

art. 23 CE y el principio democrático, manifestación, a su vez, de la soberanía popular (SSTC 32/1985, de 6 de marzo, 149/1988, de 14 de julio, 71/1989, de 20 de noviembre, 212/1993, de 28 de junio, y 80/1994, de 14 de marzo, entre otras).

Sobre tal base este Tribunal ha rechazado la pretendida vinculación entre la condición de miembro de la Junta de Gobierno de una Facultad y el art. 23 CE (STC 212/1993, de 28 de junio), o entre este mismo precepto y la elección de representantes sindicales, pues «lo que ejercitan los trabajadores en los procesos electorales sindicales no es una parcela subjetivizada del derecho que regula el artículo 23.1 CE, sino un singular derecho, emanación del legislador, que se enmarca en las modalidades participativas de acceso de los trabajadores a la empresa» (STC 189/1993, de 14 de junio, FJ 5). E igualmente ha concluido que los cargos de la Junta de Gobierno de un Colegio de Abogados no se encuentran incluidos entre los cargos públicos que contempla el art. 23.2 de la Constitución (STC 23/1984, de 20 de febrero), y lo mismo cabe decir del Secretario de un colegio público (STC 80/1994, de 14 de marzo). «En consecuencia», dijimos en la STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 5, «para determinar si estamos o no ante un derecho de participación política, encuadrable en el art. 23.1 CE, habrá que atender, no sólo a la naturaleza y forma del llamamiento, sino también a su finalidad: sólo allí donde la llamada a la participación comporte, finalmente, el ejercicio, directo o por medio de representantes, del poder político —esto es, sólo allí donde se llame al pueblo como titular de ese poder— estaremos en el marco del art. 23.1 CE y podrá, por consiguiente, aducirse el derecho fundamental que aquí examinamos».

Esta conclusión es, por otra parte, la que se impone cuando el art. 23 CE se interpreta —tal y como exige el art. 10.2 de la misma Norma fundamental— de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España. Como pusimos de relieve en nuestra STC 23/1984, la lectura del art. 22 de la referida Declaración y del art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 «acredita que el derecho de acceso a los cargos públicos que regulan el art. 23.2, interpretado en conexión con el 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los entes en que se organiza territorialmente de acuerdo con el art. 137 de la Constitución —Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias» (FJ 4).

6. Las consideraciones que se acaban de efectuar conducen derechamente al otorgamiento del amparo solicitado por vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) al haberse entendido por las Sentencias impugnadas que la conducta del recurrente podía incardinarse entre las que impiden el ejercicio de los derechos dimanantes del art. 23.1 CE.

Como acaba de razonarse, el derecho de asistir a las sesiones de una fundación pública no puede encuadrarse entre los que dimanarían del art. 23.1 CE. Por lo tanto, al haber determinado tal encuadramiento la condena penal del recurrente es preciso concluir que el tipo penal no ha sido aplicado de modo conforme con los principios y valores constitucionales.

## 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 y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado al recurrente el derecho reconocido en el art. 25.1 CE (principio de legalidad).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, anular las Sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 29 de noviembre de 1996 y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 1998.

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

Dada en Madrid, a dieciséis de julio de dos mil uno.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Tomás S. Vives Antón.—Vicente Conde Martín de Hijos.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Firmado y rubricado.

**15941** *Sala Segunda. Sentencia 168/2001, de 16 de julio de 2001. Recurso de amparo 4541/98, promovido por don José Javier López de Maturana Fernández frente a las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava y de un Juzgado de lo Penal que absolvió a su esposa del delito de hurto de que le acusaba.*

*Vulneración de los derechos a la tutela judicial y a un proceso con garantías: absolución dictada en grado de apelación, sin que se hubiera celebrado el juicio oral porque el Juzgado había declarado que el cónyuge carecía de acción penal.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijos y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4541/98, promovido por don José Javier López de Maturana Fernández, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Mercedes Revillo Sánchez y asistido del Letrado don Pedro Luis Elvira Martínez, contra la Sentencia pronunciada el 2 de octubre de 1998 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava que desestimó el recurso de apelación formulado contra la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de la misma ciudad el 5 de junio de 1998, en la que se absolvió a la acusada de los delitos de hurto imputados por el recurrente. Ha sido parte el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijos, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de guardia el día 29 de octubre de 1998 y registrado en este Tribunal el día 31 siguiente, doña Mercedes Revillo

Sánchez, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don José Javier López de Maturana Fernández, interpone recurso de amparo contra la Sentencia de la que se ha hecho mérito en el encabezamiento.

2. En la demanda se hace el siguiente relato de hechos, en el que debemos advertir de partida que el recurrente mezcla hechos propiamente dichos con la transcripción de argumentos jurídicos de las resoluciones que cita en su relato e incluso con valoraciones de crítica jurídica de la misma; no obstante lo cual se ha considerado oportuno respetar el relato en el modo en que el recurrente lo hace, para reflejar con la máxima fidelidad su planteamiento documental:

a) El recurrente interpuso querrela criminal contra su esposa, de la que se encuentra separado judicialmente, por haber dispuesto de determinadas cantidades de cuentas corrientes que estaban a nombre de ambos cónyuges, la cual dio origen a las diligencias previas núm. 1743/96 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vitoria. Dicho Juzgado acordó el sobreseimiento de las actuaciones, por entender que no se daba el requisito de la ajenidad. Recurrido el sobreseimiento por el querrelante, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria, por Auto núm. 323/1997 de 20 de octubre de 1997, estimó el recurso de apelación razonando que «si efectivamente la sociedad ganancial se disuelve con la separación dictada el 14-9-94, ello será así con independencia de que se haya concluido o no la liquidación de la misma, pues no existen ya propiamente bienes gananciales a partir de dicha resolución ... Por todo ello reconocido el argumento decisivo de la falta de ajenidad, debe levantarse el sobreseimiento y archivo acordado que solo debe proceder cuando es clara y diáfana la atipicidad penal de los hechos, siguiendo los trámites determinados por la Ley transformándose las presentes Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, pues es dable deducir la existencia racional de indicios potencialmente subsumibles en la figura penal del hurto».

