

ramos la inconstitucionalidad y nulidad de dichos apartados.

Posteriormente, el art. 70 de la Ley 27/1992 sería modificado por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, a cuyo amparo se dictó la Orden del Ministerio de Fomento de 30 de julio de 1998, complementada por otra también de fecha de 30 de julio de 1998, corregida por la de 4 de diciembre de 1998 y, finalmente, modificada por la Orden de 22 de diciembre de 2000. Dicho precepto legal, en su nueva redacción, fue objeto de otra cuestión de inconstitucionalidad (núm. 1418-2003), planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, como consecuencia del recurso interpuesto contra varias liquidaciones giradas por la Autoridad Portuaria de Santander en concepto de tarifa T-9, también por vulneración del art. 31.3 CE, que ha sido resuelta por la STC 121/2005, de 10 de mayo, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de los apartados 1 y 2 del art. 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante, en su nueva redacción.

#### FALLO

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

Ha decidido

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

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

Dada en Madrid, a once de mayo de dos mil cinco.—María Emilia Casas Baamonde.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

**9531** *Pleno. Sentencia 123/2005, de 12 de mayo. Recurso de amparo avocado 5770-2000. Promovido por don Roger Lucien Dupuis frente a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que, en grado de casación, confirmó su condena por delito de tentativa de homicidio y otros.*

*Supuesta vulneración del principio acusatorio: Sentencia de casación penal que confirma la condena impuesta en la instancia aunque el Fiscal se haya adherido al recurso. Votos particulares concurrentes.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo avocado al Pleno número 5770-2000, promovido por don Roger Lucien Dupuis, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Esther Rodríguez Pérez y asistido por el Abogado don Pedro Apalategui Isasa, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 1476/2000, de 26 de septiembre, recaída en el recurso de casación 1482/99, por la que se estimó parcialmente el recurso de casación contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 205-1999, de 8 de junio, recaída en el rollo núm. 12/98, que condenó al recurrente como autor de los delitos de tentativa de homicidio, tenencia ilícita de armas y falsedad documental. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer del Pleno.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de guardia el 31 de octubre de 2000, y que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 3 de noviembre de 2000, la Procuradora de los Tribunales doña Esther Rodríguez Pérez, en nombre y representación de don Roger Lucien Dupuis, asistido por el Abogado don Pedro Apalategui Isasa, formuló demanda de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento, en las que, entre otros pronunciamientos, se condena al recurrente como autor de un delito intentado de homicidio a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y pago de la parte proporcional de las costas procesales. Por otro sí solicita la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes, que se exponen sintéticamente:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Málaga instruyó sumario núm. 5/98 contra el recurrente por delitos de tentativa de homicidio, tenencia ilícita de armas y falsedad documental. Una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Primera dictó Sentencia el 8 de junio de 1999 en la que se condenó al acusado, como autor responsable de los delitos de homicidio en grado de tentativa, tenencia ilícita de armas y delito continuado de falsedad documental, a las penas de cinco años de prisión, un año y seis meses de prisión y dos años de prisión y multa de nueve meses, con una cuota diaria de cinco mil pesetas, respectivamente, con las accesorias legales y pago de la parte proporcional de las costas procesales.

b) La defensa del acusado presentó recurso de casación alegando, entre otros motivos, en relación con la condena por delito intentado de homicidio, infracción de ley del art. 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (en adelante LECrim) por indebida aplicación de los arts. 138, 16 y 62 y no aplicación de los arts. 152.1.1 y 147.1, todos del Código penal (en adelante CP), solicitando que se casara la Sentencia en ese extremo, dictando otra por la que se condenara al recurrente como autor de un delito de lesiones imprudentes del art. 152.1.1 CP. El Fiscal, instruido del recurso interpuesto, se adhirió al mismo, apoyando este motivo de casación e interesando la pena de arresto de quince fines de semana por dicho delito de lesiones imprudentes. En la vista del recurso la representación del recurrente y el Ministerio Fiscal mantuvieron lo solicitado en sus respectivos escritos.

c) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de septiembre de 2000, desestimó este motivo de casación, confirmando el pronunciamiento de la Sentencia de la Audiencia Provincial en lo que se refiere al delito de homicidio intentado.

3. El recurrente fundamentó su demanda de amparo en vulneración del principio acusatorio y, como consecuencia del mismo, del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en tanto que ninguna de las partes en el recurso de casación mantuvo la acusación por el delito de homicidio doloso en grado de tentativa, debiendo el Tribunal Supremo respetar lo solicitado por las partes, siendo los límites de su pronunciamiento aquellas pretensiones deducidas en dicho recurso casacional. Igualmente destaca que la acusación mantenida en la instancia no resulta vinculante en la casación, ya que debe reputarse como principio esencial al proceso penal un mantenimiento continuado, durante todo el proceso y las instancias, de la acción penal; de modo que el apoyo del Fiscal al concreto motivo de recurso, aunque formalmente no eliminaría la pervivencia de la acción penal, sí eliminaría la contradicción efectiva.

4. La Sección Primera de este Tribunal acordó por providencia de 8 de mayo de 2001, al amparo de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conferir al recurrente y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales procedentes, alegaciones sobre la carencia manifiesta de contenido constitucional. Evacuado dicho trámite, se acordó por providencia de 1 de octubre de 2001 la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo previsto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones a las partes para que en el plazo común de veinte días presentaran alegaciones.

En la misma providencia se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión y, mediante providencia de la misma fecha, se acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre la petición de suspensión interesada. Transcurrido el término conferido, mediante Auto de la Sala Primera de este Tribunal de 30 de octubre de 2001, se acordó denegar la suspensión solicitada por el recurrente.

5. El recurrente, por escrito de 16 de octubre de 2001, presentó alegaciones reiterando en esencia los argumentos puestos en el escrito de demanda.

6. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 30 de octubre de 2001, interesó la desestimación del amparo, argumentando, por un lado, que, conforme a la doctrina expuesta en el ATC 250/1994, de 19 de septiembre, en el presente caso no habría existido vulneración del principio acusatorio, ya que el recurrente se opuso en la instancia a la acusación, ejercitando sus derechos de defensa, desplegando, además, los resortes de impugnación con exposición de sus argumentos exculpativos, sin que el apoyo del Ministerio Fiscal al concreto motivo de casación diera lugar a que la asistencia letrada del recurrente renunciara a exponer los argumentos para fundamentar dicho motivo; y, por otro, que, atendiendo a la naturaleza esencial del recurso de casación como un recurso de nulidad y a que las partes no pueden deducir en él pretensiones (en el sentido de ejercicio de acciones), la posición del Ministerio Fiscal en la casación no podrá ser la de postular o renunciar al ejercicio de la acusación, sino la de defensa de la legalidad. Como último argumento se afirma que en el ATC 146/1998, de 25 de junio, en un caso idéntico al que se plantea este amparo, se consideró que no podía entenderse vulnerado el principio acusatorio por el hecho de desestimar un motivo de casación planteado por la defensa con adhesión del Fiscal, toda vez que, aunque es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que ha de garantizarse la acusación, contradicción y defensa también en la fase de recursos, donde ha de existir acusación formulada contra persona determinada, ello sólo significa que el Tribunal no puede agravar la con-

dena por falta de acusación, pero no que quede privado de la posibilidad de desestimar el recurso si la Sentencia, pese a la adhesión del Ministerio Fiscal, se ajusta a Derecho, ya que ello no excede de los términos del debate ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del Juez a favor de una parte, ni priva al recurrente del conocimiento de la acusación. De prevalecer el criterio contrario se desconocería el significado del recurso de casación, al quedar en manos del Ministerio Fiscal y no del Tribunal Supremo la estimación o desestimación de los motivos de casación referidos a la calificación y subsunción de los hechos en un precepto penal que en la instancia se haya estimado aplicables y que fueron objeto de acusación.

