

términos para el traspaso de medios personales y materiales) ni se obtendría a través de los pronunciamientos interesados ni es, en suma, posible sustituir por ellos la obtención de un acuerdo competencialmente reservado a la Comisión Mixta.

B) La Junta de Galicia intenta dar relevancia al término contemplado en la Disposición transitoria cuarta, 1.2. E.A.G. No pondera, sin embargo, la imposibilidad de someter el núcleo del proceso de transferencia (el acuerdo entre poderes públicos) a términos fatales. La reserva competencial a favor de las Comisiones Mixtas para regular los trasposos de servicios a las Comunidades Autónomas (STC 76/1983, fundamento 28) alcanza al establecimiento de un calendario, como así lo demuestra la Disposición transitoria citada.

Este calendario, además, no comporta «términos resolutorios». El Estatuto no pretende establecer por sí mismo un plazo máximo dentro del cual habría de quedar completado el traspaso de todos los servicios. El legislador estatutario era, sin duda, plenamente consciente de la cortedad de ese supuesto plazo de dos años para concluir el complejo proceso que comporta la transformación del modelo territorial de organización del Estado. Pero es que, además, y dado el mecanismo de Comisiones rigurosamente paritarias adoptado para los trasposos, la falta de fijación en la propia norma estatutaria de un plazo máximo para la transferencia es congruente con la naturaleza estrictamente consensual del acuerdo a alcanzar en la Comisión Mixta, acuerdo que, por definición, no puede imponerse a quienes han de alcanzarlo mediante el establecimiento de un término fatal o improrrogable.

En tal sentido, la situación transitoria de pendencia respecto del pleno ejercicio de unas competencias estatutarias atribuidas no vendría dada por la existencia de un término, sino de una condición (STC 25/1983, fundamento 3.º, *in fine*) consistente en la consecución del pertinente acuerdo en el seno de la Comisión Mixta y que operaría sobre el pleno ejercicio de las titularidades competenciales afectadas con una eficacia suspensiva y no como condición resolutoria del transitorio ejercicio estatal, cuya necesidad deriva del principio de continuidad de los poderes públicos.

C) Es cierto que la Disposición transitoria repetida impone el establecimiento de un calendario y el que dentro del plazo de dos años desde la constitución de la Comisión Mixta se determine el término en que habrán de completarse los trasposos. Ahora bien —estima el Abogado del Estado luego de analizar el significado de dicha Disposición—, el incumplimiento del calendario establecido y de los términos aludidos «podrá alcanzar una significación en un plano de responsabilidad política para las dos partes (Estado y Comunidad Autónoma) que se integran en la Comisión Mixta, pero nunca producir el efecto jurídico de hacer equivaler la falta de obtención de acuerdo a las determinaciones (especificación de medios personales, materiales y financieros precisos para el ejercicio de las competencias) que de forma necesaria y no reemplazable han de surgir y construir el contenido del acuerdo mismo».

Tras mencionar otros aspectos del problema suscitado, termina la representación estatal su argumentación suplicando que este Tribunal declare no haber lugar a los pronunciamientos solicitados por la Junta de Galicia, por resultar los mismos ajenos al procedimiento de conflicto positivo de competencia, y, subsidiariamente, que condicione tales pronunciamientos al acuerdo de la Comisión Mixta que haga posible completar la transferencia a dicha Comunidad Autónoma de los servicios estatales en materia de investigación oceanográfica, en cuanto se refiere a pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura.

4. Mediante providencia de 13 de noviembre de 1990 se señaló para deliberación y votación de esta Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

29356 Sala Primera. Sentencia 180/1990, de 15 de noviembre. Recurso de amparo 86/1988. Contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria del recurrente como autor de diversos delitos) y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, desestimatoria esta última del recurso de casación interpuesto contra la primera. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al privársele al condenado en instancia del recurso de casación.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 86/1988, interpuesto por don Daniel Jean Elie Dinclaux, representado por la Procuradora de los Tribunales

II. Fundamentos jurídicos

Unico.—El conflicto interpuesto por la Junta de Galicia y cuya resolución se insta de este Tribunal tiene por objeto una omisión, la del Real Decreto de transferencias o trasposos a la Comunidad Autónoma impugnante de las funciones, servicios y medios materiales y financieros en materia de investigación oceanográfica, en cuanto se refiere a pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura. Considera la recurrente que una omisión tal, vulneradora a su juicio del orden de competencias establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía para Galicia, es susceptible de enjuiciarse a través del proceso de conflicto positivo de competencia, toda vez que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 61.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), «pueden dar lugar al planteamiento de los conflictos de competencia las disposiciones, resoluciones y actos emanados de los órganos del Estado o de los órganos de las Comunidades Autónomas o la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos».

