

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

3253 *Sala Segunda. Sentencia 22/2017, de 13 de febrero de 2017. Recurso de amparo 5046-2015. Promovido por don Silvestre Cano Valero respecto de las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de lo Penal de Almería, que lo condenaron por un delito de apropiación indebida. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: Sentencia de apelación que se aparta de una doctrina reiterada y conocida del Tribunal Constitucional (STC 63/2005).*

ECLI:ES:TC:2017:22

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, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5046-2015, promovido por don Silvestre Cano Valero, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Dolores Arcos Gómez, y asistido por el Letrado don Juan Hernández Rodríguez, contra el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería de 24 de julio de 2015, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones formulado frente a la Sentencia de 29 de abril de 2015, recaída en el rollo de apelación núm. 188-2015, y contra la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Almería en fecha 18 de diciembre de 2013, en los autos de juicio oral núm. 319-2014. Ha sido parte don Enrique Romero Álvarez, representado por el Procurador de los Tribunales don Antonio Piña Rodríguez y asistido por la Letrada doña María Olga Palacios Altares, y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 11 de septiembre de 2015, la Procuradora de los Tribunales doña María Dolores Arcos Gómez, en nombre y representación de don Silvestre Cano Valero, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, en esencia, los siguientes:

a) En los autos de juicio oral seguidos ante el Juzgado de lo Penal núm. de 5 Almería con el número núm. 319-2014, procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Vera (Almería), diligencias previas 1311-2009, el Ministerio Fiscal y el querellante don Enrique Romero Álvarez ejercieron la acusación contra don Silvestre Cano Valero como autor de un delito de apropiación indebida de los artículos 252 y 249 del Código Penal (CP), interesando, asimismo, considerar como responsable civil subsidiaria a la entidad Procava Antas, S.L.

b) Con fecha 18 de diciembre de 2013, el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Almería dictó la Sentencia núm. 635/2013 en la que rechazó la alegación de prescripción y condenó

a don Silvestre Cano Valero como autor responsable de un delito de apropiación indebida, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de trece mil quinientos euros en concepto de responsabilidad civil. Del importe de dicha responsabilidad civil se declaraba responsable civil subsidiaria a la mercantil Procava Antas, S.L. El relato de hechos probados describe cómo el recurrente, en calidad de administrador solidario de una promotora inmobiliaria, suscribió el 20 de noviembre de 2006 un contrato de reserva de compraventa sobre una vivienda integrada en una promoción que la mercantil mencionada se comprometió a construir, pactándose el aplazamiento del pago del precio de la vivienda, pagando la otra parte a la mercantil del recurrente el 24 de noviembre de 2006 la cantidad de 9.000 €, ascendiente al doble del importe de la reserva pactada. El 20 de octubre de 2007, ambas partes suscribieron el contrato de compraventa de la vivienda descrita y el 31 de octubre de 2007 el comprador abonó a la mercantil del demandante, en cumplimiento de lo estipulado en el contrato, la cantidad de 4.500 €, dinero que no fue depositado, ni garantizado por la citada sociedad. Pasado el tiempo, la promoción no se llevó a efecto y, a pesar de ello, actuando el acusado guiado por el ánimo de incorporar definitivamente a su patrimonio los fondos recibidos, sabiendo que la promoción no se iba a realizar y teniendo conocimiento del requerimiento realizado por el comprador el 31 de marzo de 2009 para la devolución del dinero recibido en tal concepto, retuvo para sí tal dinero, sin que se demostrase su uso para la ejecución de tal promoción ni su devolución al querellante.

c) Contra la anterior Sentencia el condenado interpuso recurso de apelación. Concretamente, se alegó la prescripción del delito; la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que la letrada que intervino en el juicio por la acusación particular fue la misma que había asistido al imputado en su declaración en fase de instrucción. Se denunció, por fin, vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de acreditación de los elementos del tipo del delito de apropiación indebida.