b) A consecuencia del recurso anterior el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vitoria continuó las diligencias y abrió el procedimiento abreviado, dando traslado de la causa al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria, el cual señaló fecha para la celebración del juicio oral, y dictó Sentencia el 5 de junio de 1998, en la que absolvió a la querrelada de las imputaciones contra ella formuladas, declarando de oficio las costas. En dicha Sentencia, según la versión que de ella da la recurrente, se dice lo siguiente: «el día señalado para la Vista comparecieron las partes, por S. S.<sup>a</sup> se manifiesta que el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe el ejercicio de las acciones penales entre cónyuges salvo que se trate de delitos contra las personas. El Ministerio Fiscal manifiesta que se debe considerar la acción como inexistente debido a que no existe Sentencia de Divorcio, sino de separación. El Letrado de la defensa (se refiere en realidad a la acusación) [observación la del paréntesis, que como puede suponerse se añade en el relato de demanda] considera que al existir Sentencia de separación contenciosa no es aplicable el artículo 103 de la L.E.Crim., el letrado de la defensa se adhiere a la solicitud del Ministerio Fiscal. Por S. S.<sup>a</sup> se da en este momento por concluido el Juicio, sin perjuicio de que se solucione mediante resolución posterior, quedando las actuaciones para Sentencia». En los fundamentos jurídicos de la Sentencia se razona que no asiste acción penal al esposo, en la medida que se opone a ello el artículo 103 L.E.Crim, y que por tanto procede declarar la nulidad de pleno derecho de la acción penal ejercitada y de todos los actos subsiguientes por imponerlo así

el artículo 204.1 [sic en la demanda, aunque lógicamente debe entenderse referido al 240.1] en relación con el 238.3 LOPJ, destacando que en el fundamento jurídico 2 se establece que «conforme a la Doctrina Jurisprudencial que se deduce de las SSTs de 25 de enero y 4 de febrero de 1997, la resolución de cuestiones previas puede hacerse en un momento anterior a dar comienzo el juicio oral o posponerse hasta el momento de dictarse sentencia, pero en cualquier caso no cabe resolver por Auto, sino que ha de hacerse por Sentencia».

Según la recensión de la Sentencia del Juzgado que hace el recurrente en su demanda de amparo, el Juzgado, en definitiva, fundamenta su decisión de absolución, porque, según el Juzgado, es el único cauce procesal para resolver la cuestión previa de si existe o no existe acción penal del esposo respecto de su esposa; pero a parte de lo referente a la procedibilidad o no de la acción penal el Juzgado de lo Penal núm. 1 no entra a analizar otras cuestiones.

c) Recurrida dicha Sentencia ante la Audiencia Provincial de Álava, conoció del recurso su Sección Segunda, que dictó Sentencia desestimatoria el 2 de octubre de 1998 (rollo 97/98). En el fundamento jurídico 1, la Sentencia de la Audiencia Provincial acoge plenamente las pretensiones del recurrente, formuladas en el recurso de apelación con el razonamiento siguiente: «el artículo 103 L.E.Crim. continúa vigente, sin embargo ha quedado prácticamente vacío de contenido desde la publicación del nuevo C. Penal y lo establecido en el artículo 268 del texto, precepto que debemos interpretar conforme a lo establecido en el artículo 2.2 y 3.1 C.C., tal y como propone el apelante en su exposición ... Por tanto, si es cierto que el artículo 103 L.E.Crim. sigue vigente, debe entenderse que este precepto pertenece a otra época y a otro tipo de sociedad donde no se comprendía la separación de los cónyuges ni tampoco la disolución de la sociedad de gananciales. En consecuencia atendiendo a la interpretación que debe darse a este precepto conforme a los artículos del C.C. mencionados y teniendo en cuenta que en el N.C.P. el artículo 268 autoriza que los cónyuges ejerzan acciones penales entre sí cuando estén separados legalmente, procede estimar este motivo de recurso entendiendo que el querrelante en este caso, al estar separado de su esposa, legalmente tiene acción penal contra ella por los hechos denunciados, hechos que examinaremos en el siguiente fundamento».

«A continuación, [dice literalmente el relato del actor con referencia a la Sentencia de la apelación] la Sentencia, en el Fundamento Jurídico II entra a analizar el fondo de la cuestión para llegar a la conclusión de que no existe ajenidad, y éste es precisamente el motivo de impugnación constitucional de la Sentencia, puesto que 1) Al estimar el motivo único del Recurso de Apelación, que se dirigía a enervar el argumento del Sr. Juez de lo Penal de que no había procedibilidad penal, debería haber estimado el Recurso sin más. 2) Porque resuelve cuestiones que no han sido objeto de consideración en la 1.<sup>a</sup> Instancia, ya que el Juicio se suspendió, sin practicar prueba alguna, por la sencilla razón de que el Sr. Juez entendía que había existencia de acción penal. 3) Porque entrar a analizar cuestiones que no habían sido debatidas, y respecto de las que esta parte no tuvo oportunidad de alegar mínimamente en acusación y defensa procedente. 4) Y por último porque la propia Resolución contradice lo resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Vitoria de 20 de octubre de 1997, que entendió que sí existía ajenidad en el presente caso».

3. Tras la relación de lo que la demanda de amparo califica como hechos, en el contenido de la misma dedicado a su fundamentación jurídica la demanda de amparo imputa a la Sentencia la vulneración de los arts. 9.3

y 24.1 y 2 CE. En lo que se refiere al art. 9.3 CE, dice el recurrente que garantiza la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y respecto a él denuncia una doble vulneración. Por una parte, y con referencia a la STC 231/1991 sobre inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes, dice que lo vulnera, pues «en el caso presente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria, Sección 2.ª, contraviene y deja sin efecto el Auto firme de la Audiencia Provincial, Sección 1.ª, de fecha 20 de Octubre de 1997, en cuanto acuerda la continuidad de la causa como procedimiento abreviado, resolviendo efectivamente que en el caso presente existe ajenidad, que es dejada sin efecto en el Considerando Segundo de la Sentencia recurrida, elevado a la categoría de decisión, al recogerse así en el fallo».