7. Por providencia de 17 de enero de 2005, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 k) LOTC, se acordó a la avocación al Pleno del presente recurso de amparo.

8. Por providencia de fecha 10 de mayo de 2005, se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 12 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión concreta que plantea el presente amparo es si la configuración constitucional del principio acusatorio incluye como una de sus garantías que en la casación penal el órgano judicial quede limitado en su pronunciamientos por los motivos y las pretensiones concretas de las partes deducidas en dicho recurso y si resulta posible constitucionalmente al órgano judicial de casación desestimar el recurso contra la resolución condenatoria impugnada al margen de una concreta solicitud de mantenimiento de aquélla realizada por cualquiera de las partes procesales.

2. Esta cuestión ya fue abordada por este Tribunal, en relación con el recurso de apelación, en la STC 283/1993, de 27 de septiembre, concluyéndose que «cuando sólo el condenado es recurrente, el Juez, que evidentemente no podrá agravar la condena por falta de acusación, no puede quedar privado de la facultad de desestimar el recurso si la Sentencia, pese a lo alegado en segunda instancia, se ajusta a Derecho, porque evidentemente ello no excede de los términos del debate ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del Juez en favor de una parte, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación (ya inmodificable), porque cualquier decisión queda delimitada por la corrección de los pronunciamientos de la Sentencia, cuya revisión, repetimos, constituye el objeto de la única pretensión de apelación. Una apreciación contraria impondría a la parte no recurrente la carga de personarse obligatoriamente en la segunda instancia para evitar que la simple apelación del condenado implicase automáticamente la revocación de la Sentencia. Interpretación absolutamente formalista del principio acusatorio que no puede ser admitida sin violentar la propia naturaleza de la apelación en el juicio sobre faltas.» (FJ 5). Posteriormente, y ya en supuestos de recurso de casación, esta misma doctrina fue utilizada como fundamento para la inadmisión de recursos de amparo en los AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3; 250/1994, de 19 de septiembre, FJ 2, y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4.

La existencia de estos precedentes, en los que se aporta un tratamiento unitario para el recurso de apelación y para la casación penal, no impide, sin embargo, que se vuelva sobre esta compleja cuestión en la presente resolución para profundizar en su desarrollo y, especialmente, en lo que se refiere al recurso de casación. A ese fin, su análisis sistemático exige abordar, en primer lugar, el alcance constitucional del principio acusatorio y la delimitación y concreción del deber de congruencia entre acusación y fallo; y, en segundo lugar, los posibles condi-

cionantes de cómo se proyecta el deber de congruencia en el recurso de casación.

3. Este Tribunal ha reiterado que el conjunto de derechos establecidos en el art. 24 CE no se agota en el mero respeto de las garantías allí enumeradas, establecidas de forma evidente a favor del procesado, sino que incorpora, además, el interés público en un juicio justo, garantizado en el art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante CEDH), que es un instrumento hermenéutico insoslayable para la interpretación de los derechos fundamentales de nuestra Constitución (art. 10.2 CE); de tal modo que, en última instancia, la función del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en el ámbito penal se concreta en garantizar el interés público de que la condena penal resulte de un juicio justo, que es un interés constitucional asentado en los principios del Estado de Derecho y en los valores constitucionales de libertad y justicia (art. 1.1 CE; STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3).

En virtud de ello, aunque el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, limitándose el art. 24.2 CE a consagrar una de sus manifestaciones, como es el derecho a ser informado de la acusación, sin embargo, este Tribunal ya ha destacado que ello no es óbice para reconocer como protegidos en el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de este principio nuclear (STC 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 8), que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales (SSTC 19/2000, de 3 de marzo, FJ 4, y 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 17). Así, desde el más temprano reconocimiento de la dimensión constitucional de determinadas garantías propias del principio acusatorio, en la jurisprudencia de este Tribunal se ha incidido tanto en su vinculación con los derechos de defensa y a conocer la acusación (STC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4), como en la exigencia de separar la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas (STC 54/1985, de 18 de abril, FJ 6).

Por tanto, determinados elementos estructurales del principio acusatorio forman parte de las garantías constitucionales sustanciales del proceso penal, no sólo en la dimensión expresamente reconocida por el art. 24.2 CE de que nadie pueda ser condenado sin que se formule previamente una acusación de la que tenga conocimiento y posibilidades de defenderse de manera contradictoria, sino también en su dimensión, implícitamente reconocida entre las garantías constitucionales en el procedimiento penal, de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial diferente del que ejerce la acusación (entre las últimas, SSTC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 7; ó 179/2004, de 18 de octubre, FJ 4), toda vez que el derecho a un proceso con todas las garantías impone un sistema penal acusatorio en el que el enjuiciamiento se desarrolle dialécticamente entre dos partes contrapuestas, debiendo resolverse por un órgano diferente, consagrándose así una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador; y la decisión, que corresponde a un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio (SSTC 3/1987, de 7 de mayo, FJ 2; ó 83/1992, de 28 de mayo, FJ 1).

4. En atención a lo anterior, este Tribunal ha reiterado que una de las manifestaciones del principio acusatorio contenidas en el derecho a un proceso con todas

las garantías es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo, en virtud del cual nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado, entendiéndose por «cosa», en este contexto, no únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica (por todas, SSTC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2, ó 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2). De ese modo, este deber de congruencia implica que el juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento por un doble condicionamiento, fáctico y jurídico, que queda concretado en la pretensión establecida en el escrito de calificaciones definitivas (por todas, SSTC 62/1998, de 17 de marzo, FJ 5, ó 33/2002, de 13 de febrero, FJ 3).

El fundamento de esta exigencia de congruencia entre acusación y fallo ha sido puesto en relación directa, principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informado de la acusación, con el razonamiento de que si se extralimitara el juzgador en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferente a las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción (por todas, SSTC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3, ó 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2). Sin embargo, este deber de congruencia también ha encontrado su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías, en el sentido de que el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento (por todas, SSTC 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; ó 35/2004, de 8 de marzo, FJ 7), puesto que, en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías.

Por tanto, la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE. De ese modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado no sólo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden.

5. Ahora bien, partiendo de la base ya expuesta de cuál es el doble fundamento constitucional del deber de congruencia entre acusación y fallo, es necesario tener en cuenta dos aspectos relevantes para la determinación y concreción, con carácter general, del alcance de dicho deber de congruencia, como son, por un lado, que éste, como elemento estructural del principio acusatorio, no tiene un alcance general en el procedimiento penal respecto de cualquier otra pretensión sostenida por la acusación que no sea la estrictamente punitiva; y, por otro lado, que incluso en el marco del ejercicio de una pretensión



punitiva el deber de congruencia no implica un deber incondicionado para el órgano judicial de estricta vinculación a las pretensiones de la acusación.

Ambos aspectos tienen una relación directa con el hecho, ya afirmado por este Tribunal, de que existen cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del *ius puniendi* que no cabe desconocer (por todas, SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 3, y 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5) y que afectan no sólo a cualquier eventual pretensión, diferentes de la punitiva, que pueda ser deducida por las partes en el marco del procedimiento penal, sino también a lo que es la pretensión punitiva propiamente dicha reflejada en el escrito de acusación.