d) Con fecha 29 de abril de 2015 la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería dictó Sentencia, en la que desestimó el recurso de apelación. El órgano judicial de apelación rechazó la prescripción del delito, por entender que, si bien el *dies a quo* debió fijarse en el momento de la entrega del dinero, lo que sucedió el 31 de octubre de 2007, y no en el momento en que se requiere la devolución, el 31 de marzo de 2009, como hizo la Sentencia de instancia, la aplicación del art. 132.2 CP entonces vigente suponía que el plazo de prescripción quedase interrumpido cuando se presentó la querrela, lo que aquí sucedió el 15 de mayo de 2009, esto es, antes de que transcurrieran los tres años que el art. 131.1 CP entonces vigente exigía para la prescripción de los delitos menos graves. La Audiencia descartó la aplicación del art. 132.2 CP vigente en el momento de enjuiciar los hechos (redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, donde no basta la mera presentación de la querrela o denuncia), por no estar vigente en el momento de presentación de la querrela. Asimismo, también rechazó la doctrina sobre la prescripción emanada del Tribunal Constitucional a partir de la STC 63/2005 de 14 de marzo. Para ello se apoyó en la decisión del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2009 (*rectius*: 2006) de «mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005». Afirma que por ello resulta «irrelevante que el imputado no fuese llamado a declarar hasta el 8 de junio de 2011» (fundamento de Derecho segundo *in fine*). De este modo, la Sala consideró suficiente la presentación de la querrela dentro del plazo de prescripción del delito para interrumpir ésta, sin exigir un posterior acto de interposición judicial dictado dentro de aquel periodo.

Por lo que concierne al resto de alegaciones del apelante, la denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y la petición de nulidad del juicio por cuanto la letrada que intervino en él por la acusación particular fue la misma que había asistido al imputado en su declaración en fase de instrucción, opone la Sala de apelación dos argumentos. Por una parte, que el apelante no denunció la pretendida infracción cuando tuvo ocasión de hacerlo, es decir, en el mismo acto del juicio oral, en contra de lo dispuesto

en el art. 790.2 *in fine* de la Ley de enjuiciamiento criminal. Por otra, que el apelante no concretó en qué medida ni por qué específica razón la expresada circunstancia le provocó indefensión (art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ). Por último, se rechaza la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues la Audiencia estimó probados todos los elementos del tipo y, muy señaladamente, la distracción de las cantidades que cuestionaba el apelante.

e) El ahora demandante de amparo promovió incidente de nulidad de actuaciones frente a la anterior Sentencia de la Audiencia Provincial, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que atribuyó a la denegación de la prescripción con base en una interpretación del art. 132.2 CP contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que se habría apartado expresamente. Por Auto de la Audiencia Provincial de 24 de julio de 2015 se desestimó el incidente con el siguiente argumento: «la resolución adoptada, lejos de quebrantar derechos y/o garantías constitucionales, las protege, eso sí, desde la perspectiva del perjudicado, que no es de inferior condición, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo en materia de interrupción de la prescripción. La doctrina del Tribunal Constitucional que el promotor del incidente invoca ya fue tomada en consideración por la Sala, aclarando, no obstante, que, dado que la reforma del Código Penal por la misma provocada entró en vigor con posterioridad a los hechos enjuiciados, no resulta aplicable al caso».

3. Se alega en la demanda de amparo, en primer lugar, que el recurso tiene especial trascendencia constitucional porque la Audiencia se apartó conscientemente de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prescripción de las infracciones penales tal y como se desprende de las SSTC 63/2005 y 29/2008, lo que integraría el supuesto designado con la letra f) en la STC 155/2009, esto es, la «negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal».

En cuanto a los motivos de fondo, se plantea la existencia de tres lesiones de derechos fundamentales que, de forma extractada, son las siguientes:

El primero, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Plantea aquí el recurrente la inaplicación de la doctrina constitucional sobre la interrupción de la prescripción de los delitos inaugurada en la muy conocida STC 63/2005, posteriormente confirmada, entre otras, en las SSTC 29/2008, 195/2009 o 206/2009.

El segundo, la vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 CE). El actor alega, como ya ha sido expuesto en relación con el recurso de apelación, que la Letrada que intervino en el procedimiento por la acusación particular fue la misma que había asistido a aquí demandante en su declaración en fase de instrucción, de forma general que fue posible que la Letrada hubiera tenido conocimiento de datos perjudiciales para la defensa.

Por fin, el tercero, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). En esta queja el recurrente cuestiona la existencia de prueba de cargo suficiente en lo que atañe al elemento típico del desvío de fondos, pues no hubo prueba directa de ello, al tiempo que la prueba de indicios es insuficiente, pues no hay elementos bastantes para acreditar que destinó las cantidades percibidas a un fin diverso de la construcción de la vivienda.

Por medio de otrosí se solicitó la suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas, alegando que, de acuerdo con la doctrina establecida por este Tribunal, la ejecución de la Sentencia impugnada haría perder al amparo su finalidad, y, por otra parte, de las circunstancias del caso no se desprende que la suspensión pueda llegar a producir una perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero.

