

ANÁLISIS DEL POSIBLE EFECTO  
EXTENSIVO DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA  
DE AMPARO EN MATERIA PENAL  
A LOS COACUSADOS NO RECURRENTES

Fernando MARTÍN DIZ\*

SUMARIO: I. *Planteamiento de la cuestión. La referencia: sentencia del Tribunal Constitucional 192/2004, del 2 de noviembre.* II. *Efectos generales de las sentencias de amparo estimatorias.* III. *El efecto extensivo de la sentencia a los no recurrentes en la casación penal española.* IV. *Repercusión del posible efecto extensivo en la sentencia de amparo en materia penal a los no recurrentes.* V. *Posición final.* VI. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA REFERENCIA:  
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 192/2004,  
DEL 2 DE NOVIEMBRE

Pretendemos analizar en el presente trabajo, dentro de la temática general de los efectos de las sentencias estimatorias de amparo, el posible (o no) efecto extensivo de estas en materia penal a los coacusados no recurrentes, cuestión que fue planteada en la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 192/2004, del 2 de noviembre<sup>1</sup> (recurso de amparo número 170/2003), mediante voto particular concurrente que formularon los magistrados don Eugeni Gay Montalvo y don Pascual Sala Sánchez.

\* Profesor titular de Derecho procesal en la Universidad de Salamanca, España.

<sup>1</sup> Puede obtenerse el texto completo de dicha sentencia en [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es), o bien en el suplemento al *Boletín Oficial* del Estado núm. 290, del 2 de diciembre de 2004, pp. 88-93 (disponible también en [www.boe.es](http://www.boe.es)).

No se trata, en modo alguno, de una cuestión de absoluta novedad en la jurisprudencia constitucional española puesto que como examinaremos en ulteriores reflexiones ya ha sido planteada y resuelta en algún otro precedente del Tribunal Constitucional,<sup>2</sup> si bien parece oportuno, y más en el trance actual del caso español en plena voráGINE de reforma legislativa de la normativa procesal constitucional (elaboración y promulgación de una reforma de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional,<sup>3</sup> en adelante LOTC), tratar de arrojar luz sobre la cuestión y, en su caso, aportar modestamente una solución viable.

El planteamiento del estudio proyectado debe arrancar, entendemos, con la exposición del asunto de referencia, esto es, el asunto planteado y resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 192/2004, del 2 de noviembre,<sup>4</sup> recurso de amparo núm. 170-2003 promovido por don Berend Jan Rensink frente a sentencia núm. 651/2002 del 15 de noviembre de 2002 de la audiencia provincial de Granada (sección segunda) que le condenó por un delito contra la salud pública alegando una vulneración de los derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 Constitución Española) aduciendo que la condena pronunciada en apelación se había efectuado sin haber celebrado vista pública.

En cuanto a los hechos relevantes para la resolución del recurso de amparo del cual trae causa la sentencia que sustenta nuestras consideraciones, de forma muy sucinta,<sup>5</sup> son los siguientes: el demandante de amparo fue acusado en su momento, junto con otro, de un delito de tráfico de drogas, siendo absuelto en primera instancia por sentencia del Juzga-

<sup>2</sup> Con cierta identidad de razón al caso expuesto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional anteriormente en las sentencias 11/1992, del 27 de enero, y, ulteriormente a la que es objeto de análisis, 249/2005, del 10 de octubre.

<sup>3</sup> Ley Orgánica 6/2007, del 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (publicada en el BOE de 25 de mayo de 2007 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial). Corresponde al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Referencia: *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, número 121/000060 del 25 de noviembre de 2005.

<sup>4</sup> Ponente: magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, resuelta en la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

<sup>5</sup> Para conocer al detalle los hechos y antecedentes del asunto puede consultarse la sentencia del Tribunal Constitucional en su apartado I (antecedentes).

do de lo Penal núm. 1 de Motril del 25 de junio de 2002, al estimar que no había quedado acreditada la participación de los acusados en los hechos. Dicho razonamiento del juez de lo penal se asienta básicamente en que la única prueba de su participación en los hechos enjuiciados era la existencia de un contrato de alquiler de la furgoneta donde se halló la droga, contrato de alquiler que además figuraba a nombre del otro coacusado (que como ya advertimos de entrada, no fue recurrente en amparo) y que en ningún caso se demostró en el juicio que hubiera contacto material ni visual entre los coacusados y la furgoneta que cargaba la droga.