Como *ratio decidendi* autónoma y suficiente, conviene advertir que ya en nuestra STC 155/1990 (C.P.C. núm. 230/85, también instado por la Junta de Galicia), y con referencia asimismo a una omisión o falta de traspaso de servicios, decíamos que ello carecía de encaje en un conflicto positivo de competencia, el cual presupone una acción positiva de invasión de la esfera competencial del ente que lo plantea (fundamento jurídico 2.º). La citada omisión —añadimos— no constituye «una causa *petendi* adecuada para que este Tribunal Constitucional deba pronunciarse sobre la titularidad de una competencia controvertida» (fundamento jurídico 5.º).

Pues bien: en el presente caso, no es sólo que la Junta de Galicia haya impugnado una omisión —impugnación impropia de esta vía conflictual—, sino que tal omisión constituye el estricto objeto y la única causa de pedir del conflicto entablado, de modo que la actora no ha cuestionado ninguna disposición, resolución o acto del Estado que, como consecuencia de la caducidad del ejercicio provisional de la competencia en materia de investigación oceanográfica que la Junta estima producida, hubiera supuesto una invasión de su ámbito competencial constitucional y estatutariamente delimitado. Así, el conflicto se halla mal planteado, reducido como está a un acto omisivo que es un puro *factum* no susceptible de traerse a este proceso y de propiciar una declaración del Tribunal acerca de la titularidad de la competencia controvertida, pues, en realidad, no ha existido controversia competencial. Se impone, por tanto, su desestimación, sin que quepa efectuar ninguna consideración sobre el fondo del asunto ni pronunciamiento alguno respecto de aquella titularidad.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el conflicto, sin que haya lugar a declarar la titularidad de la competencia.

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

Dada en Madrid, a quince de octubre de mil novecientos noventa.—Francisco Tomás y Valiente.—Francisco Rubio Llorente.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—José Luis de los Mozos y de los Mozos.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—José Gabaldón López.—Firmados y rubricados.

doña María Jesús González Díez y asistido por la Letrada doña María de los Reyes Bazán Virtudes, contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 27 de abril de 1987, recaída en el sumario núm. 4 de 1986 y confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo al desestimar el recurso de casación interpuesto contra ella. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y Magistrado Ponente el Presidente del Tribunal, don Francisco Tomás y Valiente, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 18 de enero de 1988, doña María Jesús González Díez, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Daniel Jean Elie Dinclaux, formuló recurso de amparo contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 27 de abril de 1987 (sumario núm. 4/1986, rollo núm. 28), confirmada por la correspondiente Sala del Tribunal Supremo al desestimar el recurso de casación interpuesto contra dicha resolución, por la que se condenó al recurrente a diversas penas, como autor de un delito contra la salud pública, un delito de contrabando, un delito de falsedad en documento de identidad y un delito de uso público de nombre supuesto.

2. La demanda se basa, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) La causa a que se refiere el recurso fue incoada en virtud de atestado de la comisaría de Policía de Fuengirola, al haber aprehendido en el chalé «El Amocrafe» del término de Benalmádena, 110 kilogramos de hachís. Y, practicadas las oportunas diligencias, se acordó el procesamiento del recurrente por los indicados delitos y, más tarde, la conclusión del sumario.

b) Recibidas las actuaciones en la Sala Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, después de los trámites oportunos, el Ministerio Fiscal formuló conclusiones acusatorias contra el procesado, acordándose la apertura del juicio oral que se celebró el 23 de abril de 1986.