En efecto, que el reconocimiento del deber de congruencia entre acusación y fallo, como una de las exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías esté vinculado con los derechos a la defensa, a conocer la acusación y con la delimitación entre las funciones acusatorias y de enjuiciamiento, es suficientemente expresivo de que su alcance queda limitado en exclusiva a lo que es la pretensión punitiva concretada en los escritos de calificación definitiva. No cabe, pues, ampliarse a cualquier otra pretensión de las partes personadas que, aun sustanciadas en el procedimiento penal, no sean propiamente punitivas, toda vez que, respecto de éstas últimas, no puede afirmarse que tengan como objeto elementos de la acusación, sobre lo que deba darse la oportunidad de debatir contradictoriamente para hacer efectivo el derecho de defensa. Tampoco cabe que el Tribunal, en caso de pronunciarse de oficio sobre las mismas o en contra de las pretensiones de las partes, asuma funciones que constitucionalmente le están vedadas. Así, en relación con la determinación de la competencia objetiva de Jueces y Tribunales penales, este Tribunal ya ha señalado que es una cuestión de orden público procesal que, como tal, puede y debe ser examinada de oficio, sin que la inexistencia de una adecuada petición fiscal implique algún género de violación del art. 24 de la Constitución (ATC 625/1983, de 14 de diciembre, FJ 2). Igualmente, en relación con la iniciativa probatoria de oficio por parte de los órganos judiciales penales, se ha reiterado recientemente en la STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14, que si bien «la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim, no puede considerarse *per se* lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE)».

Al margen de lo ya señalado, y por lo que se refiere al alcance del deber de congruencia respecto de la pretensión punitiva, este Tribunal también ha concretado que, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*, el Juez podrá condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad (por todas, SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3, ó 75/2003, de 23 de abril, FJ 5), haciéndose especial incidencia en que, «más allá de dicha congruencia, lo decisivo a efectos de la lesión del art. 24.2 CE es la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de

hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos» (por todas, SSTC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6, ó 189/2003, de 27 de octubre, FJ 2). O, más expresivamente, y tal como se afirma en la STC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3, recogiendo lo ya manifestado en la STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3, «so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso» (STC 10/1988, FJ 2). En este sentido, «el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación que en la acusación se verifique (STC 11/1992, FJ 3)».

Por tanto, a la conclusión anteriormente alcanzada de que la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, debe añadirse también que dicho deber de congruencia, atendiendo al propio fundamento de su reconocimiento constitucional, no sólo no supone una estricta vinculación del fallo a la calificación jurídica contenida en la pretensión punitiva, cuando pueda verificarse que en el debate procesal la defensa tuvo la posibilidad de conocer y discutir sus elementos esenciales, sino que, además, en su caso, ese deber de congruencia sólo puede predicarse de la propia pretensión punitiva y no de ninguna otra deducida en el procedimiento penal, en la medida en que, al no tener como objeto elementos de la acusación, los órganos judiciales penales mantienen la posibilidad de un pronunciamiento de oficio e incluso en contra de las pretensiones de las partes sin comprometer con ello su posición de imparcialidad por la asunción de funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas.

6. A continuación deben analizarse los posibles condicionantes de cómo se proyecta el deber de congruencia en el actual sistema de recursos penales, con especial referencia al recurso de casación. Para abordar esta cuestión es preciso atender a dos consideraciones previas que delimitan dicho análisis, como son, en primer lugar, determinar cuál es el contenido esencial del derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, en lo que se refiere a la necesidad de configurarlo como un nuevo juicio o limitado a una función revisora; y, en segundo lugar, determinar a cuál de ambos modelos responde la actual regulación de la casación penal.

Este Tribunal ya ha reiterado en relación con el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias dos ideas esenciales: la primera, que si bien no tiene un reconocimiento constitucional expreso, queda integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE, toda vez que dicha exigencia, establecida en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP), ha quedado incorporada a las garantías constitucionales que disciplinan el proceso penal a través de la previsión del art. 10.2 CE sobre que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con dicho texto (por todas, entre las primeras, STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; y, entre las más recientes, SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 2, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2). Y, la segunda, que del propio tenor literal del art. 14.5 PIDCP, al establecer que «[t]oda per-

sona 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», se desprende que no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la Ley, por lo que ésta, en cada país, fijará sus modalidades (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 7). Del mismo modo, el Protocolo núm. 7, de 22 de noviembre de 1984, no ratificado por España, al Convenio europeo de derechos humanos, reconoce este derecho en términos muy semejantes, haciendo referencia en su art. 2.1, si bien con las excepciones del art. 2.2, a que «[t]oda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene el derecho a que su condena o sentencia sea revisada por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, incluyendo los motivos por los cuales puede ser ejercido, deberá estar regulado por ley».

Por ello, este Tribunal ha concluido, por un lado, que el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, incluido dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, a la vista del tenor literal del art. 14.5 PIDCP, e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso *Krombach c. Francia*, y de 25 de julio de 2002, caso *Papon c. Francia*), se debe interpretar no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2). Y, por otro, que 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 PIDCP, lo que permite que en nuestro ordenamiento cumpla tal función en determinados supuestos el recurso de apelación; 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 (STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5).

Por tanto, de lo expuesto cabe concluir, en primer lugar, que el derecho fundamental al recurso contra sentencias penales condenatorias sólo alcanza a la necesidad de que se configure legalmente un recurso que posibilite una revisión íntegra de la condena y la pena y, en consecuencia, no es exigible constitucionalmente que dicho recurso implique la celebración de un nuevo juicio íntegro; y, en segundo lugar, que el legislador tiene libertad para establecer tanto cuál deba ser el Tribunal superior como el modo en que éste haga efectiva la revisión de la condena y la pena y, por tanto, el legislador tiene libertad de configurar el recurso bien como un nuevo juicio, bien como una revisión del fallo condenatorio y de la pena.

7. A partir de lo anterior, y entrando en la segunda consideración previa señalada de determinar a cuál de ambos modelos –repetición íntegra del juicio o revisión de la condena– responde la actual regulación del sistema de recursos contra sentencias penales condenatorias, debe ponerse de manifiesto que el ordenamiento jurídico procesal penal español mantiene en vigor un régimen dual respecto de la posibilidad de recurrir las sentencias condenatorias por delitos que no sean competencia del Tribunal del Jurado, diferenciando unos supuestos en que cabe recurso de apelación y otros en que lo procedente es el recurso de casación.

En efecto, a la espera de que, conforme a lo dispuesto en la disposición final segunda de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 26 de diciembre), se produzcan las modificaciones legislativas necesarias para hacer efectivo que la apelación sea el recurso procedente contra cualquier tipo de sentencias penales condenatorias, el sistema legal actual establece, por un lado, que contra las Sentencias pronunciadas por los Juzgados de lo Penal lo procedente es el recurso de apelación y, por otro, que contra las Sentencias pronunciadas en primera instancia por las Audiencias lo procedente es el recurso de casación, por lo que en estos concretos supuestos el recurso de casación cumple la función de garantizar el derecho constitucional a la revisión de la condena y la pena.

En este contexto legal dual, la determinación de si el actual sistema de recursos contra las sentencias penales responde al modelo de repetición íntegra del juicio o de mera revisión, no tiene por qué tener una respuesta necesariamente unívoca y común para ambos recursos ni, incluso dentro de cada uno de ellos, para circunstancias tan dispares como pueden ser que la impugnación se dirija contra una sentencia absolutoria o condenatoria, o que el fundamento de la impugnación aparezca referido a los hechos, la calificación jurídica o la eventual concurrencia de determinados defectos procedimentales; sino que, en cada caso, puede responder a un modelo diferente, con todas las implicaciones que ello supone, y que sólo cabe determinar a la vista de su concreta configuración legal.

Así, por lo que respecta a la apelación contra sentencias absolutorias en que el objeto de impugnación se refiera a cuestiones de hecho a partir de la apreciación de la prueba por el órgano judicial de primera instancia, el Pleno de este Tribunal en la reciente STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 11, ya ha señalado que en estas circunstancias el recurso de apelación penal «tal y como aparece configurado en nuestro Ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho» y que «[s]u carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*» (reiterado después, entre otras muchas, en las SSTC 10/2004 y 12/2004, de 9 de febrero, FFJJ 6 y 3, respectivamente), de lo que se ha concluido la necesidad de que el órgano judicial de apelación sólo pueda corregir la valoración y ponderación de pruebas personales respetando los principios de inmediación y contradicción a partir de su práctica a su presencia en la celebración de una vista oral.