Y por otra dice que «se atenta asimismo contra el mismo Principio, puesto que la Sentencia se contradice a sí misma, ya que si el único objeto del Recurso era decidir sobre la procedibilidad o no penal de los hechos, en el Fundamento Jurídico de la Sentencia está aceptando el Recurso, y no obstante lo anterior, y haciendo consideraciones claramente extemporáneas, que también suponen infracción constitucional, desestima el Recurso, lo que infringe también el Principio Constitucional de Seguridad Jurídica también reflejado».

En lo que se refiere al art. 24.1 CE alega el recurrente que se vulnera «en cuanto establece la tutela efectiva por un lado, y en otro caso la interdicción de indefensión». «En el caso presente [dice el actor], y dentro de la Vista Oral celebrada en el Juzgado de lo Penal n.º 1, únicamente se discutió la cuestión de la procedibilidad penal o no de los hechos existentes, en función de las personas (al tratarse de cónyuges separados). Y solamente por esta causa y al no haber otra vía procesal más que la de la Sentencia, el Sr. Juez de lo Penal n.º 1 resolvió absolver a la querellada por inexistencia de acción penal, sin que se debatieran en esta fase plenaria ningún hecho sustantivo o de fondo».

«La Audiencia Provincial, Sección 2.ª [continúa el recurrente] entra a analizar el fondo del tema, de forma sustantiva, cuando no había sido tratado en el Juzgado de lo Penal en el acto del Juicio Oral solemne, por lo que esta parte no había hecho alegaciones de tipo alguno, intervención de la prueba respecto de los hechos de fondo, y en definitiva no había podido participar activamente en el proceso en cuanto al fondo del mismo, que es resuelto de forma absoluta por la Sentencia ahora impugnada en esta vía Constitucional, pues era atentatoria claramente al Principio de Tutela Efectiva, por un lado, y por otro lado el Principio de Indefensión [sic] que tan contundentemente prohíbe la Constitución y ha resuelto de forma reiterada este Tribunal Constitucional».

Asimismo, sigue la parte, «la Sentencia infringe el Artículo 24.2 de la Constitución en cuanto establece el derecho a un proceso público con todas las garantías».

Según el demandante, «En el presente caso no se han respetado las garantías de mi representado de tomar parte en el mismo de forma activa, puesto que no han sido tratadas las cuestiones de fondo y [sic] sino solamente una mera cuestión previa (la de la existencia o no de procedibilidad penal)».

«Y pese a ello la Sentencia de la Audiencia Provincial entra a analizar el fondo del asunto dando por celebrado un Juicio que realmente no tuvo lugar, pues no intervinieron las partes para analizar el fondo de la cuestión».

Con cita y transcripción selectiva de la STC 176/1988, de 4 de octubre, concluye el actor afirmando que «en el caso presente, y como se ha expuesto reiteradamente, en el Juicio Oral no se practicó prueba de cargo o de descargo alguna, ni se formuló alegación o petición distintas a las que se referían al mero hecho procesal de la procedibilidad o no de la cuestión penal».

La demanda finaliza con la súplica de estimación del recurso de amparo y de que se declare la nulidad de la Sentencia recurrida, con el resto de los pronunciamientos inherentes hasta lograr el pleno amparo constitucional.

4. Por providencia de 17 de enero de 2000 la Sección Tercera de este Tribunal acordó conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda -art. 50.1 c) LOTC-, y sobre si había sido agotada la vía judicial previa (exigibilidad de agotar el incidente previo de nulidad de actuaciones), con lo que podría concurrir el supuesto de inadmisión previsto en los arts. 50.1 a) y 44.1 a) LOTC, dándoles vista al efecto de las actuaciones remitidas por los órganos judiciales.

5. La Procuradora Sra. Revillo Sánchez, en representación del recurrente, presentó escrito de alegaciones en el trámite del art. 50.3 LOTC, registrado el 4 de febrero de 2000. En él en cuanto a la planteada posible carencia manifiesta del contenido constitucional de la demanda se limita prácticamente a reiterar lo expuesto en la demanda. Y en cuanto al agotamiento de la vía judicial previa en relación con el incidente de nulidad de actuaciones, se alega que, con arreglo al art. 796 LECrim, contra la Sentencia de apelación no cabe recurso alguno. Respecto del art. 240.3 LOPJ se dice: «es claro al establecer, rotundamente, la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, estableciendo, con carácter potestativo, que no obligatorio, la posibilidad de 'pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones'. No es ningún recurso ordinario o extraordinario, sino una petición excepcional (como dice la norma), por lo que no es exigible agotar el incidente previo de nulidad de actuaciones en este caso».

«Pero es que, además, [continúa la parte] la Sentencia en cuestión carece de defectos de forma, pues se ajusta a las reglas procesales; y dicha Sentencia tampoco es incongruente con las peticiones de las partes, puesto que la parte recurrida solicitaba la absolución, y así se acuerda en la propia Sentencia, debiendo entenderse, como es quieta y pacífica doctrina, que las incongruencias se dan contra el fallo y no contra los considerandos o fundamentos jurídicos».

«En caso presente no se da, [concluye el recurrente] ni siquiera por asomo, ninguno de los elementos a que se refiere el n.º 3 del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuya razón además de no ser exigible tal incidente, rotundamente se está en la primera proposición de dicho apartado cuando señala 'que no se admitirá el incidente de nulidad de actuaciones'».

6. El Fiscal presentó escrito en el trámite del art. 50.3 LOTC, registrado el 11 de febrero de 2000, solicitando la admisión a trámite del recurso. Comienza con un relato de hechos que coincide sustancialmente con el del escrito de demanda resumido en el antecedente 2 anterior.

En los fundamentos jurídicos comienza el primero con una aclaración, saliendo al paso de lo que califica como confusiones conceptuales que, a su juicio, se contienen en la argumentación del actor y que se reproducen en la Sentencia recurrida. Según el Fiscal «tales errores, se resumen en la identificación de dos nociones absolutamente diversas, como son la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal y el reconocimiento de legitimación procesal para actuar en el orden jurisdiccional penal a que se refiere el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Aunque «en el recurso de apelación interpuesto por la parte contra la sentencia dictada por el Juzgado de

lo Penal n.º 1 de Vitoria, y posteriormente en la sentencia dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial, se razone que la interpretación conjunta de los mencionados preceptos, ha de hacerse, -a tenor del postulado contenido en el artículo 3.1 del Código Civil-, conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados; es lo cierto que tal interpretación conjunta no cabe siquiera verificarla, en cuanto el contenido de las precitadas normas no resulta contradictorio ni incompatible, puesto que regulan cuestiones diferentes».

