

Sección del Tribunal Constitucional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12359 *Sala Segunda. Sentencia 189/2016, de 14 de noviembre de 2016. Recurso de amparo 2443-2015. Promovido por don Ignacio Berenguer Sánchez y don Ángel Berenguer Sánchez, en relación con la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que declaró la nulidad, con retroacción de actuaciones, de una Sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Madrid. Alegada vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia: inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de los medios de impugnación utilizables.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2443-2015, promovido por don Ignacio Berenguer Sánchez y don Ángel Berenguer Sánchez, representados por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Melchor de Oruña y asistidos por el Abogado don Óscar Enrique Gilsanz Martín, contra la Sentencia de 17 de marzo de 2015 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 1159-2014, que declaró la nulidad de la Sentencia de 11 de abril de 2014 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa rollo de Sala núm.16-2012, correspondiente al procedimiento sumario núm. 1-2011 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Navalcarnero seguido por delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha comparecido la Procuradora de los Tribunales doña Elisa Zabía de la Mata, en nombre y representación de don Álvaro Abad Portillo, y el Procurador don Juan Torrecilla Jiménez, en nombre y representación de don José Luis Cardeña Pérez y don Mario Cardeña Pérez. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 28 de abril de 2015, el Procurador de los Tribunales don Ignacio Melchor de Oruña, actuando en nombre y representación de don Ignacio Berenguer Sánchez y don Ángel Berenguer Sánchez, presentó recurso de amparo constitucional contra la Sentencia de 17 de marzo de 2015 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 1159-2014, que declaró la nulidad de la Sentencia de 11 de abril de 2014 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa rollo de Sala núm. 16-2012, correspondiente al procedimiento sumario núm. 1-2011 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Navalcarnero seguido por delito contra la salud pública, acordando la retroacción de las actuaciones «a la fase de deliberación subsiguiente a la celebración del juicio, para que, por los mismos magistrados que la dictaron, se delibere y redacte una nueva sentencia, partiendo de la regularidad de la cadena de custodia y validez de los informes periciales analíticos emitidos, sobre las distintas sustancias incautadas».

2. Los hechos de los que trae causa la demanda son, en síntesis, los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Navalcarnero incoó procedimiento sumario núm. 1-2011. En dicha causa la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, tras celebrar juicio oral y público, dictó Sentencia el 11 de abril de 2014, que contenía el siguiente fallo: «Que debemos Absolver y Absolvemos a Sergio Cazorla González, Álvaro Abad Portillo e Ignacio Berenguer Sánchez como responsables en concepto de autor de un delito contra la salud pública del artículo 368, párrafo primero y parágrafo primero, del Código Penal en relación con su artículo 369.5 y de que venían acusados; declarando de oficio las costas causadas de su respecto. Que debemos de absolver y absolvemos a Mario Cardeña Pérez, José Luis Cardeña Pérez y Ángel Berenguer Sánchez del delito del artículo 368, párrafo primero y parágrafo primero, del Código Penal y declarando de oficio las costas de su respecto».

b) La *ratio decidendi* de la absolución radicó en la valoración que hizo el órgano judicial sobre la cadena de custodia de las sustancias incautadas a los acusados. Razona la Sala de la Audiencia Provincial de Madrid que el formulario empleado no se ajustó al que procede y que la sustancia intervenida permaneció en dependencias policiales, al parecer, sin estar convenientemente individualizada e identificada a la espera de ser remitida al organismo correspondiente, lo que impediría afirmar con las debidas garantías y la certidumbre precisa que lo en su día aprehendido coincidiera con lo depositado y analizado. Por ello, tras apreciar la ruptura de la cadena de custodia, resuelve la Sentencia la ausencia de prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados y procede, así, a su absolución, en los términos más atrás transcritos.

c) Notificada la resolución a las partes, se preparó por el Ministerio Fiscal recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional (derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, art. 24 CE).