Por el contrario, el recurso de casación penal, atendiendo a su configuración legal y, en todo caso, por lo que respecta al concreto motivo de casación por infracción de ley en la calificación jurídica del hecho, no puede afirmarse que responda al modelo de repetición íntegra del juicio, sino, más propiamente, a un modelo estricto de revisión de la legalidad de la resolución impugnada. Así, este Tribunal, ya desde antiguo, ha reconocido que el recurso de casación es un recurso de cognición restringida que cumple una función revisora (STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5); incidiendo en que está al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, aunque destacando, igualmente, que «al desenvolver esta función, protege también al justiciable, que contará, a su través, con la posibilidad

de someter el fallo en el que resultó condenado a un 'Tribunal superior'» (STC 69/1985, de 6 de mayo, FJ 2).

El hecho de que el recurso de casación penal en su función de garantizar el derecho a la revisión de la condena y la pena tenga una cognición limitada es lo que ha llevado al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a concluir en diversas comunicaciones que el sistema español de casación penal resulta insuficiente para colmar las exigencias derivadas del art. 14.5 PIDCP (Dictámenes de 20 de julio de 2000 –comunicación núm. 701-1996–; de 30 de julio y 7 de agosto de 2003 –comunicaciones núms. 986 y 1007-2001–; y 1 de noviembre de 2004 –comunicación núm. 1101-2004). Sin embargo, las objeciones planteadas por el Comité de Derechos Humanos se han vinculado exclusivamente con una eventual limitación de la revisión efectiva sobre los hechos. Este no es el caso del presente amparo, en el que lo que se está analizando es la función revisora referida únicamente a la calificación jurídica otorgada al hecho –no discutido– por la Sentencia de la Audiencia Provincial. Por tanto, los citados pronunciamientos del Comité no tienen relevancia sobre el supuesto que ahora se discute y sobre la conclusión de que la actual regulación de la casación penal en este concreto aspecto no responde al modelo de celebración íntegra de un nuevo juicio sino a un modelo estrictamente revisor. Por otra parte, además, este Tribunal ya ha admitido y reiterado la aptitud de la casación penal para cumplir las exigencias del derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, señalando que «existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso *Krombach c. Francia*, que declara conforme al art. 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa sólo la aplicación del Derecho)» (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2, entre otras).

Por tanto, el legislador, en virtud de su capacidad de configuración normativa, ha optado por hacer efectivo en determinados supuestos el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias a través del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, siguiendo un modelo estricto de revisión de la legalidad de la condena y la pena contenida en la sentencia impugnada y no de repetición íntegra del juicio.

8. Una vez desarrolladas las anteriores consideraciones debe entrarse directamente en el análisis de los posibles condicionantes de cómo se proyecta el deber de congruencia en la resolución de los recursos contra sentencias penales condenatorias, con especial referencia al recurso de casación, comenzando por señalar que la afirmación genérica, ya reiterada por este Tribunal, de que las exigencias del principio acusatorio, entre las que, lógica-

mente, cabría incluir la de congruencia entre acusación y fallo, son de aplicación en la segunda instancia (por todas, SSTC 28/2003, de 10 de febrero, FJ 4, ó 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2), no resulta en modo alguna contradictoria con la posibilidad de concluir que la aplicación de las garantías propias de este principio en la resolución de los recursos penales no puede ser mimética, sino condicionada. Y ello por dos razones principales: la primera porque adecuar las exigencias del principio acusatorio a la concreta configuración legal del recurso penal en cuestión que resulte procedente no supone anular la vigencia de dichas exigencias, sino adaptarlas, en atención a sus fundamentos constitucionales, a las funciones que en el marco del procedimiento penal en su conjunto pueda tener dicho recurso. Esta necesidad ha sido destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al señalar en la Sentencia de 27 de marzo de 1998, caso *KDB c. Países Bajos*, en relación con la aplicación en la segunda instancia de las reglas de un proceso equitativo recogidas en el Convenio europeo de derechos humanos, que «[l]a manera en que se aplique el art. 6 a los tribunales de apelación o casación depende de las características especiales de cada procedimiento, tomando en consideración la totalidad de la regulación procesal en el ordenamiento jurídico interno y el papel que en el mismo desempeña el Tribunal de casación» (§ 35).

La segunda razón es que la afirmación genérica sobre la aplicación de las exigencias propias del principio acusatorio a la segunda instancia, o que «es la impugnación de una Sentencia lo que opera la investidura del Juez superior, que determina la posibilidad de que éste desarrolle los poderes que tiene atribuidos, con la limitación determinada por la pretensión de las partes» (STC 40/1990, de 12 de marzo, FJ 1), se ha producido, principalmente, en relación con la proscripción constitucional de la reforma peyorativa. Esta prohibición, que si bien en algunos casos se ha incluido como una más de las garantías del principio acusatorio, aparece fundamentada tanto en la vulneración del derecho a conocer la acusación y la prohibición de la indefensión, como en la exigencia de separación entre la acusación y la función de enjuiciamiento imparcial inherente al principio acusatorio (entre otras, SSTC 40/1990, de 12 de marzo, FJ 1, ó 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3). Sin embargo, es una exigencia de aplicación no sólo en el ámbito penal, tanto al recurso de apelación como al de casación, sino que, además, rige también para cualquier tipo de recursos en cualquier orden jurisdiccional (en el orden civil, por todas, STC 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; y en el orden social, por todas, STC 196/2003, de 27 de octubre, FJ 5), ya que tiene un fundamento constitucional autónomo, en la interdicción de la indefensión que consagra el art. 24.1 CE, basado en que «de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio, en perjuicio del recurrente, la resolución impugnada por éste, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho constitucional a los recursos legalmente establecidos en la Ley» (por todas, STC 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3).

De ese modo, despejadas las posibles dudas sobre la necesidad de hacer una aplicación condicionada de las exigencias del principio acusatorio y el deber de congruencia en la resolución de los recursos penales, hay que poner de manifiesto que este Tribunal, partiendo de las bases ya señaladas de que la garantía constitucional del deber de congruencia entre acusación y fallo queda limitado a la concreta pretensión punitiva, ha reiterado que la existencia de una eventual exigencia constitucional de que el órgano judicial que ha de resolver el recurso quede vinculado por las concretas pretensiones de las partes deducidas en el recurso procedente, impidiendo con ello, en su caso, la desestimación del recurso y con ello el mantenimiento de la resolución recurrida, no puede ser ajena a una doble comprobación: por un lado,



debe comprobarse la naturaleza de la concreta pretensión que se deduce en dicho recurso; y, por otro, si con dicho pronunciamiento del órgano judicial, bien se ha impedido hacer efectivo el derecho de defensa o a debatir los elementos de la acusación, bien se ha propiciado una pérdida de su necesaria imparcialidad judicial por asumir funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas (STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5; y AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3, y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4, entre otras).

La comprobación, respecto de la naturaleza punitiva o no de las pretensiones a deducir en el recurso penal, que permitiera hacer una traslación directa de las exigencias del deber de congruencia entra acusación y fallo a dicho recurso, no resulta independiente de la decisión legislativa de configurarlo siguiendo un modelo revisor de la legalidad de la resolución impugnada o de repetición íntegra del juicio. Así, en un recurso penal que siga el modelo de repetición íntegra del juicio, la cuestión que se sustancia ante el órgano judicial *ad quem* es de nuevo el hecho imputado al recurrente y su calificación jurídica y no el pronunciamiento que sobre este particular realizó el órgano judicial de primera instancia. Esto es, lo que se ventila en un recurso de estas características es nuevamente la pretensión punitiva. Ello implica, no sólo que en ambas instancias el objeto de enjuiciamiento sea el mismo, sino que, además, en principio, tanto el órgano judicial *ad quem* como las partes procesales se colocan en la misma situación de enjuiciamiento y relación procesal, respectivamente, que tenían en la primera instancia, propiciando, por tanto, de un lado, que sean de aplicación en este recurso las mismas exigencias del principio acusatorio que en la primera y, especialmente, tanto la necesidad de mantenimiento de la pretensión punitiva como el deber de congruencia entre dicha pretensión y el fallo; y, de otro lado, y consecuentemente con lo anterior, que no resulta fundamentada la confirmación de la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que dicha resolución no es el objeto de enjuiciamiento en un recurso regido por el modelo de repetición íntegra del juicio.