Recurrida la sentencia en apelación por el Ministerio Fiscal, este recurso fue estimado por sentencia de la audiencia provincial de Granada (sección segunda) del 15 de noviembre de 2002, mediante la que se condena al ahora demandante de amparo, así como al otro coacusado (no recurrente en el amparo constitucional del cual trae causa la sentencia 192/2004), “como autores de un delito contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño a la salud y de notoria importancia, a la pena de tres años y nueve meses de prisión...” una vez la audiencia provincial llega a la convicción de que, mediante la aplicación de una serie de pruebas indiciarias sobre las cuales válidamente puede sustentarse la apreciación de los hechos, ambos coacusados, previamente concertados, fueron a retirar la furgoneta, que previamente había alquilado el coacusado no recurrente en amparo (Jan Arend Roelof Velthuisen), para transportar droga y distribuirla posteriormente.

El demandante de amparo (Berend Jan Rensik) aduce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1, Constitución Española), del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2, Constitución Española), aunque la demanda de amparo se centra fundamentalmente en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías pues la sentencia de apelación (dictada por la audiencia provincial de Granada) revoca la sentencia absolutoria dictada por el juez de lo penal de Motril como consecuencia de una nueva valoración de la prueba practicada en el juicio oral ante el juez de lo penal, bajo la observancia del principio de inmediación que se no se da en la en la fase de apelación, llevando a un cambio de sentido en la sentencia respecto de la primera instancia no limitado a un cambio de criterio en cuestiones estrictamente jurídicas sino que revisa y corrige la valoración de la prueba realizada por, y ante, el juez de lo penal en primera instancia.

El Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda de amparo mediante providencia del 31 de marzo de 2004 así como procedió a comunicar a los órganos jurisdiccionales donde habían tenido lugar las actuaciones (audiencia provincial de Granada y Juzgado de lo Penal de Motril) que emplazasen a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo (Berend Jan Rensik), para que si lo desearan pudieran comparecer en el proceso de amparo. Dicho emplazamiento se efectuó al otro coacusado, a la postre no recurrente (Jan Arend Roelof Velthuisen) a través de su procuradora, quien presentó escrito en el que ponía de manifiesto que ignoraba el paradero de su representado, por lo que tanto ella como el letrado director renunciaban a su defensa y representación debido a la imposibilidad de ejercerlas correctamente. Por providencia del 3 de junio de 2004 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó no haber lugar a lo solicitado, toda vez que la procuradora había sido emplazada en debida forma sin justificar si dicha representación le había sido conferida libremente o por el turno de oficio. Posteriormente el 16 de julio tuvo entrada en el Tribunal Constitucional un nuevo escrito de la procuradora del coacusado no recurrente en el que aducía que, al carecer de poder notarial, instrucciones o medios para personarse en forma ante el Tribunal Constitucional en nombre de Jan Arend Roelof Velthuisen, solicitaba el nombramiento de procurador y letrado de oficio así como formulaba unas alegaciones de contenido sustancialmente semejante al recurso de amparo y terminaba solicitando también para este coacusado no recurrente y rebelde el otorgamiento de éste con adhesión al recurso de Berend Jan Rensik. El Tribunal Constitucional por providencia del 22 de septiembre de 2004 acordó unir a los autos el escrito presentado y estar a lo ya resuelto en la precitada providencia del 3 de junio de 2004.

Por último indicar que el Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones mediante escrito del 6 de julio de 2004 en el cual interesa la estimación de la demanda de amparo al concluir, respecto de la queja del demandante relativa a la vulneración de un proceso con todas las garantías por la falta de inmediación, debate y contradicción con la que se pronunció la sentencia de apelación, que llega en definitiva a una valoración de los hechos y pruebas al margen de la posible intervención del acusado.