c) El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos sumariales como constitutivos de un delito contra la salud pública del art. 344 del C. P., un delito de contrabando de los arts. 1 y 2 de la Ley 7/1982, de 13 de julio, con aplicación del art. 71 del C. P., un delito de falsedad en documento de identidad del art. 309 y un delito de uso público de nombre supuesto del art. 322, ambos del mismo Código Penal, reputando responsable en concepto de autor al recurrente, sin apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad, y solicitando las penas de cinco años de prisión menor y multa de 22.000.000 de pesetas, por los delitos contra la salud pública y contrabando, y dos penas de dos meses de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas por los delitos de falsedad y uso público de nombre supuesto, accesorias costas y comiso de la droga intervenida.

d) La defensa del recurrente, en igual trámite, interesó la absolución por los delitos contra la salud pública y de contrabando, al no ser autor de los mismos, y que se le condenase a pena de 30.000 pesetas de multa por el delito de uso de documento de identidad falso.

e) La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, en fecha 27 de abril de 1987, dictó Sentencia condenatoria, imponiendo al recurrente las penas de cinco años de prisión menor y multa de 22.000.000 de pesetas, con arresto sustitutorio de seis meses, por los delitos contra la salud pública y de contrabando, y sendas penas de dos meses de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas, con arresto sustitutorio de dieciséis días por los delitos de falsedad en documento de identidad y uso público de nombre supuesto.

El demandante de amparo dirigió a la Sala de instancia escrito preparatorio del recurso de casación que pretendía interponer contra dicha Sentencia, solicitando se le nombrara, para la tramitación ante el Tribunal Supremo, Abogado y Procurador del turno de oficio, por carecer de medios económicos para su libre designación.

f) En el recurso de casación se pretendía hacer valer el principio de presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), que se entendía vulnerado por la Sentencia de la Audiencia dado que del conjunto probatorio no se desprendía responsabilidad alguna del recurrente con respecto de los delitos contra la salud pública y de contrabando, e, incluso no se desprendía la propia existencia de este último delito, ya que en ningún momento procesal se había constatado que la droga fuera introducida por nadie, ni por ninguna frontera.

g) Emplazada la parte ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se acordó el nombramiento de Abogado defensor por el turno de oficio, concediéndose al mismo el plazo correspondiente para la instrucción.

Evacuado el trámite por dicho Letrado en el sentido de no encontrar motivo de recurso de casación, la Sala, en virtud del art. 876 de la L.E.Crim., acordó nombrar un segundo Abogado del turno de oficio, quien, igualmente, estimó que no existían motivos para formalizar el recurso de casación.

Posteriormente, previo traslado al Ministerio Fiscal que informó en el mismo sentido que los Abogados defensores, la Sala Segunda del Tribunal Supremo desestimó el recurso, sin entrar en el estudio pormenorizado del caso.

La demanda considera, en primer lugar, que se ha vulnerado el principio de igualdad ante la Ley del art. 14 C.E. al haber sido condenado el recurrente como consecuencia de una repulsa discriminatoria hacia los ciudadanos acusados de delitos de narcotráfico, especialmente si son extranjeros.

En segundo término, sostiene que se ha producido infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. al prescindir la Sala del más simple análisis de los hechos y cuestiones planteadas en el recurso de casación.

Por último, sostiene, asimismo, que se ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 C.E. al no haber existido prueba que destruyera dicha presunción *iuris tantum*, no bastando para ello con afirmar, sea por querrela o denuncia, que alguien es culpable.

Como pretensión de amparo se solicita la declaración de nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 27 de abril de 1987, recaída en el sumario núm. 4 de 1986, rollo núm. 28, la nulidad de la resolución del Tribunal Supremo que tuvo por desestimado el recurso de casación interpuesto contra dicha Sentencia, y que se restablezca al recurrente en sus derechos fundamentales lesionados, retro trayendo las actuaciones al momento procesal de la acusación fiscal, para que este pueda proponer las pruebas que estimen oportunas para el juicio oral.

Por medio de otrosí, se interesaba la suspensión de la ejecución de la Sentencia y la resolución de la Sala Segunda del Tribunal Supremo impugnadas en amparo y la libertad provisional del recurrente.

3. La Sección Tercera de la entonces Sala Segunda, por Providencia de 8 de febrero de 1988, con carácter previo a decidir sobre la admisión del recurso, acordó requerir a la Procuradora que había presentado la demanda para que en el plazo de diez días presentara copia original del poder, a fin de acreditar la representación con la que afirmaba actuar.