Por el contrario, en un recurso penal que siga el modelo de estricta revisión de la legalidad de la resolución impugnada, como ya se ha argumentado que ocurre con el recurso de casación penal cuando lo impugnado sea la calificación jurídica del hecho enjuiciado, la cuestión que se suscita ante el órgano judicial *ad quem* no es ya directamente la totalidad de la delimitación fáctica y jurídica de los hechos imputados, sino la legalidad del modo en que se ha resuelto en la resolución impugnada la calificación jurídica del hecho. Dicho de otra manera, lo que se ventila en un recurso de estas características no es una pretensión punitiva, que ya fue objeto de resolución en la primera instancia, ni siquiera su mantenimiento, pues ya la pretensión punitiva se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria, sino una pretensión completamente diferente consistente en la revisión de la legalidad de dicha respuesta judicial (STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5; y AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3; y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4). Ello implica que tanto el objeto de enjuiciamiento como, lógicamente, la posición del órgano judicial y de las partes procesales en ambas instancias sea muy diferente, propiciando, tal como ya ha afirmado este Tribunal, de un lado, que no tengan que ser de aplicación de manera idéntica las exigencias del principio acusatorio y, especialmente, tanto que no resulta necesario en un recurso penal que responda al modelo estricto de revisión que las partes acusadoras reiteren y mantengan la pretensión punitiva como que no sea posible hacer una extrapolación directa de la exigencia del deber de congruencia entre la pretensión punitiva y el fallo en el recurso para concluir que en éste el deber de congruencia debe ser predicado entre las con-

cretas pretensiones revisoras de las partes deducidas en el recurso y el fallo. De otro lado, consecuentemente con lo anterior, en estos casos no podría descartarse la posibilidad de mantener la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que en el modelo de estricta revisión el objeto de enjuiciamiento en el recurso es precisamente la legalidad de la resolución recurrida (STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5; y AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3, y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4).

Por tanto, una vez excluida la posibilidad de que pueda fundamentarse una eventual interdicción constitucional para el Tribunal de casación de desestimar el recurso contra la resolución impugnada en contra de las expresas pretensiones de las partes personadas, derivada de una traslación directa de las exigencias del deber de congruencia entre acusación y fallo al recurso de casación, por responder éste a un modelo de estricta revisión de la condena y la pena, en que la pretensión que se sustancia no es punitiva sino revisora; la existencia de una eventual interdicción constitucional como la planteada por el recurrente en este amparo sólo podría hacerse depender de si, con dicha actuación, el Tribunal de casación ha impedido de algún modo hacer efectivo el derecho de defensa contradictoria, al no haber tenido conocimiento de los términos de la acusación, o ha comprometido su imparcialidad judicial al asumir funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas.

9. En los supuestos como el que plantea el presente amparo en el que el Tribunal de casación confirma la calificación jurídica dada al hecho imputado en una previa resolución judicial condenatoria, incluso contra la pretensión de cualquiera de las partes personadas, no cabe apreciar, sin embargo, que se prive a la defensa de la posibilidad efectiva de conocer dicha calificación jurídica, defendiéndose y debatiendo contradictoriamente la concurrencia de sus elementos típicos en la casación, ni que el Tribunal de casación asuma funciones acusatorias comprometiendo su imparcialidad judicial.

En efecto, el hecho mismo de que la pretensión articulada en la casación sea la revisión de la legalidad de la sentencia de instancia, máxime cuando se trata, como ocurre en el presente caso, de impugnar la calificación jurídica del hecho, es expresivo de que existe tanto un conocimiento efectivo de cuál es esa calificación cuya revisión se insta como, por imperativo del deber de motivación de las resoluciones judiciales, de las razones por las que se ha llegado a dicha calificación. Y, más allá de ello, de que también se posibilita con la articulación del recurso de casación el debatir y contradecir la legalidad de la resolución impugnada, incluyendo la labor de interpretación del tipo penal aplicado y de la subsunción en el mismo de la conducta enjuiciada.

Del mismo modo, tampoco cabe considerar que esta actuación implique un desconocimiento de la estructura contradictoria en el recurso de casación, ya que, insistiendo en que el objeto de dicho recurso es la revisión de la calificación jurídica contenida en la resolución impugnada y no una pretensión punitiva, ello propicia, como se ha señalado con anterioridad, que la relación entre las diversas partes intervinientes ante este nuevo objeto de pronunciamiento y, por tanto, la estructura contradictoria sea esencialmente diferente a cuando se enjuicia el ejercicio de una pretensión punitiva. Así, la estructura contradictoria en esta segunda instancia ya no es predicable de la relación entre quien ejerce una pretensión punitiva (acusación) y quien se defiende de ella (acusado) para que sea resuelta por un órgano judicial dentro de los límites en los que se establezca dicho debate; sino de la relación entre quien ejerce una pretensión de revisión de la legalidad de la resolución (recurrente) y los razonamientos de la resolución impugnada (resolución de primera instancia), para que sea resuelta por un órgano judicial

superior dentro de los límites en que se establezca dicho debate. Relación en la que no resulta necesaria para su perfección procesal la actuación de ninguna otra parte procesal interviniente en la primera instancia, si bien debe obligatoriamente posibilitarse –incluyendo al Ministerio Fiscal, pero no ya como acusador, sino como defensor de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124.1 CE)– para la defensa de los intereses que le hayan sido reconocidos en la resolución impugnada y en relación exclusivamente con los concretos razonamientos contenidos en dicha resolución de instancia que hayan sido recurridos.

Por tanto, no cabe sostener que la adhesión del Ministerio Fiscal a un concreto motivo de casación fundado en infracción de ley por indebida aplicación de una calificación jurídica impida la posibilidad de confirmación en ese concreto aspecto de la resolución impugnada por faltar la necesaria estructura contradictoria, una vez verificado que dicha estructura contradictoria se mantiene entre la posición del recurrente y la motivación de la resolución impugnada; y que la posición del Ministerio Fiscal, agotada, en tales supuestos, su función acusatoria, que ya ha sido objeto de pronunciamiento en la instancia, queda limitada en el recurso de casación penal a su genérica defensa de la legalidad y del interés público.

Tampoco cabe considerar que la actuación del órgano judicial de casación, confirmando la calificación jurídica del hecho imputado contenida en la resolución impugnada, incluso contra la pretensión de cualquiera de las partes personadas, comprometa su imparcialidad por asumir funciones acusatorias, ya que, incidiendo de nuevo en que el objeto de dicho recurso es la revisión de la calificación jurídica contenida en la resolución condenatoria impugnada y no una pretensión punitiva, ello propicia, como se ha señalado anteriormente, que la situación del órgano judicial frente a este nuevo objeto de pronunciamiento y, por tanto, los límites de la potestad del ejercicio de su función jurisdiccional sea esencialmente diferente a cuando se enjuicia el ejercicio de una pretensión punitiva. Así, la posición del órgano judicial de casación ya no es la de resolver sobre la existencia o no de los presupuestos necesarios para considerar incurso en responsabilidad penal al acusado, con la obligación de respetar los límites en que se ha planteado dicho debate entre las partes acusadoras y la defensa para no invadir funciones acusatorias; sino la de resolver sobre la existencia o no de los motivos para revisar la calificación jurídica de la resolución de primera instancia, con la obligación de respetar los límites en que se ha planteado dicho debate entre la parte recurrente y la resolución condenatoria impugnada, para no extender sus funciones revisoras a aspectos para los que no haya sido requerido por el recurrente en el concreto recurso interpuesto. Debate en el que el resto de partes procesales no recurrentes, incluyendo el Ministerio Fiscal, tendrán que tener la oportunidad de participar exponiendo su posición, de adhesión o impugnación, pero que, en ningún caso, puede ser vinculante para el Tribunal de casación ni, obviamente, es susceptible de modificar los términos del debate tal como quedaron delimitados por el recurrente.