En la fundamentación jurídica de la sentencia, el Tribunal Constitucional observa que la cuestión por tanto se centra básicamente en consta-

tar si la sentencia de apelación respetó la exigencia de las garantías de publicidad y contradicción para proceder a una nueva valoración de las pruebas en la segunda instancia que se derivan del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y en particular del principio de inmediación que rige en el proceso penal (salvo determinados casos de pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración si es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducir el debate procesal porque dada su naturaleza no precisan de inmediación tal y como ha establecido el propio Tribunal Constitucional en su jurisprudencia). En el fundamento jurídico 3 detalla como la aplicación de dicha doctrina del Tribunal Constitucional al caso de autos conduce derechamente a la estimación del recurso de amparo toda vez que se pone de manifiesto que fue la nueva valoración de la prueba efectuada por la audiencia provincial respecto de la prueba testifical y del interrogatorio de los acusados la que fue determinante en la alteración de los hechos probados de los que se deriva la condena del demandante de amparo y del otro acusado —no recurrente en amparo—, puesto que condenó (y revocó con ello la sentencia del juez en la instancia) sustentando su argumentación y convicción en una nueva valoración de prueba que no se practicó ante ella vulnerando los principios de publicidad, inmediación y contradicción que integran el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2, Constitución Española).

A mayores, en el fundamento jurídico 4 razona que igualmente se produce una lesión en el derecho fundamental a la presunción de inocencia al encontrar un vacío probatorio respecto del demandante de amparo si se excluye en la nueva valoración las declaraciones de los testigos y de los acusados que al no respetar en la apelación los principios básicos para su utilización como medio de prueba dejarían la cuestión en que la única prueba subsistente vincula la furgoneta en que se halló la droga exclusivamente con el condenado no recurrente en amparo, pero en ningún caso opera como prueba de cargo frente al que sí es recurrente.

Resuelven definitiva el tribunal constitucional, en sentencia del 2 de noviembre de 2004, estimar la demanda de amparo presentada por Berend Jan Rensik y, en consencuencia:

- 1) Declarar que han sido vulnerados los derechos del demandante a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2, Constitución Española).

- 2) Reestablecer al recurrente en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular respecto de él la sentencia núm. 651/2002 dictada por la Sección Segunda de la audiencia provincial de Granada del 15 de noviembre de 2002.

Nótese ya de entrada, lo anticipamos cara a subsiguientes ponderaciones, que el contenido del fallo es determinadamente individual y únicamente referido al coacusado demandante de amparo (Berend Jan Rensik) y no hace alusión alguna al otro coacusado (en principio, y según el escrito presentado por su procuradora sin mandamiento expreso por el representado al no poder ser localizado, solicitando el otorgamiento del amparo también para él con adhesión al amparo efectivamente promovido), puesto que en este sentido el Tribunal Constitucional ha efectuado una desestimación explícita de la posible vulneración de sus derechos fundamentales procesales al indicar en el fundamento jurídico 5 de la sentencia que el “alcance del amparo que se otorga se ciñe exclusivamente al demandante de amparo, Berend Jan Rensik, pues el otro condenado en la sentencia impugnada, Jan Arend Roelof Velthuisen, no acudió en amparo ante este tribunal. A tal efecto carece de relevancia que la procuradora presentara el escrito a que se ha hecho referencia en los antecedentes de esta Sentencia interesando también el otorgamiento del amparo a favor de Jan Arend Roelof Velthuisen, pues, al margen de que no se le haya tenido por personado, venimos reiterando (STC 78/2003, del 28 de abril) la imposibilidad de que

quienes se personan en un proceso constitucional de amparo a tenor del artículo 51.2 LOTC, una vez admitido a trámite el recurso (AATC 308/1990, del 18 de julio, y 315/1995, del 20 de noviembre), puedan convertirse en codemandantes y pedir la reparación o la preservación de sus propios derechos fundamentales. Lo contrario implicaría la admisión de recursos de amparo formulados de manera extemporánea o sin cumplir los presupuestos de admisibilidad, y la consiguiente irregular formulación de pretensiones propias, independientes del recurso de amparo ya admitido y el socaire de éste. En suma, quienes no interpusieron recurso de amparo dentro del plazo legal, o lo hicieron en términos inadmisibles, no pueden luego deducir pretensiones propias, independientes del recurso de amparo admitido, que es el que acota el objeto del proceso. El papel de los restantes comparecientes queda reducido, pues, a formular alegaciones y a que se les notifiquen las resoluciones que recaigan en el proceso, que tiene por

objeto, exclusivamente, la pretensiones deducidas por quien lo interpuso en tiempo y forma (SSTC 241/1994, del 20 de julio, FJ 3; y 113/1998, del 1o. de junio, FJ 1).