4. Mediante providencia de 2 de febrero de 2016 la Sección Tercera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo presentada, por apreciar la concurrencia de una especial trascendencia constitucional, como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 de

la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), decidió dirigir atenta comunicación a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería y al Juzgado de lo Penal núm. de 5 Almería para que remitieran respectivamente certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 5046-2015 y de los autos de juicio oral núm. 319-2014, y se emplazase a quienes hubieran sido parte en el citado procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer en este proceso constitucional de amparo.

5. Por providencia de la misma fecha la Sección Tercera acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión, concediendo un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones al respecto. Por escrito registrado el 8 de febrero de 2016, la representación procesal del recurrente mantuvo su solicitud de suspensión. Por su parte, el Fiscal ante este Tribunal Constitucional presentó escrito el 10 de febrero de 2016, interesando que se accediese a la suspensión de la pena de prisión impuesta al actor.

Finalmente, la Sala Segunda de este Tribunal, dictó el ATC 49/2016, de 29 de febrero, en el que acordó lo siguiente: «Suspender la ejecución de la pena privativa de libertad de un año de prisión, y accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, impuesta al recurrente en Sentencia núm. 635/2013, de 18 de diciembre, del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Almería, confirmada en apelación por la dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería».

6. A través de escrito presentado el 12 de mayo de 2016 el Procurador de los Tribunales don Antonio Piña Ramírez se personó en el presente procedimiento en nombre y representación de don Enrique Romero Álvarez.

7. Por diligencia de ordenación, de 13 de julio de 2016, la Secretaría de Justicia acordó tener por personado y parte en el procedimiento al Procurador don Antonio Piña Ramírez, condicionado a que acreditara la representación por medio de escritura de poder o apoderamiento *apud acta* en el plazo de diez días. Asimismo, se acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para que, a tenor de lo dispuesto en el art. 51.2 LOTC, pudieran presentar las alegaciones que estimaran oportunas.

El requerimiento de subsanación fue atendido por la representación de don Enrique Romero Álvarez mediante escrito registrado el 5 de septiembre de 2016.

8. La representación de don Silvestre Cano Valero formuló alegaciones en fecha 9 de septiembre de 2016, ratificándose en las realizadas en la demanda de amparo.

9. Por escrito registrado en fecha 20 de septiembre de 2016, la representación procesal de don Enrique Romero Álvarez formuló sus alegaciones. En relación con la controvertida prescripción del delito, afirma que aquella se interrumpió el 31 de marzo de 2009, día en el que el aquí demandante fue requerido mediante burofax a fin de que devolviera las cantidades previamente a él entregadas. Subsidiariamente, habría que considerar bien el día de presentación de la querrela (15 de mayo de 2009), bien el de incoación de diligencias (12 de junio de 2009), o, por último, habría que tener en cuenta que con fecha 6 de agosto de 2009 se dictó sobreseimiento provisional, por lo que se abrió un plazo para alegaciones interruptor, asimismo, de la prescripción. Por lo que concierne a las alegadas vulneraciones del derecho a la defensa y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), se remite a los propios fundamentos de la Sentencia de la Audiencia Provincial y al Auto que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones.

10. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones en fecha 30 de septiembre de 2016. En ellas, en síntesis, se recuerda la doctrina de este Tribunal, y se afirma que, considerando la legislación vigente en octubre de 2007, debe exigirse para que se produzcan efectos interruptores de la prescripción un acto de interposición judicial, no bastando la mera presentación de una denuncia o una querrela. En este caso, la fecha determinante sería

el 31 de octubre de 2010, en la que sólo se habría presentado la querrela (concretamente el 15 de mayo de 2009), mientras que el primer acto judicial con efecto interruptor habría sido el Auto de admisión y citación del querrellado para declarar, dictado el 8 de junio de 2011, el cual, defiende, se encontraba fuera del lapso temporal de tres años. Lo decisivo para considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en conexión con el derecho a la libertad, sería no la interpretación que pudiera haber realizado la Audiencia Provincial de Almería, sino que ésta, conocedora de la doctrina del Tribunal Constitucional, decidió no aplicarla, en claro quebranto de lo dispuesto en los arts. 5.1 y 7.2 LOPJ.