Por tanto, en la casación penal y, en todo caso, cuando el concreto motivo de casación aparece referido a la calificación jurídica de un hecho, no existe, derivado de una supuesta asunción de funciones acusatorias constitucionalmente vedadas al órgano judicial de casación, impedimento constitucional alguno para confirmar la calificación jurídica contenida en la resolución impugnada, incluso aunque esa pretensión no sea sostenida por ninguna de las partes procesales, ya que el objeto de pronunciamiento en este recurso no es una pretensión punitiva sino, precisamente, la conformidad a derecho de dicha calificación, que es el elemento sobre el que la parte recurrente establece el debate contradictorio con la resolución

impugnada y, por tanto, sobre el que el Tribunal de casación debe pronunciarse, ejerciendo una potestad jurisdiccional que le es propia, conforme establece el art. 117.3 CE.

10. En el presente caso, como se ha expuesto más detalladamente en los antecedentes, el recurrente fue acusado por el Ministerio Fiscal en las calificaciones provisional y definitiva, entre otros delitos, por un homicidio doloso intentado, delito por el que fue condenado por la Audiencia Provincial en primera instancia. El recurrente interpuso recurso de casación contra dicha condena, entre otros motivos, por considerar que la calificación de los hechos realizada en la Sentencia de instancia resultaba errónea al haberse aplicado indebidamente el tipo penal de homicidio intentado y no el de lesiones imprudentes. A ese concreto motivo se adhirió el Ministerio Fiscal. A pesar de ello la Sentencia de casación desestimó el recurso, confirmando la condena por un delito de homicidio intentado.

En atención a estos antecedentes, y teniendo en cuenta lo señalado previamente, debe descartarse en el presente caso la existencia de la vulneración aducida por el recurrente y, por tanto, desestimar el amparo solicitado, toda vez que ha quedado acreditado, por un lado, que la actuación judicial tuvo lugar en el marco de un recurso de casación, cuya configuración legal responde a un modelo de estricta revisión de la condena y la pena, y en la resolución de un motivo de casación, en el que lo pretendido por el recurrente era la revisión de la calificación jurídica dada al hecho por la Sentencia impugnada; y, por otro, que el recurrente, para contradecir la condena por el delito de homicidio intentado contenida en la Sentencia impugnada, que era la concreta pretensión punitiva contenida en el escrito de calificación provisional y definitiva por la acusación, y que fue objeto de debate en la primera instancia, ha contado tanto con la posibilidad efectiva de conocer la calificación jurídica de la condena como con la de debatir contradictoriamente en la casación frente a las razones expuestas por la resolución impugnada para considerar concurrentes los elementos típicos del delito de homicidio intentado, por lo que, a pesar de la adhesión del Ministerio Fiscal a su motivo de casación de que se revisara la calificación jurídica del hecho para considerarlo como lesiones imprudentes, ninguna indefensión se le habría generado. Y, además, con la desestimación de ese concreto motivo de casación y la consecuente confirmación por parte del Tribunal de casación de la legalidad de la calificación jurídica del hecho como delito de homicidio intentado, en la medida en que ésta era el objeto de la revisión instada por el recurrente, y no una nueva pretensión punitiva sobrevenida consistente en que se calificara el hecho como lesiones imprudentes a derivar de la posición del Ministerio Fiscal de adherirse en la casación a este concreto motivo de impugnación, tampoco puede achacarse al órgano judicial que haya asumido funciones acusatorias que le estuvieran constitucionalmente vedadas.

#### 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 la demanda de amparo presentada por don Roger Lucien Dupuis.

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

Dada en Madrid, a doce de mayo de dos mil cinco.– María Emilia Casas Baamonde.–Guillermo Jiménez Sánchez.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Javier Delgado



Barrío.–Elisa Pérez Vera.–Roberto García-Calvo y Montiel.–Eugeni Gay Montalvo.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Tremps.–Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de 12 de mayo de 2005 dictada en el recurso de amparo avogado al Pleno núm. 5770-2000, al que se adhiere el Magistrado don Javier Delgado Barrio*

Con el respeto que siempre me merecen las Sentencias del Pleno creo oportuno en este caso formular Voto particular concurrente, que tiene que ver con la fundamentación, con parte de ella en realidad, y no con el fallo, que comparto sin reservas.

Pero en cuanto a la fundamentación me parece innecesariamente extensa y en exceso doctrinaria para la solución de un recurso, cuya desestimación, a mi juicio, se imponía de principio con la claridad de lo obvio. Mi preocupación, que explica la razón de este Voto, es que la lectura de la Sentencia más que esclarecer un problema, a mi juicio inexistente, pueda inducir a duda sobre la impecable constitucionalidad de un aspecto de nuestro sistema de recursos penales, y ello sobre la base de planteamientos teóricos sin base constitucional inequívoca.

La cuestión que se planteaba en el recurso es si la adhesión del Ministerio Fiscal al recurso de casación del condenado en la Sentencia de la Audiencia Provincial vedaba al Tribunal Supremo la posibilidad de desestimación del recurso, o si le vinculaba a admitir la petición concurrente por mor del principio acusatorio.

Sólo desconociendo, o al menos poniendo en duda, la función procesal del recurso, en relación con la desarrollada en la fase procesal culminada en la Sentencia recurrida, puede llegarse a reproducir en el recurso implícitamente los elementos en juego en la instancia, problematizando de ese modo (aunque a la postre la solución del problema en la Sentencia sea, a mi juicio, correcta) el alcance del principio acusatorio en la fase revisoria del proceso, en el recurso contra la Sentencia de instancia.

A mi juicio el exceso doctrinario de la Sentencia se manifiesta desde el fundamento jurídico primero, cuando se habla de «la configuración constitucional del principio acusatorio», lo que supone convertir en contenido de la Constitución lo que es simplemente la denominación doctrinal de un principio estructural de la ordenación del proceso penal, de importancia trascendental sin duda; pero en sí mismo propio de un plano de legalidad ordinaria, y no constitucional.

El que en el llamado principio acusatorio se manifiesten concretas exigencias derivadas de derechos establecidos en la Constitución (art. 24.2 CE: derecho a ser informado de la acusación, derecho a un proceso con todas las garantías, derecho al Juez imparcial –ex art. 10 CE, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 14.1 PIDCP– etc.), no justifica la sustitución conceptual del exacto contenido de la Constitución por el del concepto doctrinal (principio acusatorio), convirtiendo a partir de esa justificación «la configuración constitucional del principio acusatorio» en clave constitucional de la Sentencia y en la base de un consecuente compromiso argumental.

Personalmente me suscita una particular incomodidad intelectual el que en el lenguaje de nuestras Sentencias se razone, no directamente desde los contenidos incuestionables del texto de la Constitución, sino desde esquemas doctrinales propios de los distintos sectores del ordenamiento jurídico, lo que conduce en no pocas ocasiones a constitucionalizar tales esquemas doctrinales, ampliando así inconvenientemente el ámbito de la

constitucionalidad y el área funcional del Tribunal Constitucional.

En tal sentido «la cuestión concreta que plantea el presente amparo» (FJ 1) no debiera haberse referido a «si la configuración constitucional del principio acusatorio incluye. [etc]» (FJ 1), sino directamente a si alguno de los concretos derechos incluidos en el art. 24.2 CE en relación con los textos internacionales aplicables al proceso penal había sido vulnerado o no.