«Así, tal y como se ha dicho más arriba, el artículo 268 del Código Penal, integra una excusa absolutoria; esto es, un supuesto en el que concurriendo la totalidad de los elementos que integran el delito, sin embargo y por estrictas razones de política criminal, existe una renuncia por parte del Estado al ius puniendi. En el presente caso, tal excusa absolutoria no concurriría, dado que los cónyuges se hallaban separados, y por lo tanto, la infracción criminal denunciada sería punible».

Antes de abordar el análisis de la incongruencia extra petita, el Fiscal, en el fundamento jurídico segundo de su escrito se ocupa del «análisis de una de las alegaciones contenidas en la demanda de amparo y que se centra en la invocación de la eficacia de la cosa juzgada, señalando, que al dictar la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial, Auto por virtud del cual se ordenaba la prosecución del trámite en las diligencias previas instruidas por el Juzgado de Instrucción n.º 4, -al entender que en la sustracción denunciada concurría el elemento de la ajeneidad propio de los delitos contra el patrimonio-, tal pronunciamiento debería de condicionar la posterior resolución de los demás órganos judiciales y en concreto, de la Sección 2.ª de la A.P., que en la sentencia ahora impugnada no obstante se elude, fallando por el contrario, la ausencia del elemento de la ajeneidad y en su razón, la insubsistencia de la infracción criminal denunciada».

Tras aludir a la doctrina de este Tribunal sobre la invariabilidad de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes como contenido del derecho de tutela judicial efectiva, con cita al respecto de la STC 67/1984, FJ 2, y a las limitadas facultades de este Tribunal en el control del alcance de la cosa juzgada, con cita al respecto de las SSTC 87/1996, FJ 5; 34/1997 y 135/1994, afirma que «la doctrina anterior, no resulta de aplicación al presente caso, ya que no es posible aceptar la denominada eficacia positiva de la cosa juzgada, puesto que el Auto de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial, se dictó en el trámite de instrucción de las diligencias previas, en las que no se olvide, no se persigue la resolución sobre una acción penal ejercitada, sino simplemente la constatación indiciaria de una posible infracción penal y la averiguación de la identidad de la persona o personas responsables; de manera que la provisionalidad y el mero carácter instrumental de tal proceso, impiden considerar que las sucesivas resoluciones dictadas en su seno, puedan de alguna manera condicionar el ulterior ámbito de decisión del órgano judicial de enjuiciamiento, que como tribunal sentenciador, es quien tiene exclusiva competencia para resolver sobre la cuestión de fondo y determinar la concurrencia o no de los concretos elementos integrantes de una particular infracción criminal que a su juicio se somete».

«Esta conclusión además, se encuentra confirmada por la literalidad de la fundamentación jurídica del Auto de la Sección 1.ª, que consciente de los límites de su propia resolución y de la imposibilidad de que lo resuelto sirva a fines ajenos al curso de la fase de instrucción; señala que “en principio...” puede defenderse la ajeneidad de los efectos supuestamente sustraídos; que solo “indiciariamente y a los efectos de la instrucción...” se deducen determinados extremos o en fin que se des-

prende “provisionalmente...” la naturaleza privativa de determinados bienes».

Pasa a continuación el Fiscal en el fundamento jurídico tercero a analizar la que califica de incongruencia invocada por el actor exponiendo la doctrina de este Tribunal al respecto, con cita de las SSTC 20/1982, 86/1986, 29/1987, 142/1987, 156/1988, 369/1993, 172/1994, 311/1994, 91/1995, 189/1995, 191/1995 y 60/1996.

Para el Fiscal se da en este caso la incongruencia extra petitem, pues «la Sala, aprovechando el medio impugnatorio empleado, resolvió una cuestión que no sólo la parte apelante no había sometido a su conocimiento, sino que además la ley le impedía conocer; pues con tal proceder, el órgano de apelación, estaba actuando como órgano de instancia impidiendo de facto la revisión de lo decidido por un órgano superior, además de suprimir radicalmente y por la vía de los hechos, la celebración del plenario, sustituyendo la regulación legal sobre tan principal materia, por un trámite creado al efecto».

Según el Fiscal «de todo lo dicho hasta aquí y en particular de esa actuación de la Sala, se derivan a juicio del Ministerio Fiscal, dos consecuencias distintas: de un lado, es evidente que se ha producido una incongruencia extra petitem en la sentencia frente a la que se demanda amparo; de otro, el Tribunal Sentenciador, no sólo se apartó de los estrictos términos en los que se hallaba planteado el recurso de apelación, sino que en una actuación frontalmente opuesta a la normativa procesal, privó a las partes de la posibilidad de confrontar sus pretensiones ante el órgano judicial llamado por la ley a enjuiciar en primera instancia la acción penal, que no era otro que el Juzgado de lo Penal, puesto que si lo que estimaba la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, era que no existía óbice procesal al ejercicio de la acción penal por parte del cónyuge separado frente a su mujer, debió en consecuencia abstenerse de ningún otro pronunciamiento y devolver los Autos al Juzgado de lo Penal, para que éste, entrando en el juicio oral, celebrase la vista correspondiente, practicasen las pruebas admitidas y finalmente, dictase sentencia en la que se resolviera sobre todos los extremos planteados por la acusación y la defensa».

«De esas dos consecuencias antecitadas: incongruencia extra petitem y supresión de facto de la doble instancia por parte del Tribunal, la primera de ellas ciertamente, podría haber sido denunciada mediante el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción dada por L.O. 5/1997 de 4 de diciembre, y en consecuencia y tal y como se señala en la providencia de ese Tribunal Constitucional de fecha 17 de enero de 2000, concurriría la causa de inadmisión contemplada en el artículo 44.1 a) de la L.O.T.C.».

