al recurso), puede satisfacer, si la estima, su pretensión impugnatoria contra la Sentencia de la Audiencia, y en todo caso constituye el agotamiento de la vía previa para venir con esa misma pretensión ante este tribunal.

FALLO

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

Ha decidido:

Estimar parcialmente el amparo solicitado por don Antonio del Molino Barreno y, en consecuencia:

1.º Declarar la nulidad del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 en el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley a nombre de Félix Checa Herreros y Antonio del Molino Barreno.

2.º Reconocer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y su derecho fundamental a la defensa y a la asistencia de Letrado (art. 24.2 C.E.).

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la devolución de los antecedentes por el Fiscal con la nota de «visto», para que se le notifique al interesado la negativa a defenderlo expuesta por los Letrados designados de oficio y la negativa del Fiscal a fundar el recurso en su beneficio, y se le dé la oportunidad por él solicitada de nombrar Abogado de libre designación.

4.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a tres de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Voto particular que formula el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, respecto de la Sentencia del Pleno de 3 de marzo de 1988, recaída en el recurso de amparo núm. 604/1985, al que se adhieren los Magistrados don Fernando García-Mon y González-Reguera, don Eugenio Díaz Eimil y don Francisco Rubio Llorente

1. Lamento disentir del criterio que ha llevado a la mayoría a la decisión final, que tampoco comparto. Lamentación que tiene

además el sentido de intentar evitar que mi discrepancia pueda entenderse como síntoma de un criterio contrario al ensanchamiento de los derechos fundamentales, entre ellos el de la tutela judicial, aquí cuestionado. Nada más lejos de mi voluntad. Pero nada también más próximo a lo que considero como el deber funcional más peculiar y propio del Juez, derivado de la misma Constitución, es decir, el de ateniimiento a los límites de sus poderes.

Creo que la mayoría, en este sentido, se ha dejado llevar por un voluntarismo jurídico que, si bien es natural ingrediente de toda decisión judicial, ha de tener su tope o frontera en la línea en la que comienza otra función del Estado: La legislativa o legiferante.

He sostenido en otro lugar que una de las funciones de los Tribunales es la de llenar o completar los vacíos legislativos, no la de provocarlos o crearlos. De eso es consciente, como es natural, este Tribunal. Por eso se apresura a llenar el vacío que él mismo crea. La única objeción es que esa no es su tarea, porque ello ya no es completar el ordenamiento, sino sustituirlo, es decir, cambiar una norma por otra. Pues si bien el Juez crea Derecho, no por eso puede crear normas generales. Lo que puede crear son normas particulares que, sumadas, forman la jurisprudencia, ésta sí, en ese sentido, fuente del derecho. Pero aquí se han traspasado las fronteras de la integración y de la interpretación, con el resultado de un desarrollo normativo sin legitimación para ello.

Son dos los aspectos que he de considerar, ambos imbricados: El derecho al recurso y a la doble instancia.

2. La cuestión fundamental que suscita el recurso es la de determinar si el Auto impugnado del T.S., en cuanto desestimó el recurso de casación por aplicación del art. 876.2.º L.E.Cr., sin dar posibilidad al recurrente de nombrar un Abogado de libre designación para formalizar el recurso vulnera o no el art. 24.1 de la C.E. Entiendo que no hay esa vulneración y que la derogación que se declara en la Sentencia y la creación del trámite procesal que opera no están justificados, recordemos, en cuanto a la doctrina de este Tribunal que el derecho fundamental de la tutela efectiva implica, en materia penal, conforme al art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que toda persona declarada culpable de un delito tenga derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo previsto en la Ley (STC 140/1985, de 21 de octubre, fundamento jurídico 2.º). Partiendo, pues, de que el derecho al recurso de casación, en los términos establecidos por la Ley, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, debe recordarse que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el contenido normal del derecho es que se produzca una decisión de fondo, pero que ésta podrá ser de inadmisión (o desestimación) cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de una causa legal.

Por lo demás, este Tribunal ha señalado (STC 115/1984, de 3 de diciembre, y 63/1985, de 10 de mayo) que, en aquellos supuestos en los que la Ley exija que concurra la condición de defensa procesal para que se produzca la citada actividad jurisdiccional, se vulnera el art. 24.1 de la C.E. cuando el órgano judicial impide a una persona la posibilidad de suplir, por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, su falta de defensa procesal, ya que de esta manera se hace imposible la plena satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Consiguientemente, el derecho al recurso forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, según se ha señalado, pero en los términos establecidos en la Ley. La Ley se Enjuiciamiento Criminal, al regular el recurso de casación, exige que la interposición de los recursos se haga por medio de Abogado y Procurador (art. 874), y prevé el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio cuando el recurrente así lo solicite, si reúne los requisitos previstos para ello, o cuando el recurrente no lo hubiera designado (arts. 860, párrafo 2.º, y 876, párrafo 1.º). Pues bien, en el presente caso, el recurrente solicitó, en el término del emplazamiento, la designación de Abogado y Procurador de oficio, a lo que accedió la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Efectuados los nombramientos, el Letrado designado en primer lugar presentó escrito a la Sala manifestando no encontrar motivo para fundamentar el recurso, razón por la cual la Sala procedió a la designación de un nuevo Letrado, conforme al art. 876 de la L.E.Cr. y, al no encontrar tampoco este último motivo de casación que alegar, pasó los antecedentes al Fiscal, quien lo devolvió con la nota de «Visto», por lo que la Sala tuvo por desestimado el recurso por aplicación del párrafo 2.º del art. 876 antes citado. Es evidente, pues, que el Tribunal Supremo puso a disposición del recurrente los medios que el ordenamiento jurídico prevé para suplir la falta de defensa exigida para recurrir en casación, por lo que la no formalización del recurso y, por tanto, la desestimación del mismo, lo ha sido en aplicación razonada y motivada de una causa legal. Tampoco, por ello, se le ha denegado