De que el problema a resolver se sitúe en «la configuración constitucional del principio acusatorio», o en la existencia o no de una vulneración de los concretos contenidos del art. 24.2 CE en el caso (entre los que no se incluye –tampoco en los textos constitucionales atendibles ex art. 10 CE– ninguna mención al «principio acusatorio»), se derivan dos enfoques de arranque absolutamente diversos.

A mi juicio, es el segundo el que debiera haberse seguido en la Sentencia, y no el primero. El hecho de haber optado por el primer enfoque es lo que de partida sitúa la Sentencia ante el compromiso de construir una doctrina, con un inocultable prurito de complitud, en vez de atenerse simplemente a la solución de un caso, que es, a mi juicio, lo propio de la jurisdicción, aunque ésta sea constitucional.

Pero aun situándonos en el plano doctrinal del enfoque inicial de la Sentencia enunciado en el FJ 1, es oportuno destacar cómo en él se mezclan, inconvenientemente, a mi juicio, dos consideraciones distintas, uniéndolas en una especie de *continuum* conceptual, que me resulta inadecuado.

En efecto, se plantean dos cuestiones distintas: a) «si la configuración constitucional del principio acusatorio incluye como una de sus garantías que en la casación penal el órgano judicial quede limitado en su pronunciamiento por los motivos y las pretensiones deducidas en dicho recurso»; b) «si resulta posible constitucionalmente al órgano judicial de casación desestimar el recurso contra la resolución condenatoria impugnada al margen de una concreta solicitud de mantenimiento de aquélla realizada por cualquiera de las partes procesales».

En el enunciado de dichas dos cuestiones parece ocultarse una inteligencia implícita, al menos en un plano de problematización, de que la vinculación a los motivos y pretensiones del recurso implica, para poder desestimar el recurso, la necesidad de que en él deba existir una concreta pretensión de mantenimiento de la Sentencia recurrida.

Pues bien, me parece que dichas dos cuestiones son sustancialmente diferentes, y que la solución de la primera, que me resulta obvia en nuestro ordenamiento jurídico, no tiene ninguna relación con el problema que se suscita en la segunda.

La vinculación, incuestionable, del órgano judicial en la casación a los «motivos» y «pretensiones concretas de las partes deducidas en dicho recurso», nada tiene que ver, a mi juicio, con que en todo caso dichas pretensiones y motivos deban ser estimados o no. Es obvio que la vinculación del Tribunal a unas pretensiones y motivos sólo supone la delimitación del ámbito de la *cognitio* del Tribunal y de su consecuente decisión; pero no el sentido estimatorio o desestimatorio de ésta. De ahí que, aun cuando en el recurso se desestimen peticiones coincidentes, y consecuentemente la Sentencia recurrida mantenga su valor, no se vulnera esa vinculación.

Cuando se suscita como problema si, para desestimar el recurso de casación contra una Sentencia condenatoria, es necesaria la existencia de una «concreta solicitud de mantenimiento de aquélla realizada por cualquiera de las partes procesales», lo que se está planteando es una cuestión muy diferente de la primera, en nada condicionada en su solución por la de ésta.

Considero que sólo puede plantearse tal cuestión como tal sobre la base de una desfiguración subyacente del sentido de lo que sea un recurso, sobre la base de una especie de deslizamiento intelectual, tal vez implícito, de que el recurso debiera ser una reproducción del proceso *a quo*, pues sólo sobre esa base es como pudiera, en su caso, entrar en juego una función del principio acusatorio similar a la que se despliega en la fase procesal culminada en la sentencia condenatoria.

Creo que no existe la más mínima base en nuestro ordenamiento procesal penal para equiparar las funciones del proceso en la fase conducente a la sentencia condenatoria y en la fase revisoria del recurso, ni existe tampoco la más mínima base para esa equiparación ni en nuestra Constitución, ni en los textos internacionales utilizables ex art. 10 CE como criterios interpretativos de los derechos establecidos en aquélla. Sólo discurrendo desde la clave conceptual teórica del «principio acusatorio», y no desde la de los textos legales, rectores del proceso, constitucionales e infraconstitucionales, pueden abrirse dudas que los textos legales no permiten.

Y es la gratuidad del planteamiento de las dudas desde la clave doctrinal inadecuadamente elegida, a mi juicio, la que me lleva al razonamiento crítico que expongo, aunque la solución de dichas dudas a lo largo de la extensa fundamentación de la Sentencia, me resulte a la postre compartible.

En suma, y concluyendo como empecé, creo que para la desestimación del recurso bastaban con los FFJJ 2, 9 y 10, y que eran innecesarios los demás, los cuales por su sola presencia pueden inducir en círculos jurídicos la opinión de una inseguridad acerca de la constitucionalidad del recurso de casación penal en un aspecto en que, a mi juicio, no se justifica la duda, por lo que su solo planteamiento hipotético me resulta imprudente.

En tal sentido emito mi Voto.

Madrid, a doce de mayo de dos mil cinco.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

*Voto concurrente que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo número 5770-2000*

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, por medio de este Voto concurrente expreso que, aunque estoy de acuerdo con el fallo, discrepo, sin embargo, por las razones que expuse en la deliberación y que ahora reitero, de algunas afirmaciones contenidas en la Sentencia.

En concreto, considero que determinados asertos reflejados en los fundamentos jurídicos de la referida resolución constituyen un exceso innecesario y pueden generar ciertos problemas cuando se pretenda su aplicación a otros casos distintos del actual.

En realidad, y como la propia Sentencia indica, la cuestión que se plantea en este asunto ya fue abordada y resuelta por este Tribunal. Primero, en relación con el recurso de apelación, en la STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5, y luego, más adelante, ya en supuestos de recurso de casación, en los AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3; 250/19004, de 19 de septiembre, FJ 2; y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4.

Precisamente en el último de los Autos precitados, indicábamos, con toda claridad, que «el principio acusatorio no puede entenderse vulnerado, como se sostiene en el recurso de amparo, por el hecho de que el Tribunal Supremo haya desestimado un motivo de casación del recurso interpuesto por el condenado, aunque se haya adherido al mismo el Ministerio Fiscal». Y seguíamos indicando que «de prevalecer el criterio contrario, sustentado por el actor de amparo, se desconocería el significado del recurso de casación, pues quedaría en manos del Ministe-

rio Fiscal y no en las de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la estimación o desestimación de los motivos de casación concernientes a la calificación de los hechos y a la subsunción de los mismos en el precepto penal que en la instancia se haya estimado aplicable y que, entonces sí, hayan sido objeto de acusación».

La conclusión indicada se alcanzaba tras razonar (con argumentos parcialmente transcritos en el FJ 2 de la Sentencia mayoritaria), que «es doctrina reiterada de este Tribunal que ha de garantizarse la acusación, contradicción y defensa no sólo en el juicio de primera instancia, sino también en la fase de recurso, donde igualmente ha de existir una acusación formulada contra una persona determinada, pues no hay posibilidad de condena sin acusación (SSTC 104/1986, 163/1986, 53/1987, 168/1990, 283/1993, 230/1997; ATC 327/1993). Ahora bien, como ya se dejó sentado en la STC 283/1993 y en el ATC 327/1993, cuando sólo el condenado es recurrente y el Ministerio Fiscal se adhiere a un motivo del recurso de casación, en el que se solicita la apreciación de la atenuación de la pena, 'el Juez, que evidentemente no podrá agravar la condena por falta de acusación, no puede quedar privado de la facultad de desestimar el recurso si la Sentencia, pese a lo alegado en segunda instancia, se ajusta a Derecho, porque evidentemente ello no excede de los términos del debate ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del Juez en favor de una parte, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación'».