«Sin embargo, con respecto a la segunda y dada la patente vulneración legal por parte de la Sala, que a juicio del Ministerio Fiscal, supone la lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, al suprimir nada menos que la celebración del juicio oral una vez que éste ha sido abierto; se considera procedente la admisión a trámite del presente recurso de amparo».

«Y es que a este fin ha de recordarse que ese Tribunal ha declarado que la prohibición de indefensión es una garantía general que implica el respeto del esencial principio de contradicción en el proceso (STC 48/1986). Y también ha dicho reiteradamente que el art. 24.2 C.E., al reconocer los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, el derecho a la igualdad de armas y el de defensa contradictoria de las partes, quienes han de tener la misma posibilidad de ser oídas y acreditar, mediante los opor-

tunos medios de prueba, lo que convenga a la protección de sus derechos e intereses legítimos (SSTC 4/1982, 89/1986, 231/1992 Y 273/1993, entre otras), pues el principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular importancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes».

«Por ello y con respecto a este punto en concreto, el incidente de nulidad de actuaciones no resulta ser absolutamente imprescindible, pues no se trata de una mera incongruencia con lo pedido, sino de la resolución de una acción efectivamente ejercitada por el querellante —acusación por un delito de apropiación indebida—, si bien que suprimiendo por la vía de los hechos, la tramitación procesal para la sustanciación de tan concreta pretensión».

«Por otra parte, ese Tribunal se ha preocupado de establecer una doctrina acerca de lo que deba entenderse por “recursos utilizables”, no siendo éstos todos los imaginables, sino solo los normalmente procedentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos (SSTC 172/1991, 335/1994); de modo que no es exigible su interposición cuando, como ocurre en este caso, no resulta absolutamente diáfana la procedencia del planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones, puesto que tal y como se ha dicho más arriba, no se trata simplemente de un supuesto de incongruencia, sino de la resolución anticipada de una acción efectivamente ejercitada, a cuya sustanciación se le ha privado del cauce procesal correspondiente».

«Ante la duda de si puede o no utilizarse el mencionado incidente para corregir la resolución dictada, —y en caso de responderse afirmativamente a tal cuestión—, no se conjugaría el riesgo de que ese Tribunal inadmitiera la demanda de amparo por extemporaneidad, por lo que en definitiva, el Fiscal estima que no se puede en modo alguno, limitar al recurrente la facultad de acudir en amparo, —aun sin la previa promoción del incidente de nulidad de actuaciones—, dada la complejidad de la cuestión suscitada y la consecuente dificultad para precisar con un mínimo de aproximación, la oportuna vía judicial para la reparación en su caso, del derecho supuestamente vulnerado».

7. Por providencia de 23 de marzo de 2000 la Sala Segunda acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, así como requerir al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria para que emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto el recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el presente proceso constitucional.

8. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala, de 3 de mayo de 2000, se acordó dar vista de las actuaciones a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimaran pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

9. Mediante escrito, registrado el 18 de mayo de 2000, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional evacúa el trámite conferido solicitando el otorgamiento del amparo, siendo el contenido del escrito reproducción literal del referido en el antecedente 6, salvo en el contenido de aquel escrito referido a la cuestión atinente al agotamiento de la vía previa, omitida en el nuevo.

El Fiscal solicita que la Sentencia efectúe los siguientes pronunciamientos: «1. Otorgar el amparo. 2. Reconocer al actor su derecho fundamental a un proceso

con todas las garantías, a tenor del artículo 24.2 C.E. 3. Declarar la nulidad parcial de la sentencia núm. 227/98 de fecha 2 de octubre de 1998, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava, y en concreto, en lo que afecta a su pronunciamiento sobre el fondo de la acusación formulada por el querellante particular; debiendo quedar reducida tal resolución a la cuestión previa ya decidida y atinente a la legitimación del actor para intervenir en el proceso penal en cuestión; ordenando en consecuencia la Sala, la devolución de la Causa al Juzgado de lo Penal, para que por éste se entre en el juicio oral propiamente dicho y tras su celebración se dicte sentencia conforme a lo alegado y probado por las partes».

10. Por escrito registrado el 31 de mayo de 2000 la Procuradora Sra. Revillo Sánchez viene a reiterar las alegaciones ya vertidas, tanto en la demanda de amparo como en su escrito presentado en el trámite del art. 50.3 LOTC, insistiendo en la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

11. Por providencia de 12 de julio de 2001, se señaló para deliberación, votación y fallo de la presente Sentencia el 16 de julio del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de amparo es la impugnación de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava de 2 de octubre de 1998, por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria-Gasteiz en el procedimiento abreviado núm. 142/98, y se confirmó ésta.

Tal y como ha quedado detallado en los antecedentes, el recurrente en amparo formuló querrela contra su esposa, de la que se hallaba legalmente separado, si bien no se había liquidado la sociedad de gananciales, por extracción de fondos de cuentas corrientes comunes; lo que dio lugar al correspondiente proceso penal, que se tramitó con las vicisitudes que se detallan en dichos antecedentes. Al llegar al acto del juicio el Juez suscitó de oficio, como cuestión previa, la posible falta de acción del querellante, único acusador, pues el Ministerio Fiscal había solicitado la absolución; y sin dar posibilidad de alegaciones y prueba sobre el objeto de la querrela dio sin más por concluso el juicio para sentencia, que fue dictada al día siguiente, en la que absolvió a la querrelada.

La fundamentación única de la Sentencia consiste en que el art. 103 LECrim prohíbe el ejercicio de acciones penales entre sí a los cónyuges, precepto que el Juzgado consideraba aplicable al caso, pese a la separación legal; por lo que estimaba que debía declararse la nulidad de la acción penal ejercitada y la de todos los actos subsiguientes, así como la absolución de la acusada por falta de acusación.