4. Presentada la referida copia de poder, por nueva Providencia de 8 de abril de 1988, la Sección acordó admitir a trámite la demanda y, de conformidad con el art. 51 de la LOTC, requerir a la Audiencia Provincial de Málaga y a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, para que, dentro del plazo de diez días, remitieran testimonio del sumario 4/1986 y rollo de Sala núm. 28, en el que se dictó la Sentencia de 27 de abril de 1987, y del recurso de casación núm. 686/1987 P, en el que se dictó Auto de 18 de diciembre de 1987, emplazándose por dichos órganos judiciales a quienes hubieran sido parte en los respectivos procedimientos, con excepción del recurrente en amparo, a fin de que, en el indicado plazo, pudieran comparecer en el proceso constitucional.

En relación con las peticiones formuladas mediante otrosí, se acordó formar pieza separada de suspensión y no pronunciarse sobre la libertad provisional solicitada, sin perjuicio de que pudieran impugnarse en vía de amparo las correspondientes resoluciones judiciales.

5. Acordada, por Auto de 9 de mayo de 1988, la suspensión de la ejecución tanto del Auto de 18 de diciembre de 1987 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como de la Sentencia de 27 de abril de 1987 de la Audiencia Provincial de Málaga, en cuanto imponía la pena de cinco años de prisión menor y dos meses de arresto mayor, con accesorias, se acordó por providencia de 23 de dicho mes de mayo dar vista de las actuaciones judiciales recibidas, como dispone el art. 52.1 de la LOTC, para que en el plazo de veinte días formularan sus alegaciones el Ministerio Fiscal y el recurrente.

6. La representación procesal del recurrente presentó escrito de alegaciones el 17 de junio de 1988, insistiendo en que se había vulnerado por el Tribunal sentenciador la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E., dada la absoluta falta de pruebas que indicasen la participación de aquel en los hechos relativos al delito contra la salud pública por el que fue condenado, como se deduce de la lectura de los folios de las actuaciones. No ha existido declaración o prueba testifical que acusara al recurrente y, únicamente, el informe policial apunta a una posible participación al haberse encontrado la droga intervenida en el chalé que tenía alquilado; prueba circunstancial, dado que llevaba tiempo fuera.

Asimismo, se sostiene que la Audiencia Provincial vulnera el principio *non bis in idem* al haber condenado al recurrente por un delito de contrabando con la mera mención de los arts. 1 y 2 de la Ley Orgánica 7/1982 y por la misma posesión de géneros prohibidos, no habiendo habido acto alguno de exportación.

Por último, se ha producido una situación de indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de los escritos presentados por los Abogados del turno de oficio que determinaron la desestimación del recurso de casación. Y, asimismo, tal actuación, que determinó la aplicación del párrafo último del art. 874 de la L.E.Crim., ha supuesto la vulneración del principio de igualdad ante la ley, dado que dichos Letrados, sin necesidad de un poder especial o cláusula de mandato del procesado, como se establece en el art. 861 bis c), para Abogados y Procuradores de libre designación, desisten del recurso sin mediar voluntad expresa de aquel.

7. Con fecha 18 de junio de 1988, presentó el Ministerio Fiscal escrito en el que, después de resumir los antecedentes de hecho del recurso, considera que en la demanda han de distinguirse dos partes diferenciadas: la relativa a la invocación de los arts. 24.2 y 14 del Texto constitucional, cuya vulneración se imputa a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, y la referente a la vulneración del art. 24.1 C.E. que se atribuye al Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que tiene por desierto el recurso de casación. Si esta segunda impugnación prospera, no se habría agotado la vía judicial procedente para la revisión de los dos primeros motivos de amparo por causa imputables a los órganos judiciales, por lo que, siendo éstos «garantes naturales de los derechos fundamentales» (Auto de 25 de junio de 1988, R. A. 397/1987), resultaría preceptivo devolver las actuaciones para que conocieran de tales denuncias, antes de que este Tribunal pudiera pronunciarse.

Ciñéndose a la vulneración del art. 24.1 C.E., señala que hay que considerar si la interpretación efectuada del art. 876.2 de la L.E.Crim. efectuada por el Tribunal Supremo es acorde con la Constitución y con la doctrina de este Tribunal, llegando a la conclusión de que ha de aplicarse el criterio ya establecido en la STC 37/1988, según el cual debe entenderse derogado el inciso final de dicho precepto legal y procederse, entre tanto el legislador se pronuncia al respecto, a poner los medios que remedien la indefensión.