la defensa jurídica. El art. 876.2.º de la L.E.Cr. no prevé dar trámite al recurrente, antes de acordar la desestimación del recurso en los supuestos antes dichos, para poder contradecir a los Abogados designados o para designar, en ese momento, un Abogado de libre designación. Ahora bien, con independencia de si sería conveniente o no la existencia de ese trámite procesal, es obvio que, en cualquier caso, no corresponde a este Tribunal establecerlo, tarea que corresponde con carácter exclusivo al legislador. Por eso entiendo que al hacerlo ahora la Sentencia de la que disiento, entendiéndolo derogado el inciso final del art. 876.2.º L.E.Cr. ha creado, para llenar ese vacío, una norma procesal genérica, para lo que carece de competencia. Sin perjuicio de añadir que con esta decisión se rompe un sistema legal coherente, sustituyéndolo por otro inacabado, en cuanto, de frustrarse la oportunidad que se le da al recurrente, se priva al T.S. de una normativa que le permita resolver la situación creada.

3. Es comprensible que, al amparo del art. 14.5 del Convenio de Nueva York, se intente aplicar la exigencia en todos los casos de la doble instancia en materia penal: Sometimiento al Tribunal superior, entendiéndose que la casación cumple esos fines, lo que no es enteramente cierto, porque ese recurso es extraordinario, tasado, sujeto a requisitos especiales que no todos los recursos pueden cumplir, resultando así que no todos los recurrentes tienen acceso a ese peculiar medio de impugnación, cuyo fin primero, no se olvide, es el de la unificación de la jurisprudencia para uniformar, dentro de la igualdad, los criterios de los Tribunales de instancia. Lo más adecuado en este sentido, pues, sería establecer la apelación para todos los procesos penales (hoy solo para faltas y delitos menores), tarea, por supuesto, del legislador, puesto que el sistema español siempre ha sido de única instancia en materia de delitos.

Pero en el caso presente se imbrica la defensa gratuita y el sometimiento al Tribunal superior. Sin embargo, no está en juego la situación de pobreza, porque tampoco todos los pudientes tienen acceso a la casación, sino aquellos cuyo recurso sea admitido previamente por el T.S. (no como en la apelación, en la que basta con la voluntad de apelar). La diferencia está en que el pudiente sólo estará sometido al criterio del Abogado de su elección y a su costa para formalizarlo y que el impecune, al instar la defensa gratuita, lo estará al de dos Abogados designados de oficio y al Fiscal. Pero entender que la intervención de dos Abogados y de un Fiscal (órgano público, desinteresado e imparcial) no supone asistencia jurídica (como se dice en la Sentencia) me parece excesivo. No es, en efecto, una simple designación de Abogado: *Asisten*, en cuanto su deber es estudiar el caso y dictaminar si el recurso es o no viable. Si ellos y el Fiscal entienden que no lo es y el T.S. inadmite (la Ley dice, impropriamente, desestimar) no parece que ello constituya menos tutela jurídica, menor asistencia técnica, que la del solvente a quien su Abogado particular prepara y formaliza el recurso y luego el T.S. puede también inadmitirlo en fase previa, sin entrarse en ambos casos en el fondo.

En fin, entiendo que la L.E.Cr. establece una garantía (dictamen de dos Abogados y del Fiscal) que no es insuficiente, ni bastante por sí solo para crear una situación de falta de tutela judicial, y que ello posibilita el acceso al Tribunal superior, aunque por causas razonables se llegue a la inadmisión. Al final, con la nueva norma que ahora «crea» la mayoría en la Sentencia de la que disiento, tampoco se llegará a borrar la hipotética indefensión, porque no siempre el condenado recurrente pobre podrá obtener ayuda económica para el recurso, con lo que en definitiva sólo aquel que pueda conseguirla —y si en este trámite lo obtiene también podría haberlo hecho antes de pedir defensa de oficio— sería el beneficiado por esa nueva regla. En definitiva, el art. 876 L.E.Cr. al poner a disposición del condenado todas las actuaciones para que, a través de dos Abogados y el Ministerio Fiscal, pueda formalizar el recurso por alguno de los motivos que la L.E.Cr. permite en los arts. 849, 850 y 851, no contradice el art. 24 de la C.E., ni el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, ni obstaculiza el acceso a la otra instancia, ni ocasiona falta de tutela judicial ni indefensión. No es posible entender que el derecho fundamental a la asistencia de Letrado, obligue a éste a formalizar el recurso y encuadrar necesariamente el caso en alguno de los motivos permitidos por la Ley. Si en ésta se establecen casuísticamente los únicos motivos que la casación permite, la verificación de su existencia es una exigencia previa a la formalización del recurso, que viene impuesta por la naturaleza y requisitos del mismo. Por todo ello, considero que el recurso debió ser desestimado.

Madrid, siete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.—Firmado.—Carlos de la Vega Benayas.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Eugenio Díaz Eimil.—Rubricados.

Dado en Madrid, a siete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.—Firmado.—Francisco Rubio Llorente.—Rubricado.