Interpuesto por el recurrente recurso de apelación contra la Sentencia con el único objeto de impugnar la interpretación y aplicación del art. 103 LECrim que se había hecho por la Sentencia recurrida, la Audiencia Provincial, aceptando en ese punto la tesis del apelante, estimó sobre tal particular su recurso, «entendiendo que el querellante en este caso, al estar separado de su esposa legalmente tiene acción penal contra ella por los hechos denunciados». Pero la Sentencia pasó a continuación a examinar dichos hechos, razonando que no existía el elemento de ajeneidad respecto de los fondos apropiados por la querrelada, ni el apoderamiento subrepticio, por lo que no concurrían los elementos del tipo

necesarios para calificar los hechos como hurto o apropiación indebida.

El recurrente imputa a la Sentencia impugnada las siguientes vulneraciones constitucionales:

a) Del art. 9.3 CE, por una doble razón: porque se vulnera el principio de inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes, por cuanto que la Sentencia recurrida contraviene y deja sin efecto el Auto firme de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de 20 de octubre de 1997, que había acordado la continuidad de la causa como procedimiento abreviado, resolviendo que en el caso presente existía ajeneidad; y porque la Sentencia se contradice a sí misma, pues estima el único motivo del recurso y no obstante, haciendo consideraciones claramente extemporáneas, lo que también supone de por sí infracción constitucional, desestima el recurso.

b) Del art. 24.1 CE, por cuanto la Audiencia Provincial entró a resolver del fondo del asunto, cuando en la vista oral del juicio ante el Juzgado se discutió exclusivamente la inexistencia de la acción penal, sin que se debatiera sobre ningún hecho sustantivo o de fondo, ni por tanto el recurrente hubiera tenido oportunidad de hacer alegaciones y practicar pruebas, lo que, en criterio de la parte, atenta al derecho de tutela efectiva y al principio de indefensión.

c) Del art. 24.2 CE, en cuanto establece el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber entrado la Audiencia Provincial a analizar el fondo del asunto, dando por celebrado un juicio que no tuvo lugar, pues en el que se celebró ante el Juzgado se trató exclusivamente la cuestión atinente a la inexistencia de la acción penal.

Por su parte el Ministerio Fiscal solicita el otorgamiento del amparo. Su tesis, reflejada en el antecedente 6, estima que se ha producido una incongruencia extra petitum en la Sentencia recurrida y la vulneración del derecho fundamental del recurrente a un proceso con todas las garantías. La incongruencia, al apartarse de los estrictos términos en que estaba planteado el debate en la apelación, limitado a la cuestión referida a si el recurrente era o no titular de acción penal contra su esposa; por lo que, al estimar en ese punto la apelación del recurrente, debió limitarse a revocar en ese único punto la Sentencia del Juzgado, devolviendo los autos al Juzgado, para que en éste se celebrase el juicio correspondiente, se practicasen las pruebas y se dictase sentencia en la que se resolvieran los extremos planteados por la acusación y la defensa. Y la segunda vulneración, al suprimirse la celebración del juicio oral una vez que había sido abierto, de modo que quedó suprimida radicalmente la celebración del plenario, sustituyendo la regulación legal sobre tal materia por un trámite creado al efecto.

2. Enunciado el objeto del proceso conviene hacer unas observaciones previas.

En las alegaciones del Ministerio Fiscal, que, como se observó en los antecedentes (antecedente 9), eran reproducción literal de las formuladas en el trámite del art. 50.3 LOTC, abierto en su momento, y resuelto mediante la admisión a trámite del actual recurso por la providencia de 17 de enero de 2000, se incluyen contenidos referidos a la inadmisión por falta de agotamiento de los recursos procedentes ante la jurisdicción ordinaria, aunque no llega a formularse una petición de inadmisión. Ello no obstante, del contenido plural de la demanda de amparo el único que, en su caso, hubiera podido ser objeto de planteamiento ante el órgano jurisdiccional a quo, como vía previa al acceso al amparo constitucional por el trámite de nulidad de actuaciones,

ex art. 240.3 LOPJ, hubiera sido el referible a la incongruencia extra petitum de la Sentencia recurrida, pero no el atinente al derecho a un proceso con todas las garantías, vulneración que no podía ser remediada en dicho trámite; de ahí que, atendidas las alegaciones evacuadas en el trámite del art. 50.3 LOTC, se decidiera en su momento la admisión del recurso. Conviene destacar que el recurrente no fundó su demanda de modo directo en la imputación a la Sentencia recurrida de un vicio de incongruencia, caso en el que sería aplicable lo dispuesto en el art. 240.3 LOPJ (SSTC 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 82/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 178/2000, de 26 de junio, FJ 3; 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 3, y 105/2001, de 23 de abril, entre otras muchas) sino que dicha calificación el que la usa es el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, a las que el recurrente se opuso en ese particular. En tales circunstancias lo procedente es seguir el criterio flexible de nuestra jurisprudencia sobre el requisito cuestionado, según la cual los recursos de utilización previa obligada solo son aquéllos «cuya procedencia se desprenda de modo claro y terminante del tenor de las previsiones legales y, además, que dada su naturaleza y finalidad sean adecuados para reparar la lesión presuntamente sufrida (SSTC 364/1993, 377/1993, 27/1994, 140/1994, 56/1995 y 84/1999, entre otras muchas) (SSTC 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 28/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 178/2000, de 26 de junio, FJ 3, y 216/2000, de 18 de septiembre, FJ 2)». Fue precisamente esa concepción flexible del requisito la que llevó a la Sala a la admisión del recurso, sin que sea necesario insistir más sobre la no concurrencia de óbices de admisibilidad.