A dicha sentencia, como anunciábamos, se formula un voto particular concurrente por parte de dos magistrados.<sup>6</sup> Ambos manifiestan de entrada su más completa conformidad con la sentencia dictada pero al respecto indican textualmente que

consideramos, sin embargo, que, tras la argumentación contenida en el fundamento 5 de la sentencia de amparo, en el que concretamente se reproduce la doctrina sentada por este tribunal respecto de la imposibilidad de quienes se personan en un proceso constitucional de amparo una vez admitido a trámite el recurso puedan convertirse en codemandantes y pedir la reparación o la preservación de sus propios derechos fundamentales (pues lo contrario implicaría la admisión de recursos de amparo formulados de manera extemporánea), debió añadirse que, no obstante la aludida imposibilidad en relación a la extensión de los efectos de la estimación de la sentencia de amparo al coacusado don Jan Arend Roelof Velthuisen, la sala *a quo* de la audiencia provincial de Granada podría, en su caso y si así lo estimara pertinente, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, aplicar a este supuesto, analógicamente, la solución prevista, a propósito del recurso de casación, en los artículos 861 bis b) y 903 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nos encontramos, en el planteamiento efectuado en el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional 192/2004, ante un posible efecto extensivo (beneficioso e indirecto puesto que no lo despliega la propia sentencia del Tribunal Constitucional, ni como veremos podría hacerlo en ningún caso, sino ante una recomendación para su aplicación en la nueva sentencia que debe producirse) de una sentencia que estima el recurso de amparo en materia penal a un coacusado que no ha sido parte en el proceso de amparo constitucional. Trataremos a continuación de ir desglosando la cuestión, partiendo del aspecto más general, como es el efecto general de una sentencia de amparo estimatoria, el particular efecto extensivo de las sentencias penales en casación hacia coacusados no recurrentes en todo aquello que les pueda beneficiar, para terminar nuestro planteamiento en determinar si sería posible que directamente la

<sup>6</sup> Don Eugeni Gay Montalvo y don Pascual Sala Sánchez.

sentencia estimatoria de amparo otorgase por si misma el efecto extensivo al coacusado no recurrente y ello simultáneamente conciliable con la sujeción de las resoluciones de amparo a la mera y estricta tutela de los derechos fundamentales.

## II. EFECTOS GENERALES DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO ESTIMATORIAS

La determinación de los efectos de la sentencia de amparo ha de partir en primer término de la consideración jurídica que el acceso a esta vía de protección jurídica de los derechos fundamentales tiene. El recurso, o quizá más propiamente, remedio que implica el acceso al amparo es netamente subsidiario en su configuración más genuina,<sup>7</sup> es por tanto la última garantía jurídica de protección de derechos fundamentales en el ordenamiento interno de cada Estado y al cual sólo cabe acceder una vez agotada previamente, y sin éxito, la vía jurisdiccional ordinaria y con ello los correspondientes recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, que la misma disponga. Esta característica absolutamente descollante del amparo, la subsidiariedad,<sup>8</sup> se conecta, como advierte acertadamente Remón Peñalver,<sup>9</sup> con el principio medular de la independencia judicial puesto que la demanda de amparo por parte del justiciable responde en opinión, que corroboramos, del autor precitado a un recurso contra decisiones judiciales, bien porque el recurrente estima que la jurisdicción or-

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1990, FJ 4: “entre sus características (del recurso de amparo) esenciales está efectivamente la del carácter subsidiario de que la Constitución no lo contempla como una vía directa, ni tampoco, necesariamente, como una vía general y única, sino especial y extraordinaria, posterior a la defensa de aquellos derechos y libertades ante los tribunales ordinarios a los que el artículo 53.2 Constitución Española encomienda la tutela general de aquellos derechos y libertades. Pero en lo que es de aplicación actual, el efecto de la subsidiariedad se concreta tanto en la exigencia del agotamiento de los recursos o acciones judiciales previos establecidos en el ordenamiento jurídico... como en la de plantear en el proceso, tan pronto hubiera lugar para ello (artículo 44.1 c) LOTC) la cuestión relativa a la supuesta vulneración de los derechos fundamentales que lo motiven y sin que la subsidiariedad conduzca, ni pueda conducir a una sucesión ilimitada de recursos judiciales, incompatible con el principio de seguridad jurídica que la Constitución Española consagra en su artículo 9.3.

<sup>8</sup> Véase Gimeno Sendra, V. (con Cascajo Castro, J. L.), *El recurso de amparo*, 2a. ed., Madrid, 1988, pp. 158-168.