El resto de alegaciones serían superfluas a la vista de tal conclusión. No obstante, se sostiene que las conclusiones a las que llegó la Audiencia serían correctas. Así, en lo que a la invocada vulneración del derecho a la defensa con todas las garantías respecta, estima el Ministerio Fiscal que cuando se pudo haber subsanado, no se intentó hacerlo, pues nada se dijo ni en la fase de instrucción, ni en el propio juicio oral. En consecuencia, ni siquiera en fase de apelación cabía ya estimar tal pretensión. De igual manera, en cuanto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en el recurso de apelación se habría hecho referencia a hechos distintos de los expuestos en el recurso de amparo. En el primer recurso, se habrían cuestionado las pruebas tenidas en cuenta para dar por acreditado la recepción del burofax de 31 de marzo de 2009, por el que se instaba a devolver las cantidades previamente entregadas al querrellado. En esta instancia, por el contrario, se pretende que la Audiencia determinó una inversión de la carga de la prueba que implicaría obligar al recurrente a demostrar que no pretendía destinar las cantidades recibidas a finalidades distintas de la construcción de viviendas. Al no haberse invocado dicha vulneración en el incidente de nulidad de actuaciones no cabría su defensa ahora.

Concluye sus alegaciones el Ministerio Fiscal interesando de la Sala que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado y, en consecuencia, se declare que se ha vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE por no haberse apreciado la prescripción extintiva de la responsabilidad penal en relación con el delito de apropiación indebida por el que fue condenado y se declare la nulidad del Auto y Sentencias recurridas.

11. Por providencia de 9 de febrero de 2017, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 13 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería de 24 de julio de 2015, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones formulado contra la Sentencia del mismo órgano judicial de 29 de abril de 2015, que, a su vez, desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. de 5 de Almería de fecha 18 de diciembre de 2013, en los autos de juicio oral núm. 319-2014, así como contra esta última Sentencia.

En la demanda de amparo se denuncia, con la argumentación que ha quedado expuesta en los antecedentes de esta resolución, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, por no haberse apreciado la prescripción del delito de apropiación indebida por el que venía condenado el recurrente. Asimismo, se alega la vulneración del derecho a la defensa (24.2 CE), lo que habría tenido lugar en la medida en que la Letrada que intervino en el procedimiento por la acusación particular fue la misma que había asistido al aquí demandante en su declaración en fase de instrucción. Por fin, se estima conculcado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por ausencia de prueba de cargo suficiente del desvío de fondos, como elemento central del delito por el que se condenó al demandante.

Por su parte, el Ministerio Fiscal ha solicitado la estimación del recurso de amparo, aunque únicamente por la primera de las quejas planteadas, mientras que la representación de don Enrique Romero Álvarez ha interesado la íntegra desestimación del recurso, por considerar que no se ha producido ninguna de las lesiones aducidas en la demanda.

2. Aunque ninguna de las partes comparecidas haya 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 (LOT) 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 obligan a explicitar el cumplimiento del mismo para hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón c. España*, § 46).

La decisión de admisión del presente recurso de amparo apreció que en el mismo concurría especial trascendencia constitucional, fundada en que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)], apreciación que, en este caso, coincide con lo manifestado por el actor en la demanda de amparo, sin perjuicio de que, como hemos declarado reiteradamente (por todas, STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 4), corresponde únicamente a este Tribunal Constitucional apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa «especial trascendencia constitucional», esto es, si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo, conforme al art. 50.1 b) LOT, a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

En el presente supuesto, tal y como se ha expuesto en los antecedentes de esta Sentencia, las resoluciones de la Audiencia Provincial de Almería que aquí se impugnan aplican la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, inmediatamente posterior y contraria a los postulados de la doctrina de nuestra STC 63/2005, de 14 de marzo, en torno a la insuficiencia de la mera presentación de una denuncia o querrela para considerar interrumpida la prescripción del delito. En el caso de la Sentencia que resolvió el recurso de apelación, ésta justifica tal preferencia apoyándose en la decisión del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006, conforme al cual se ha de «mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005». Tal criterio es ratificado por el Auto que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones. En definitiva, la Sala consideró suficiente la presentación de la querrela dentro del plazo de prescripción del delito para interrumpir ésta, sin exigir un posterior acto de interposición judicial dictado dentro de aquel periodo. Y este Tribunal, en los casos en que se han producido pronunciamientos judiciales contrarios a nuestra interpretación sobre la naturaleza de la prescripción y el modo de considerar interrumpido su cómputo con base en el art. 132.2 del Código penal (CP) vigente antes de su reforma por la Ley Orgánica 5/2010 (que es el precepto que expresamente aplican las resoluciones aquí impugnadas), ha concluido que tales pronunciamientos incurren en negativa manifiesta al cumplimiento del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, lo cual supone una quiebra patente del mandato recogido en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la que deriva la consiguiente lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE (así, SSTC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 5; 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3; 59/2010, de 4 de octubre, FJ 4; 95/2010, de 15 de noviembre, FJ 5, y 133/2011, de 18 de julio, FJ 3; 1/2013, de 14 de enero, FJ 3; 2/2013, de 14 de enero, FJ 7; 32/2013, de 11 de febrero, FJ 4; 51/2016, de 14 de marzo, FJ 2, y 138/2016 de 18 de julio, FJ 2).