3. Otra consideración previa a hacer debe referirse a la observación que con ese mismo carácter expusiera el Ministerio Fiscal (antecedente 6) en relación con el error que, a su juicio, se contenía, tanto en la Sentencia recurrida, como en la demanda de amparo, sobre la cuestión atinente a la titularidad por el esposo, separado legalmente, de posible acción penal contra su esposa, y a la errónea interpretación del art. 103 LECrim en relación con la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal. Se trata de una cuestión ajena al recurso de amparo; primero, porque el reconocimiento de acción penal al recurrente en la Sentencia recurrida no es objeto del presente recurso de amparo, ni por ello puede ser objeto de nuestra decisión. Y, en segundo lugar, porque se trata de una cuestión de mera legalidad ordinaria, cuyo enjuiciamiento y decisión queda fuera del cometido de este Tribunal, y respecto de la que, por ello, hemos de eludir un pronunciamiento propio, debiéndose evitar cualquier eventual interferencia en el juicio que debieran pronunciar los órganos de la jurisdicción ordinaria en una nueva posible sentencia, consecuente al éxito del amparo, si la esposa, perjudicada por el reconocimiento a su esposo de acción penal contra ella, quisiera utilizar los recursos pertinentes contra la Sentencia que así lo declarase, recursos que obviamente no ha podido utilizar, al haberle sido favorable la Sentencia del Juzgado, e igualmente la de apelación, aunque en ese punto se pronunciase en sentido contrario sin transcendencia real para ella. En el bien entendido de que nuestro obligado silencio sobre el particular no podrá valorarse, ni como rechazo de la tesis del Fiscal y aquiescencia de la de la Sala *a quo*, ni, en sentido contrario, como de aceptación de la crítica del primero y coincidencia con la tesis del Juzgado. Sencillamente, las diversas opciones sobre la posible titularidad de la acción penal de uno de los esposos contra el otro en las circunstancias de autos deberán ser resueltas por los órganos de la jurisdicción ordinaria, sin que sea pertinente que comprometamos un juicio

propio a favor o en contra de las respectivas tesis divergentes del Juzgado y de la Audiencia Provincial.

4. Definido el marco de nuestro enjuiciamiento, las alegadas vulneraciones del art. 9.3 CE deben quedar fuera de nuestra consideración, pues, por imperativo de los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, este principio queda extrañados del proceso de amparo, como reiteradamente ha declarado este Tribunal (STC 36/1999, de 22 de marzo, FJ 5).

Ahora bien, debe advertirse que las alegaciones que el recurrente refiere al art. 9.3 CE (recuérdese que aluden a la vulneración por la Sentencia recurrida de lo resuelto por otra Sección de la Audiencia Provincial sobre el elemento de ajeneidad de los fondos de que dispuso la querellada, y a la contradicción de la Sentencia consigo misma, al estimar el contenido único del recurso, y sin embargo, desestimarlos) tienen que ver más con contenidos que nuestra jurisprudencia ha considerado como propios del art. 24.1 CE: en concreto, el de la inmutabilidad de las sentencias y resoluciones firmes, por lo que hace a la primera de las alegaciones, y el de la congruencia de la sentencia, por lo que hace a la segunda. Y, ello sentado, es procedente que abordemos el enjuiciamiento de dichas alegaciones desde el ángulo conceptual que les es más adecuado; esto es, el del art. 24.1 CE, pues la errónea o imprecisa identificación del derecho constitucional supuestamente vulnerado en modo alguno puede constituir un obstáculo para dar respuesta a la pretensión de amparo, cuando la demanda permite conocer con claridad los específicos motivos en los que se sustenta la queja en razón de la cual se solicita el amparo de este Tribunal (SSTC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 2, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 3).

5. Por lo que hace a la alegada contradicción entre la Sentencia recurrida y la anterior resolución de la Audiencia en el recurso de apelación contra un precedente Auto de sobreseimiento por falta del requisito de ajeneidad de los fondos apropiados, debemos compartir la tesis sostenida por el Ministerio Fiscal sobre el particular (vid antecedente 6), pues, en efecto, no es posible atribuir la eficacia positiva de la cosa juzgada al Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial, que es el aludido por el recurrente, ya que, como dice el Fiscal, se dictó en el trámite de instrucción de las diligencias previas, en las que no se resuelve sobre una acción penal ejercitada, sino sólo acerca de la constatación indiciaria de una posible infracción penal y la averiguación de la identidad de la persona o personas responsables; por lo que la provisionalidad y el mero carácter instrumental de tal fase del proceso impiden considerar que las resoluciones dictadas en ella puedan condicionar la ulterior decisión del órgano sentenciador, al que compete en exclusiva resolver la cuestión de fondo, decidiendo sobre la concurrencia o no de los concretos elementos integrantes del delito que se somete a su juicio.

Tal conclusión, como dice el Fiscal, viene avalada además en este caso por la propia literalidad del Auto traído a colación, que incluye salvedades suficientemente expresivas del propio alcance que se le atribuye, cuando, al pronunciarse sobre la cuestionada ajeneidad de los fondos apropiados, se utilizan en él los términos «en principio», «indiciariamente y a los efectos de la instrucción», «provisionalmente», que evidentemente no resuelven una cuestión que solo el órgano sentenciador debe resolver. No existe así base para poder considerar que se haya vulnerado el principio de inmutabilidad de las sentencias y resoluciones firmes.

6. Y por lo que hace a la alegada contradicción interna de la Sentencia, tampoco se da en este caso, pues, al margen de los vicios de otro tipo que puedan serle atribuidos por el exceso en el enjuiciamiento realizado en ella, resulta perfectamente compatible estimar un fundamento del recurso, y acabar desestimándolo por otros fundamentos distintos. No existe contradicción entre el reconocimiento de acción penal al recurrente (que era lo que él pretendía en el recurso), y la desestimación del recurso por la inexistencia del delito objeto de su acusación. Debe, pues, desestimarse la alegación de la parte desde su posible virtualidad ex art. 24.1 CE.

7. Se llega así al verdadero núcleo del recurso, que es el de la vulneración de los arts. 24.1 y 24.2 CE. Ahora bien, antes que nada es necesario destacar que en este caso el recurso de amparo se interpone contra una Sentencia absolutoria de la jurisdicción penal, de la que se pide su anulación, lo que suscita de inmediato la necesidad de respuesta a la cuestión de si tal tipo de sentencias pueden ser anuladas en esta jurisdicción constitucional de amparo.

Debe puntualizarse que, al plantear tal cuestión, no la referimos al contenido de una decisión penal de fondo, lo que no corresponde a nuestra jurisdicción, sino al continente procesal, a las garantías del proceso en el que se ha llegado a pronunciar la Sentencia.