La Sentencia recurrida en amparo, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el día 17 de marzo de 2015, estimó el recurso y declaró «la nulidad de la sentencia de instancia, retro trayéndose las actuaciones a la fase de deliberación subsiguiente a la celebración del juicio, para que, por los mismos magistrados que la dictaron, se delibere y redacte una nueva sentencia, partiendo de la regularidad de la cadena de custodia y validez de los informes periciales analíticos emitidos, sobre las distintas sustancia incautadas». Fundaba su decisión en los datos obrantes en las actuaciones y en la no concurrencia de ningún suceso o de circunstancia alguna que permitiese siquiera sospechar que la sustancia incautada no fuera la misma que posteriormente se trasladó al laboratorio para su análisis, sin que la incorrecta cumplimentación de los formularios y atestados por los citados funcionarios —decía la Sala— pudiera sustentar la duda de que la sustancia hubiese sido de algún modo manipulada hasta su llegada al laboratorio, y sin que cupiera tampoco establecer una presunción, como se derivaría de la sentencia de instancia, de que las actuaciones policiales y judiciales en la custodia de la sustancia intervenida fueran ilegítimas o irregulares.

3. A juicio de los recurrentes en amparo se ha vulnerado el art. 24 CE, en cuanto a los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio de inmediación y el carácter público del proceso. Aducen irregularidades determinantes y de entidad en la cadena de custodia, toda vez que, como dijera la Sentencia de instancia, no queda acreditado inequívocamente que la sustancia enviada al laboratorio oficial fuera la incautada. Así lo declaró la Sentencia casada, con oralidad e inmediación judicial en la práctica de la prueba; con un conocimiento, por tanto, más completo y directo que el adquirido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sin la referida inmediación. Por lo demás, se añade, no hubo ratificación del atestado policial por los agentes en el plenario, de suerte que su contenido no debió ser tenido en cuenta de manera genérica e íntegra, pese a lo cual lo hizo el Tribunal Supremo, existiendo asimismo defectos de forma en la cumplimentación de los formularios.

Mediante otrosí, la demanda de amparo solicitaba la suspensión cautelar del procedimiento seguido en la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Madrid.

4. En virtud de providencia de la Sección Cuarta de la Sala Segunda de este Tribunal, de 30 de noviembre de 2015, se acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)]», así como, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes y que, por el último órgano judicial citado, se emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a los demandantes en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional. Asimismo, acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión.

5. Por providencia de la misma fecha, la Sala segunda abrió la pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión, concediéndose un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones sobre el particular, conforme a lo previsto en el art. 56 LOTC. Por Auto de 18 de enero de 2016 se denegó la suspensión solicitada.

6. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 8 de febrero de 2016, la Procuradora doña Elisa Zabía de la Mata solicitó que se le tuviera por personada en nombre y representación de don Álvaro Abad Portillo. Hizo lo propio, por escrito de 11 de febrero de 2016, el Procurador don Juan Torrecilla Jiménez, en nombre y representación de don José Luis Cardeña Pérez y don Mario Cardeña Pérez.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, de 19 de febrero de 2016, se tuvieron por recibidos los anteriores escritos de la Procuradora doña Elisa Zabía de la Mata y del Procurador don Juan Torrecilla Jiménez, a quienes se tuvo por personados y parte en la representación que ostentan. Se acordó, asimismo, abrir el plazo común de 20 días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, de conformidad con el art. 52.1 LOTC, para que pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

8. La representación procesal de los demandantes de amparo se ratificó en el contenido de su demanda, según consta en escrito de 8 de marzo de 2016, destacando particularmente en este trámite que se produjo una indebida valoración de la prueba por parte del Tribunal Supremo, lesiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse revocado la absolución inicial a partir de una nueva valoración de pruebas personales realizada sin las garantías de inmediatez y contradicción que sí tuvo la Audiencia Provincial de Madrid y que este Tribunal ha exigido para las condenas en segunda instancia.

9. Evacuó el trámite la Procuradora doña Elisa Zabía de la Mata por escrito registrado el día 8 de marzo de 2016, que coincide en términos enteramente literales con el de alegaciones de los recurrentes en amparo, solicitando la extensión de los efectos de la Sentencia a su representado, don Álvaro Abad Portillo.

10. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones con fecha 13 de abril de 2016. A su juicio el recurso debería ser inadmitido, al amparo del art. 44 1 a) LOTC, por no haberse agotado la vía judicial previa.

Señala que, conforme a la doctrina de este Tribunal, la regla general es la recurribilidad de la sentencia que cierra el proceso judicial, resultando en este caso que en el momento de presentación de la demanda de amparo aquél permanecía abierto y en curso. Admite,

sin embargo, que sería dudosa la aplicación de ese criterio de prematuridad del amparo al presente recurso porque «es difícil imaginar que, a quien hipotéticamente resultara condenado en esa segunda sentencia, le cupiera la posibilidad de alegar esta vulneración ya que el Tribunal Supremo la rechazaría de plano, sin entrar en su análisis pues sobre ella ya se ha pronunciado en la sentencia objeto del recurso de amparo, y no olvidemos que la nulidad que acuerda sólo lo es desde el momento de deliberar la sentencia, no cabe pues que se aumente el acervo probatorio, con nuevas pruebas que le permitieran revisar su propia decisión en relación con la validez de la cadena de custodia y las pruebas derivadas de la misma».

No le cabe duda alguna, por el contrario, de la concurrencia de otra objeción fundada en el art. 44.1 a) LOTC: la derivada de la no formalización del remedio procesal del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contra la resolución recurrida. A su juicio, la Sentencia que se impugna cumplía el requisito de ser inatacable en vía de recurso, ya que lo que la misma acuerda no es ni la culpabilidad ni la inocencia de los procesados sino la nulidad de una parte del procedimiento (desde la Sentencia absolutoria dictada) y la retroacción de las actuaciones para una nueva resolución que acogiera lo declarado sobre la validez de la prueba. Una decisión, por tanto, que no era susceptible de nuevos pronunciamientos. En consecuencia, como los recurrentes denuncian que no se cumplió la garantía de inmediación por el Tribunal Supremo, alegación que no pudieron formular con anterioridad al dictado de la Sentencia recurrida, deberían haber dado al órgano judicial la oportunidad de restaurar por sí la constitucionalidad cuestionada a través del cauce del incidente de nulidad de actuaciones.

Solicita por ello la inadmisión del recurso, razonando no obstante, para el caso de que el Tribunal entrara en el fondo del asunto, que no concurren tampoco las lesiones aducidas.

11. No formuló alegaciones el Procurador don Juan Torrecilla Jiménez, personado en nombre y representación de don José Luis Cardeña Pérez y don Mario Cardeña Pérez, según se hace constar en diligencia de la Secretaria de Justicia de la Sala segunda, de 14 de abril de 2016.

12. A instancia de este Tribunal, el Tribunal Supremo remitió la Sentencia de la Sala de lo Penal, núm. 490/2016, 7 de junio de 2016, que cierra el proceso confirmando la previamente dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa rollo de Sala núm. 16-2012, de 29 de septiembre de 2015, que condena a los recurrentes en amparo.

La Sección Cuarta de la Sala Segunda de este Tribunal, por providencia de 28 de junio de 2016, dio trámite de alegaciones sobre la documentación recibida del Alto Tribunal a las partes personadas y al Ministerio Fiscal. Todas ellos destacaron que las citadas resoluciones no son objeto del presente recurso de amparo.

13. Por providencia de 10 de noviembre de 2016 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Los recurrentes en amparo consideran que vulnera el art. 24 CE, en cuanto a los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio de inmediación y el carácter público del proceso, la Sentencia de 17 de marzo de 2015 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 1159-2014, que declaró la nulidad de la Sentencia de 11 de abril de 2014 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa rollo de Sala núm. 16-2012, correspondiente al procedimiento sumario núm. 1-2011 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Navalcarnero seguido por delito contra la salud pública, acordando la retroacción de las actuaciones a la fase de deliberación subsiguiente a la celebración del juicio para que, por los mismos Magistrados que la dictaron, se delibere y redacte una nueva Sentencia partiendo de la regularidad de la cadena de custodia y validez de los informes periciales

analíticos emitidos sobre las distintas sustancias incautadas, según ha sido descrito en los antecedentes. Aducen irregularidades determinantes y de entidad en la cadena de custodia, no apreciadas por el Tribunal Supremo pese las relevantes dudas existentes sobre ella, como dijera el órgano judicial de instancia, y asimismo que el Alto Tribunal revocó la absolución a partir de una nueva valoración de pruebas personales sin las garantías de inmediación y contradicción que la doctrina constitucional ha exigido para las condenas en segunda instancia.