Finalmente, respecto al alcance del amparo que debe ser otorgado, entiende que la Sentencia que recaiga debe declarar la nulidad del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1987,

por el que se declara desierto el recurso de casación, dando traslado al recurrente de las decisiones de los Letrados de oficio y del Fiscal, para que pueda, si lo estima pertinente, proceder a nombrar Letrado de su elección, como ha efectuado para la tramitación del presente recurso de amparo. En todo caso, queda a salvo el derecho del solicitante de amparo de volver a plantear las vulneraciones de los arts. 24.2 y 14 de la Constitución en un nuevo recurso de amparo, una vez agotada la vía judicial procedente.

En consecuencia, termina interesando, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 86.1 y 80 de la LOTC y 372 de la L.E.C. en Sentencia estimatoria del amparo en los términos antes señalados.

8. Por providencia de 12 de noviembre de 1990, se acordó señalar el día 15 de los corrientes para la deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. Con carácter previo al análisis de la pretensión de amparo formulada, incluso antes de precisar el alcance de las cuestiones suscitadas en el presente recurso, debe recordarse que, de acuerdo con reiterada doctrina de este Tribunal (AATC 815/1986 y 220/1989, entre otros), es la demanda quien fija el objeto del proceso constitucional, sin que sea posible su modificación ulterior con la cita de nuevos derechos fundamentales supuestamente vulnerados en el trámite previsto en el art. 52.1 de la LOTC. Debe, por tanto, quedar al margen de toda consideración la referencia a la infracción del principio *non bis in idem*, que por primera vez se hace en el escrito de alegaciones del recurrente presentado el 17 de junio de 1988.

2. La demanda de amparo se dirige conjuntamente contra la Sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Málaga y contra el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1987, solicitándose la declaración conjunta de nulidad de ambas resoluciones por lesión de los derechos a la igualdad, tutela judicial efectiva y presunción de inocencia.

Tal planteamiento, sin embargo, en línea con lo argumentado por el Ministerio Fiscal, no puede ser acogido.

Por una parte, la eventual infracción de los arts. 14 y 24.2 C.E., por supuesta discriminación hacia los ciudadanos extranjeros acusados de narcotráfico y por la condena producida sin prueba capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, sólo puede predicarse de la Sentencia de instancia, no del Auto dictado en casación, que, pese al pronunciamiento formal de desestimación, se limita, en aplicación de lo que establecía el párrafo 2.º del art. 876 de la L.E.Crim., a declarar desierto el recurso, dejando realmente impregunada la impugnación anunciada. Por tanto, su posible incidencia directa, como exige el art. 44.1 b) LOTC, se reduce al ámbito del derecho que reconoce el art. 24.1 C.E.

Por otra parte, el examen de la lesión del derecho a la tutela judicial, única atribuible en hipótesis a la resolución dictada en casación, ha de ser prioritario porque el hecho de que se hubiera realmente producido impediría la toma en consideración en sede constitucional de las demás vulneraciones de derechos fundamentales que se denuncian, ya que, mientras el Tribunal Supremo no se pronuncie sobre las cuestiones vinculadas al derecho a la igualdad y a la presunción de inocencia, faltará la decisión última de la vía judicial ordinaria respecto a las mismas que requiere el carácter subsidiario con que se configura el recurso de amparo en la LOTC (STC 57/1986).

3. La trascendencia constitucional derivada de la aplicación del art. 876, párrafo 2.º, de la L.E.Crim., que en su anterior redacción disponía que se tendría por desestimado el recurso de casación cuando ni los dos Letrados designados de oficio ni el Fiscal le considerasen sostenible, ha sido objeto de consideración y pronunciamiento por parte de este Tribunal en sus SSTC 37/1988 y 106/1988. Conforme a su doctrina, la declaración automática de tener por desestimado el recurso de casación, sin la pertinente sustanciación por circunstancias ajenas a la voluntad del recurrente, cuando ni los dos Letrados designados de oficio ni el Fiscal le consideran sostenible, resulta contraria al art. 24.1 C.E., y debió de tenerse por derogado el correspondiente inciso como consecuencia de la eficacia directa e inmediata de la norma constitucional, incluso antes de que se produjera la reforma legislativa operada por Ley 21/1988, de 19 de julio.