Así planteada la cuestión, la respuesta se puede encontrar en la Sentencia de esta misma Sala 215/1999, de 19 de noviembre, FJ 1, que, enfrentada, como la actual, a una sentencia penal absolutoria dictada en apelación, impugnada por vulneración de derechos procesales de rango constitucional, dijo lo siguiente:

«Dicha eventual estimación del amparo no entrañaría contradicción alguna con la reiterada doctrina de este Tribunal de que no existe un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (SSTC 157/1990, FJ 4, 31/1996 FJ 10, 177/1996, FJ 11, 199/1996, FJ 5, 41/1997, FFJJ 3 y 4, 74/1997, FJ 5, 116/1997, FJ 5, 218/1997, FJ 2, 67/1998, FJ 2, 138/1999, FJ 5); pues ello no implica “sostener que el haz de derechos cobijados en el art. 24 CE a la hora de configurar la efectividad de la tutela judicial efectiva se agote, en el proceso penal, con el mero respeto de las garantías allí establecidas en favor del imputado, procesado o acusado, según las distintas fases de aquél. Tal norma incorpora, también, el interés público, cuya relevancia constitucional no es posible, y ni siquiera deseable, desconocer en un juicio justo donde queden intactas tales garantías de todos sus partícipes” (SSTC 116/1997 FJ 5, 138/1999, FJ 5). De ello deriva que el *ius ut procedatur* que asiste a la víctima de un delito no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, “sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso” (STC 218/1997, FJ 2). Por consiguiente, el análisis y la declaración de vulneración de los derechos procesales invocados es ajeno a la inexistencia de un derecho de la víctima del proceso penal a la condena penal de otro y ha de efectuarse tomando como referente el canon de los derechos contenidos en los arts. 24.1 y 2 CE (STC 41/1997, FJ 5)».

«Tampoco la consiguiente anulación de la Sentencia absolutoria dictada en resolución del recurso de apelación y la retroacción de actuaciones al momento anterior a producirse la vulneración de la garantía procesal, resulta contradictoria con las declaraciones efectuadas por este Tribunal en el sentido de que la declaración de lesión de un derecho fundamental en el seno de un proceso penal no puede llevar aparejada la anulación

en esta jurisdicción de amparo de una Sentencia firme absolutoria "por poderosas razones de seguridad jurídica" (STC 218/1997, FJ 2), ya que ello no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales. Este es el fundamento de que en las SSTC 116/1997 y 138/1999 tras la declaración de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión se haya procedido a anular las resoluciones impugnadas y a retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior al de la verificación de la lesión procedimental estimada».

8. Allanado así el camino de nuestro enjuiciamiento y de su posible resultado final, es indudable que el hecho de que en una apelación se haya dictado una sentencia absolutoria del delito, juzgando acerca de su existencia, cuando no ha tenido lugar el juicio oral en el que las partes, acusadora y acusada, puedan formular sus alegaciones y proponer y practicar sus pruebas, y cuando la apelación versaba exclusivamente sobre si el apelante era o no titular de acción penal contra su esposa, implica de por sí una extrema irregularidad, en la que el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) ha quedado absolutamente desconocido. Son compartibles al respecto tanto la tesis del demandante como la del Ministerio Fiscal, cuya afirmación de que «con tal proceder, el órgano de apelación estaba actuando como órgano de instancia impidiendo de facto la revisión de lo decidido por un órgano superior, además de suprimir radicalmente por la vía de los hechos la celebración del plenario, sustituyendo la regulación legal sobre tan principal materia por un trámite creado al efecto», resume con plausible claridad la índole y el calado de la vulneración.

Al propio tiempo esa gravísima vulneración lo es también directamente del art. 24.1 CE, en cuanto se ha privado al demandante de la posibilidad de alegar y probar en el juicio en régimen contradictorio y de igualdad procesal en defensa de su interés. Como dijimos, por todas, en la STC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4:

«El derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses. El derecho a la tutela judicial efectiva supone, no solamente el derecho de acceso al proceso, con respeto de los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales (STC 180/1995), así como a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia y defensa para que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses, excluyendo así la indefensión prohibida por el art. 24 CE. El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías (STC 102/1998). Además, la regla de interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada

una de las instancias que lo componen (SSTC 226/1988, 162/1993, 110/1994, 175/1994 y 102/1998)».

Al demandante se le ha producido la alegada indefensión en el recurso de apelación en los términos que alega, al resolverse en él cuestiones no planteadas en dicha instancia, lo que da lugar a la incongruencia extra petitum alegada por el Fiscal, en términos muy similares a los de la STC 215/1999, ya citada, FJ 3, con cita en él de otras varias Sentencias de este Tribunal; si bien esa concreta lesión en este caso palidece en su significado respecto a la lesión, indudablemente más extrema, de haberse llegado a pronunciar una Sentencia absolutoria del delito sin previa celebración del juicio.

9. Pero, a la hora de precisar el alcance del fallo de nuestra Sentencia, los límites del recurso de apelación en los términos en que fue planteado (en definitiva, el prisma de la congruencia), deben ser la pauta de nuestra solución, teniendo en cuenta que el objeto del recurso, tal y como se enunció al principio, es la Sentencia del recurso de apelación, y que el restablecimiento del derecho del recurrente debe situarse en el preciso momento procesal en que se produjo la lesión. De este modo no nos corresponde por nuestra parte anular la Sentencia del Juzgado, partiendo al efecto de la apreciación por la Audiencia del motivo impugnatorio que ésta estimó, sobre cuya procedencia ya dijimos en su momento que no nos debíamos pronunciar, sino que lo adecuado es, exclusivamente, anular la Sentencia aquí recurrida, para que sea la propia Audiencia Provincial la que pronuncie el fallo que estime congruente en las circunstancias del caso, una vez excluido que pueda por sí misma resolver el fondo del proceso penal en el recurso de apelación del que conoce.

## 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 y, en su virtud:

1.º Declarar que la Sentencia recurrida ha vulnerado los derechos del demandante de tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías.

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava de 2 de octubre de 1998.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia, a fin de que por la Audiencia Provincial se dicte la sentencia que estime procedente, ateniéndose en exclusiva a los términos en que estaba planteado el recurso de apelación.

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

Dada en Madrid, a dieciséis de julio de dos mil uno.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Tomás S. Vives Antón.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Firmado y rubricado.