<sup>9</sup> Remón Peñalver, J., “La lucha por la seguridad jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 6642, 2007, p. 4.

dinaria no protegió de manera adecuada sus derechos; en otros, porque la violación se imputa inmediata y directamente a una resolución judicial.

Desde este prisma la sentencia estimatoria de amparo únicamente debe ceñirse a la reparación jurídico-constitucional del derecho fundamental lesionado evitando, siempre y en todo caso, entrar en cualquier consideración y pronunciamiento sobre el fondo del asunto y por tanto sobre cualquier cuestión de derecho material cuyo conocimiento, aplicación e interpretación queda absolutamente reservada a la justicia ordinaria.

Hemos de tomar en primer término y para llevar a cabo nuestro análisis la referencia del artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>10</sup> el cual regula los posibles pronunciamientos que contendrá una sentencia estimatoria de amparo. De este modo el apartado primero, letra a, del citado precepto<sup>11</sup> indica que la sentencia recogerá, y para el caso que aquí ahora interesa: la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.<sup>12</sup> Esta configuración legal y predeterminada del fallo de la sentencia estimatoria de amparo no debe en ningún caso a nuestro juicio, y fundamentalmente en un posible incorrecta aplicación del último inciso del precepto, llevar a que se pueda aplicar automáticamente por parte del Tribunal Constitucional el artículo 903 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, que configura el determinado efecto extensivo de la sentencia casacional en todo aquello que beneficie a los coacusados no recurrentes, e incluso ni siquiera, quizá, a recomendar al propio órgano jurisdiccional ordinario (en este caso la audiencia provincial de Granada, como así se hace en el voto particular) a que efectúe su aplicación por un evidente respeto y separación tajante de las funciones de protección constitucional de derechos fundamentales que el tribunal constitucional tiene conferida en exclusiva por la vía del amparo respecto de la aplicación e interpretación de la legalidad ordinaria cuya exclusividad conserva intacta la jurisdicción ordinaria, y como cúspide de la misma el tribunal supremo.

<sup>10</sup> Artículo este que apenas se ve afectado por la modificación efectuada en la LOTC en mayo de 2007 en cuanto interesa al presente trabajo.

<sup>11</sup> Véase Almagro Nosete, J., *Justicia constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, con la colaboración de P. Saavedra Gallo, 2a. ed., Valencia, 1989, pp. 381-386.

<sup>12</sup> Martín de la Vega, A., *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, Bogotá, 2002.

Suscribiendo por tanto la opinión de Gómez Amigo,<sup>13</sup> apoyada en la doctrina del propio Tribunal Constitucional, “la finalidad específica el recurso constitucional de amparo es el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad (artículo 55.1.c) LOTC y los demás pronunciamientos que en la decisión puedan hacerse carecen de sentido si no van referidos a esa finalidad esencial” (STC 56/1982, del 26 de julio). Por tanto en nuestro caso quedaría meridianamente claro que en ningún caso, ningún efecto se podría trasladar *per se* de la estimación del amparo planteado por el recurrente al coacusado no recurrente, quien tampoco, como hemos expuesto en el apartado anterior del trabajo, puede aducir su consideración de parte en el recurso de amparo puesto que el propio Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 5 de la sentencia de referencia (STC 199/2004) establece expresamente

que el alcance del amparo se ciñe exclusivamente al demandante de amparo... pues el otro condenado en la sentencia impugnada... no acudió en amparo ante este tribunal. A tal efecto carece de relevancia que la procuradora... presentara el escrito a que se hace referencia en los antecedentes... interesando también el otorgamiento del amparo a favor del coacusado no recurrente pues, al margen de que no se le haya tenido por personado, venimos reiterando (por todas STC 78/2003, del 28 de abril) la imposibilidad de que quienes se personan en un proceso constitucional de amparo a tenor del artículo 51.2 LOTC, una vez admitido a trámite el recurso, puedan convertirse en codemandantes o pedir la reparación o la preservación de sus propios derechos fundamentales. Lo contrario implicaría la admisión de recursos de amparo formulados de manera extemporánea o sin cumplir los presupuestos procesales de admisibilidad, y la consiguiente formulación irregular de pretensiones propias, independientes del recurso de amparo ya admitido y al socaire de éste. En suma, quienes no interpusieron recurso de amparo dentro del plazo legal, o lo hicieron en términos inadmisibles, no pueden luego deducir pretensiones propias, independientes del recurso de amparo admitido, que es el que acota el objeto del proceso... exclusivamente, las pretensiones deducidas por quien lo interpuso en tiempo y forma.