Dicha contradicción se debe a que el condenado resulta privado de un recurso al que tiene derecho al estar previsto en las leyes y que le proporciona el acceso a un Tribunal Superior al que le condenó, según requiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y no es posible entender que se haya producido una resolución razonada de inadmisibilidad o de desestimación porque, como se indicó en las referidas ocasiones, sin interposición no hay recurso y sin recurso no hay pronunciamiento posible ni siquiera sobre los requisitos de admisibilidad.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la imposibilidad de ejercicio de un derecho fundamental, el de defensa y asistencia letrada no podía convertirse en causa impeditiva para el ejercicio de otro derecho fundamental, como es el de sostener la correspondiente pretensión impugnatoria por vía de recurso ante el Tribunal Superior. Además de que, como ha señalado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en relación con el art. 6.3 c) del Convenio de Roma (Sentencia de 13 de mayo de 1980, caso Artico), la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia letrada gratuita no se satisface por el simple nombramiento o designación de Abogado del turno de oficio, pues dicho precepto del Convenio no habla de «nombramiento» sino de «asistencia», expresión idéntica a la del art. 24.2 C.E., de donde se infiere que lo que la norma constitucional dispone es que el acusado tenga derecho a gozar de una «asistencia técnica efectiva», ya que si se interpreta de una manera formal y restrictiva «la asistencia judicial gratuita tendría el riesgo de revelarse como una palabra vacía en más de una ocasión».

4. La derogación del inciso final del párrafo segundo del art. 876 de la L.E.Crim. en su redacción originaria, apreciada en las mencionadas Sentencias de este Tribunal no se debía a que las garantías que establecía fuesen contrarias al art. 24.1 C.E. ni a ningún otro precepto constitucional, sino a su propia insuficiencia, en cuanto podía abocar al condenado a una situación en que quedase sin defensa y, por ende, sin recurso.

La expresada derogación significaba la necesidad de que el legislador, dentro de su libertad de elección pero con respeto a los límites constitucionales, completase el presente de manera tal que el condenado en instancia no pudiera verse privado del recurso de casación por falta de defensa. Tal opción legislativa se ha ejercitado como consecuencia de la mencionada Ley 21/1988, de 19 de julio, que ha establecido para el supuesto de que se trata, en coherencia con la propia doctrina de este Tribunal, el que la Sala comunique al recurrente el criterio negativo de los dos Letrados designados de oficio y del Fiscal a fin de que, si lo estima oportuno, designe Abogado e interponga el recurso dentro del plazo de quince días, teniéndose sólo por desestimado dicho recurso si así no lo hiciere.

5. El contenido del fallo del presente recurso, conforme al art. 55.1 LOTC, no puede ser, en consecuencia, una declaración de nulidad extensible a la Sentencia de instancia y al Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como se solicita en el *petitum* de la demanda de amparo, sino que tal declaración de ineficacia ha de limitarse únicamente a la resolución dictada en casación para que, conforme a lo señalado en las referidas SSTC 37/1988 y 106/1988 y a lo establecido ya por vía de modificación legislativa, se dé opción al recurrente para que encomiende su defensa a un Letrado de su libre elección, permitiendo así a dicha Sala pronunciarse en su caso, sobre el fondo de los motivos del propio recurso casacional.

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 Daniel Jean Elie Dinclaux y, en su consecuencia:

1.º Declarar la nulidad del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 18 de diciembre de 1987, que tuvo por desestimado el recurso núm. 686-87 P, interpuesto por el demandante de amparo.

2.º Reconocer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.).

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la devolución de los antecedentes por el Ministerio Fiscal con la nota de «Visto», para que se le notifique al interesado la negativa a defenderlo expuesta por los dos Letrados designados de oficio y la negativa del Fiscal a fundar el recurso en su beneficio, permitiéndole la posibilidad de designar Abogado a su cargo que interponga, en su caso, el recurso.

4.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a quince de noviembre de mil novecientos noventa.—Francisco Tomás y Valiente.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—Vicente Gimeno Sendra.—Firmado y rubricado.