3. El análisis de las quejas planteadas en la demanda ha de comenzar por la relativa a la posible prescripción del delito de apropiación indebida, pues, de ser estimada, podría hacer innecesario el pronunciamiento sobre las restantes. Debe recordarse, en primer lugar, que el art. 132.2 CP, en la redacción vigente en el momento de cometerse los hechos que han dado lugar a las resoluciones recurridas, disponía que la prescripción «se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable». Este precepto ha sido interpretado por este Tribunal en el sentido de entender que la querrela o denuncia de un tercero «es una solicitud de iniciación del procedimiento» (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8, y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10),

pero «no un procedimiento ya iniciado» (precisa la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), razón por la cual aquella querrela o denuncia no tiene por sí sola eficacia interruptora del cómputo del plazo prescripción, pues tal interrupción requiere un «acto de interposición judicial» [STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12 c)] o de «dirección procesal del procedimiento contra el culpable» (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5).

Como consecuencia, la interpretación de aquel precepto legal en el sentido de que «la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada, al no tomar en consideración ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE)» [SSTC 59/2010, de 4 de octubre, FJ 2 a); 2/2013, de 14 de enero, FJ 7, y 51/2016, de 14 de marzo, FJ 2]. También ha declarado este Tribunal que «la determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales corresponde a la jurisdicción ordinaria» (SSTC 59/2010, de 4 de octubre, FJ 2, y 133/2011, de 18 de julio, FJ 3).

En el caso analizado, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción se fija en dos momentos diversos, conforme a los distintos criterios seguidos por el Juzgado y la Audiencia. El primero señala la fecha de 31 de marzo de 2009, día en que el recurrente se habría apropiado de las cantidades previamente a él entregadas, al haber sido requerido por burofax por el perjudicado para que procediera a su devolución. Por el contrario, para la Audiencia «se desconoce el momento concreto de distracción de fondos. Ahora bien, incluso si nos remontásemos a la fecha de la última entrega de dinero, el 31 de octubre de 2007 (así lo hace la STS de 15 de octubre de 2001 ante una situación equiparable a ésta), como propone el apelante, el delito no podría considerarse prescrito». En definitiva, parece asumir que, pese a la existencia de dudas, el *dies a quo* debe situarse, en la intelección más favorable para el actor, el 31 de octubre de 2007. En uno y otro caso, el *dies ad quem*, conforme al art. 131.1 CP entonces vigente, debía fijarse tres años después, plazo señalado para delitos menos graves, como era el caso que nos ocupa. Por lo que se refiere al acto procesal con eficacia interruptora de la prescripción, en la Sentencia del Juzgado de lo Penal se proporcionan dos fechas contradictorias. Por una parte, se dice que las actuaciones se dirigieron contra el acusado «por auto de fecha 8 de junio de 2011» (fundamento de Derecho primero, párrafo primero *in fine*), fecha que es asumida por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones como aquélla que ha de tenerse en cuenta para estimar interrumpida la prescripción. En el párrafo siguiente, por el contrario, dice la Sentencia del Juzgado que «no concurre prescripción, puesto que la imputación del delito al acusado es del año 2009, citándolo como imputado, produciéndose por ello en tal fecha la interrupción de la prescripción». Por su parte, la Audiencia, en su Sentencia, recogiendo la alegación del recurrente y la doctrina del Tribunal Supremo, se limita a decir que es «irrelevante que el imputado no fuese llamado a declarar hasta el 8 de junio de 2011» (fundamento de Derecho segundo *in fine*). Ello sería debido a que, como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta resolución, para el órgano judicial provincial, el devenir del plazo de prescripción se interrumpió con la interposición de la querrela, lo cual acaeció el 15 de mayo de 2009, dentro, pues, del plazo para hacerlo sin extinción de la responsabilidad penal.