No implica tampoco, *contrario sensu*, que al dar contenido a sus pronunciamientos el Tribunal Constitucional esté sometido a una tirantez o

<sup>13</sup> Gómez Amigo, L., *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Pamplona, 1998, pp. 232 y 233.

agarrotamiento excesivo en cuanto no se le permita una cierta flexibilidad, bien atendiendo o no la demanda de amparo, pero siempre, aquí si es rígida la disposición legal, dentro de pronunciamientos de tipo declarativo, en la línea expuesta de amparar o no la lesión del derecho o libertad fundamental alegada sin entrar en ningún caso, en materia penal por ejemplo, a un pronunciamiento condenatorio, absolutorio, o especialmente en lo que aquí interesa extensivo a otros coacusados, puesto que se adentraría en territorio vedado a su competencia y funciones.

Su ámbito llega hasta la posible declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución lesiva, impeditiva, limitativa o vulneradora, en definitiva, del pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, reenviando de ahí en adelante al ciudadano justiciable a una nueva actuación de la justicia ordinaria, una vez reintegrado su derecho lesionado, para una postrera solución del asunto.

El tribunal constitucional no debe avanzar más en este sentido cuando otorgue un amparo que implique la nulidad, ya sea total o parcial, de una resolución judicial. En nuestro caso en el fallo de la sentencia 192/2004, del 2 de noviembre, establece respecto del recurrente que han sido vulnerados sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia y por consiguiente procede a “anular respecto de él la sentencia número 651/2002, dictada por la sección segunda de la audiencia provincial de Granada el 15 del noviembre de 2002”. Y hasta ahí, entendemos, llega la atribución del tribunal constitucional a tenor de la habilitación legal del artículo 55.1 de la LOTC. Es por ello que no compartimos la postura adoptada en el voto particular de la misma en el cual, en cierto modo, se orienta, recomienda e indica al órgano jurisdiccional ordinario a quien vuelve el asunto penal material para ser resuelto una vez reintegrado el demandante de amparo en sus derechos, que “la sala *a quo* de la audiencia provincial de Granada podría, en su caso, y si así lo estimara pertinente, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, aplicar a este supuesto, analógicamente, la solución prevista, a propósito del recurso de casación, en los artículos 861 bis b) y 903 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”. No parece que este deba ser contenido de un fallo del tribunal constitucional por cuanto sus pronunciamientos, como hemos indicado anteriormente, son meramente declarativos<sup>14</sup> y

<sup>14</sup> Véase Cordon Moreno, F., *El proceso de amparo constitucional*, Madrid, 1987, pp. 150-154.

únicamente constreñidos al objeto del amparo constitucional cual es la valoración de la posible lesión, o no, de un derecho fundamental.

Vistas así las cosas en nuestra opinión nos parece apropiado traer a colación de la previa argumentación expuesta y a modo de recordatorio de las genuinas funciones y sentido del fallo constitucional, por su sentido y relación hacia la cuestión que analizamos, la postura que planteó el magistrado Díaz Eimil en su voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/1986 al declarar que

de estimarse el recurso debió acordarse la nulidad total de las sentencias y retrotraer las actuaciones para que la jurisdicción penal dictase nueva sentencia en la que no se incluyera pena de privación de libertad. Al no haberse hecho así, se ha dictado una sentencia de amparo manipulativa de la decisión judicial, que sustituye al tribunal penal en su potestad exclusiva de juzgar, invadiendo la jurisdicción penal, pues a ésta corresponde, en uso de la facultad de graduación de la penal que le concede la ley aplicada, establecer la que, dentro de los límites legales, considere proporcionada al delito cometido, en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas que en él concurren... para evitar este resultado lo procedente era remitir al órgano judicial la función de restablecer esa proporcionalidad decidiendo el grado que corresponde señalar a la pena pecuniaria... al no haberlo hecho así, este tribunal ha actuado como juez penal.