Iguales conclusiones alcanza la representación procesal de don Álvaro Abad Portillo, personado en este proceso constitucional, solicitando la extensión de los efectos de la Sentencia. El Ministerio Fiscal interesa, por su parte, la inadmisión del recurso de amparo, en virtud de lo dispuesto en el art. 44 1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), por no haberse agotado la vía judicial previa, defendiendo, subsidiariamente, que no se han causado tampoco las vulneraciones denunciadas.

2. Aunque ninguna de las partes comparecidas ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de conformidad con el art. 50.1 b) de nuestra Ley Orgánica reguladora y, por consiguiente, de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas), exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, caso *Arribas Antón c. España*, § 46) obligan a explicitar el cumplimiento del mismo para hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal.

La demanda de amparo ha sido admitida a trámite por apreciar que concurre una especial trascendencia constitucional, toda vez que el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2, b)], en concreto en lo relativo al orden de tratamiento y a la relación existente entre distintos óbices de procedibilidad del amparo, como se razonará en la argumentación que sigue.

3. Si es de ese modo con carácter general, con mayor razón y en función de dicha especial trascendencia constitucional nuestro examen ha de comenzar por las objeciones de admisibilidad, ya que, de concurrir, sin necesidad de ulterior análisis y sin que a ello se oponga que el procedimiento haya alcanzado el trámite de Sentencia, procedería declarar la inadmisión de la demanda de amparo (por todas, recientemente, STC 94/2016, de 9 de mayo, FJ 2, y las allí citadas).

El Ministerio Fiscal, propiamente, enuncia una única objeción procesal, la relativa a la falta de agotamiento de la vía judicial previa por no formalización de un incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Y no cabe sino declarar la concurrencia de dicho óbice procesal. Tal como se ha expuesto en los antecedentes, los recurrentes entienden que en la Sentencia impugnada el Tribunal Supremo incurrió en una indebida valoración de la prueba, lesiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), entre otros motivos que no es preciso reiterar porque revocó la absolución a partir de una nueva valoración de pruebas personales sin las garantías de inmediación y contradicción que este Tribunal ha exigido para las condenas en segunda instancia. Al Alto Tribunal y solo a su resolución se les imputan las lesiones denunciadas, que, precisamente por su naturaleza (garantías en ese grado jurisdiccional y valoración probatoria por ese órgano judicial), no fueron objeto de la Sentencia de instancia de la Audiencia Provincial de Madrid.

Dado que la resolución impugnada en amparo no era susceptible de recurso alguno, los demandantes deberían haber interpuesto frente a la misma un incidente de nulidad de actuaciones para agotar debidamente la vía judicial previa antes de acudir en amparo ante este Tribunal. El incidente de nulidad era claramente ejercitable ex art. 241.1 LOPJ «sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente» (por todas, recientemente, STC 131/2016, de 18 de julio, FJ 2), por lo que debió formalizarse como único medio para poner en conocimiento de la jurisdicción ordinaria las pretendidas lesiones y posibilitar, en su caso, su reparación. De prosperar la denuncia con la interposición de ese remedio procesal, las vulneraciones hubiesen

resultado paliadas, eventualmente además con la confirmación de la inicial Sentencia de 11 de abril de 2014 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa rollo de Sala núm. 16-2012, obteniendo la absolución que los recurrentes procuraban en el proceso penal.

Por consiguiente, no se dio el debido cumplimiento al requisito del agotamiento de la vía judicial establecido en el art. 44.1 a) LOTC, razón que conduce a la apreciación de dicho óbice y a la inadmisión del recurso de amparo.

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 el recurso de amparo.

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

Dada en Madrid, a catorce de noviembre de dos mil dieciséis.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.