El análisis precedente, extraído del examen de las actuaciones, permite constatar que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería inaplicó conscientemente la doctrina de este Tribunal en la materia, debiendo recordarse que el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), dentro del título preliminar y bajo el rótulo «del Poder Judicial y del ejercicio de la potestad jurisdiccional» dispone expresamente que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

La Sentencia y el Auto de la Audiencia Provincial de Almería aquí impugnados, al considerar no prescrita la responsabilidad criminal, sobre la base de la idoneidad de la querrela como acto interruptor del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, con base en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictada a raíz de nuestra STC 63/2005, se oponen a la interpretación realizada por este Tribunal del alcance del art. 132.2 CP, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010. En este caso, como resulta de los razonamientos expresos de las resoluciones impugnadas, reproducidos anteriormente en los antecedentes, el precepto aplicado ha sido justamente el anterior a la mencionada reforma legal (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), por lo que tal negativa al acatamiento de nuestra doctrina supone una quiebra del mandato recogido en el citado art. 5.1 LOPJ, de la que deriva la consiguiente lesión del derecho del demandantes a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE, en coherencia con la doctrina de este Tribunal (por todas, las SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10; 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 6; 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3; 37/2010 de 19 de julio, FJ 2; 133/2011, de 18 de julio, FJ 3; 2/2013, de 14 de enero, FJ 7, y 51/2016, de 14 de marzo, FJ 1).

El anterior razonamiento no es extrapolable a la resolución del Juzgado de lo Penal. Este último órgano judicial no se basó para estimar no prescrito el delito en el criterio conforme al cual la interposición tiene efectos de interrupción. Por el contrario, para ello adelantó el *dies a quo*, empleando un criterio no compartido por la Audiencia Provincial, como hemos expuesto anteriormente. Lo que vulnera el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva es el criterio empleado por la Audiencia para fijar el acto que interrumpió el curso del plazo de prescripción. Más allá de lo descrito, desbordaría nuestra función delimitar con mayor precisión si efectivamente el hecho prescribió o no y conforme a qué criterio. La jurisprudencia de este Tribunal viene poniendo de manifiesto que no nos compete definir qué resolución tiene tal fuerza interruptora. Como se dice en la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12: «[E]xcédería de la competencia de este Tribunal la determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales, por ser esta materia de la competencia de la jurisdicción ordinaria y, naturalmente, del Tribunal Supremo como 'órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales' (art. 123 CE). Así, en función de cada caso concreto, y por lo que respecta al Tribunal Supremo, se ha podido señalar como momento interruptor tanto el acto judicial de imputación o citación como imputado del querrellado o denunciado, como el de apertura de la investigación judicial determinada por el traslado de la *notitia criminis* al órgano jurisdiccional correspondiente, inclusive en el caso de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos y respecto de los no inicialmente determinados o nominados, o el de admisión de la denuncia o querrela, conforme resulta de las SSTS, Sala Segunda, entre otras, 643/2005, de 19 de mayo, 753/2005, de 22 de junio, 869/2005, de 1 de julio, 331/2006, de 24 de marzo, 671/2006, de 21 de junio, y 1026/2006, de 28 de octubre, con la particularidad de que estas tres últimas, aun siguiendo el criterio de que la mera presentación de una denuncia o querrela significa procedimiento a efectos de interrupción de la prescripción, reconocen expresamente la existencia de actos de interposición judicial que hubieran determinado por sí mismos la interrupción de la prescripción».

Considerando que el acto lesivo de derechos fundamentales procede del órgano de apelación y no del de instancia, procede la declaración de nulidad de la Sentencia y Auto por él dictados, ordenando la retroacción de actuaciones al momento del dictado de tal Sentencia, a fin de que se pronuncie otra conforme a los criterios establecidos en este fundamento jurídico.

Por lo expuesto, el motivo ha de ser estimado, apreciándose, en consecuencia, la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del demandante de amparo.

4. La apreciación de la lesión del anterior derecho fundamental del actor conlleva la estimación del presente recurso de amparo y nos excusa del examen de las restantes lesiones invocadas. El restablecimiento del recurrente en su derecho conlleva la

declaración de nulidad de las resoluciones de la Audiencia Provincial de Almería y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la Sentencia de 29 de abril de 2015, para que por la Sala se dicte una nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Silvestre Cano Valero, y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho, y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de 29 de abril de 2015 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería en el rollo de apelación núm. 188-2015, así como del Auto de 24 de julio de 2015, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones formulado frente a la anterior.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la Sentencia de 29 de abril de 2015, para que por el órgano judicial se pronuncie una nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a trece de febrero de dos mil diecisiete.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.