En mi opinión, la anterior doctrina resolvía exacta y puntualmente todos y cada uno de los extremos sometidos ahora a nuestra consideración en este proceso de amparo y, por tanto, debíamos haber seguido este criterio una vez más. No era necesario, por ello, articular toda una teoría del principio acusatorio en el proceso penal que, aun llegando exactamente a la misma conclusión ya establecida en la doctrina, rigurosamente aplicable al caso, generara, sin duda confusión.

En este primer sentido, mi discrepancia es de índole formal, y ligada a una debida autolimitación en nuestra función. En términos generales, creo que no debe el Tribunal comprometerse con pronunciamientos o afirmaciones innecesarias, más allá de donde sea imprescindible en función de las exigencias del supuesto sometido a nuestra consideración. Y creo que en este caso desbordamos de modo innecesario ese límite cuando, en los fundamentos 3 a 9, se realiza el denominado análisis sistemático sobre el alcance constitucional del principio acusatorio, la delimitación y concreción del deber de congruencia entre acusación y fallo, y sobre los posibles condicionantes de cómo se proyecta el deber de congruencia en el recurso de casación. Este largo exordio doctrinal, lo estimo, sencillamente, innecesario.

De otro lado, los extensos fundamentos jurídicos a lo largo de los cuales la Sentencia realiza este análisis, y con cuya mayor parte estoy de acuerdo, incluyen, sin embargo, algunas afirmaciones que, como se ha indicado, pueden plantear problemas al ser aplicadas a casos distintos del ahora enjuiciado, contribuyendo a enturbiar la doctrina clara y precisa contenida en las resoluciones de este Tribunal anteriormente indicadas, y que la propia Sentencia consigna en su fundamento jurídico segundo.

Así, la referencia contenida en dicho fundamento jurídico, en su último párrafo, a que la doctrina que hemos establecido hasta la fecha aporta un tratamiento unitario para el recurso de apelación y el de casación penal, vinculado a que en el fundamento jurídico noveno se circunscriba la conclusión que se alcanza al «recurso de casación penal y, en todo caso, cuando el concreto motivo de casación aparece referido a la calificación jurídica de un hecho», no puede permitir extraer la consecuencia de que la misma conclusión pueda resultar dudosa en los restantes supuestos de recurso de casación o de recurso de

apelación, en la actual regulación procesal de los mismos.

En segundo lugar, el fundamento jurídico séptimo indica que la determinación de si el actual sistema de recursos contra las sentencias penales responde al modelo de repetición íntegra del juicio o de mera revisión no tiene una respuesta necesariamente unívoca y común para ambos recursos. Se hace referencia a los supuestos de apelación contra sentencias absolutorias en que el objeto de impugnación se refiera a cuestiones de hecho a partir de la apreciación de la prueba por el órgano judicial de primera instancia, aparentemente como ejemplo del modelo de repetición íntegra del juicio, para luego indicar que «por el contrario, el recurso de casación penal, atendiendo a su configuración legal, no puede afirmarse que responda al modelo de repetición íntegra del juicio, sino, más propiamente, a un modelo estricto de revisión de la legalidad de la resolución impugnada». Sin embargo, creo que la doctrina que hemos establecido a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, exige que el órgano judicial sólo pueda corregir la valoración de pruebas personales respetando los principios de inmediación y contradicción a partir de su práctica a su presencia en juicio oral. Ello no permite entender que esta clase de recursos de apelación haga precisa la íntegra repetición del juicio ni, por tanto, que estos casos se incluyan abiertamente, como parece desprenderse del razonamiento mayoritariamente aceptado en este modelo.

En tercer lugar, se indica terminantemente en el fundamento jurídico noveno que la posición del Fiscal, agotada su función acusatoria, que ha sido objeto de pronunciamiento en la primera instancia, queda limitada en el recurso de casación penal a su genérica defensa de la legalidad y del interés público. Esto puede ser cierto en este caso, en que se ha producido una sentencia condenatoria y en que el Ministerio público no es recurrente (se limitó a adherirse al recurso de casación del condenado), pero no, con carácter general, en otros supuestos.

En cuarto lugar, por último, se sostiene en el mismo fundamento jurídico que la posición del órgano judicial de casación no es la resolver sobre la existencia o no de los presupuestos necesarios para considerar incurso en responsabilidad penal al acusado, sino la de revisar o no la calificación jurídica de la resolución de primera instancia, con la obligación de respetar los límites en que se ha planteado el debate entre la parte recurrente y la resolución condenatoria impugnada, para no extender sus funciones revisoras a aspectos para los que no haya sido requerido por el recurrente en el concreto recurso interpuesto. Ello también resulta acertado en este caso, pero no lo es en los términos absolutos en que se formula tal declaración porque pueden producirse otros en que, como consecuencia de esta revisión de la calificación jurídica (y como parte de tal revisión), el Tribunal Supremo se vea obligado, previo dictado de Sentencia casando la de instancia, a dictar una segunda resolución resolviendo sobre la existencia o no de los presupuestos necesarios para considerar incurso en responsabilidad penal al acusado, siempre dentro los límites en que se ha planteado el debate entre las partes acusadoras y la defensa en la primera instancia.

En definitiva y por las anteriores razones, creo que la Sentencia mayoritariamente votada debería haberse limi-

tado a reproducir sintéticamente y aplicar nuestra doctrina tradicional sobre la cuestión enjuiciada en este caso –fijada en las resoluciones que antes han sido citadas–, para alcanzar, de este modo, de forma sencilla y directa, y sin aditamentos expositivos innecesarios que, según mi modesto entender y por su contundencia generalizante, pueden propiciar confusión, el mismo fallo desestimatorio resultante.

Madrid, a doce de mayo de dos mil cinco.–Roberto García-Calvo y Montiel.–Firmado y rubricado.

*Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez sobre la Sentencia del Pleno de 12 de mayo de 2005, dictada en el recurso de amparo abogado al Pleno núm. 5770-2000 contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2000*

1. En uso de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC creo pertinente exteriorizar, con pleno respeto a la posición de mis colegas del Pleno, mi opinión discrepante con algunos razonamientos de la Sentencia mayoritaria.

2. Estoy totalmente de acuerdo con el fallo que desestima el recurso, y también con los razonamientos que conducen a él en forma directa y como auténtica *ratio decidendi*.

3. Mi discrepancia, que expresé en las deliberaciones en Sala y en el Pleno del Tribunal, afectan a los razonamientos restantes. En realidad deben considerarse expresados *ob iter*, a efectos de nuestra doctrina futura, por lo que los razonamientos de este Voto no merecen gran extensión. No comparto la consideración, que se repite insistentemente, de que en los recursos de apelación o de casación se puedan dar situaciones en las que «el órgano de enjuiciamiento» pueda comprometer «su imparcialidad, asumiendo funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas» (así, por ejemplo, en el fundamento jurídico 5 *in fine* o en el fundamento jurídico 8 *in fine* o en el fundamento jurídico 9 primer párrafo e *in fine* de la Sentencia). No se me alcanza, en abstracto, ningún caso concreto en el que esa situación pudiera darse y la Sentencia tampoco lo sugiere con claridad. No comparto la distinción entre la casación en la que se impugna la calificación jurídica del hecho enjuiciado (que se repite en los fundamentos jurídicos 8 a 10) y otros supuestos. La configuración que en nuestra dogmática procesal tiene el recurso de apelación y, desde luego, el recurso de casación penal me impide aceptar que un Tribunal de casación no pueda declarar que no da lugar al recurso –y por ello deja incólume la Sentencia recurrida, cosa bien distinta de confirmarla– por el simple hecho de que el Ministerio Fiscal se adhiera a los motivos de casación del recurrente. En realidad mi posición se sintetiza, con meridiana claridad, en el primer párrafo del FJ 2 de la Sentencia mayoritaria, que expone nuestra doctrina tradicional al respecto. A ella me atenderé en el futuro y por ello formulo este Voto concurrente.

Madrid, a doce de mayo de dos mil cinco.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Firmado y rubricado.