Compartimos con el magistrado Díaz Eimil que este debe ser el planteamiento correcto, y en esa línea nos reafirmamos en la escrupulosidad que respecto de posibles derivaciones materiales de la cuestión resuelta en amparo debería observar el tribunal, ya en sentencia o en voto particular, dejándolas totalmente al margen, ajenas al contenido de sus pronunciamientos y derivándolas inexcusablemente el órgano jurisdiccional ordinario. Insistimos en que no deben confundirse la flexibilidad del pronunciamiento constitucional respecto del otorgamiento, o no, del amparo y con ello la posible declaración de nulidad; de las decisiones o actos en los cuales se pudo producir, o no, la lesión del derecho fundamental, con la pulcritud y precisión coetánea en evitar inmiscuirse en pronunciamientos de fondo que en este caso corresponden al juez penal, y ni siquiera yendo un poco más allá, en cuanto a orientar o recomendar al mismo su postrera resolución del asunto.

En este mismo contexto argumental pudiera inducir a confusión la redacción del artículo 55.1 a) LOTC al establecer que el fallo estimatorio

del amparo debe expresar “la extensión de sus efectos”. En una postura que no compartimos para Gómez Colomer ello significaría que el Tribunal Constitucional debería indicar en el contenido de la sentencia de amparo cómo debiera proceder exactamente el órgano de la justicia ordinaria y qué actos procesales debe realizar o reemprender.<sup>15</sup> Nos parece en este punto más acorde con la idea que mantenemos del contenido de la sentencia estimatoria de amparo la posición de Pibernat Domenech<sup>16</sup> (secundada por Gómez Amigo)<sup>17</sup> según la cual las sentencias de otorgamiento de amparo por violación originada por una resolución judicial pueden ser de dos tipos: uno, aquellas que se limitan a declarar la nulidad de las resoluciones judiciales, y dos, aquellas otras que además de declarar esa nulidad, ordenan la actuación del órgano judicial, básicamente, como entiende acertadamente el autor, proscribiendo una actuación que consistirá en la retroacción de las actuaciones judiciales al momento en que se produjo la vulneración del derecho fundamental para que proceda de nuevo respetando el derecho fundamental restaurado en amparo. Aquilatando aún más esta posición aportamos nuestro parecer en resaltar, una vez más, que no sería posible, no tendría cabida legal ni competencial en el marco de actuación del tribunal constitucional aportar o recomendar *motu proprio* la aplicación del derecho material o la resolución del asunto que es devuelto a la jurisdicción ordinaria para un nuevo conocimiento del asunto.

En el caso de autos que venimos considerando procede, como es normal general, que el tribunal constitucional se pronuncie sobre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia que alega el demandante de amparo, pero no lo es, y así lo hace en la sentencia, entrar a conocer, y entendemos nosotros además que ni siquiera sugerir la valoración y aplicación de cualesquiera otro parámetro de derecho material, del asunto ni de otras cuestiones que no sean estrictamente las dimanantes de la demanda de amparo y el consiguiente análisis de la vulneración de los derechos fundamentales proce-

<sup>15</sup> Cfr. Gómez Colomer, J. L., “La ejecución de la sentencia estimatoria del amparo constitucional”, *Revista Jurídica la Ley*, 1988-2, p. 26.

<sup>16</sup> Cfr. Pibernat Domenech, X., “Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento del amparo constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990, pp. 157 y ss.

<sup>17</sup> Gómez Amigo, L., *op. cit.*, nota 13, p. 249.

sales alegados. Por ello es totalmente correcto el fallo en cuanto restablece los derechos del recurrente, en el marco del amparo constitucional, y la consiguiente declaración de nulidad de la resolución judicial (sentencia de la audiencia provincial de Granada) que los menoscaba directamente, y lo es igualmente la retroacción de actuaciones ante dicho órgano de la justicia penal ordinaria para proceder nuevamente con total observancia y acatamiento de la decisión constitucional de protección de los derechos fundamentales reclamados y esperar en dicho trance una nueva sentencia respetando los derechos del recurrente en amparo, pero modestamente no nos parece adecuado ni oportuno incluir cualquier tipo de orientación, recomendación, imposición o consejo jurídico material dirigido a dicho órgano de la justicia penal ordinaria en cuanto a los nuevos pronunciamientos y actuaciones a emprender.<sup>18</sup>

Enlazamos, llegados a esta conclusión, con el pensamiento de Díez-Picazo Giménez para quien, categóricamente, el otorgamiento del amparo no puede producir ningún tipo de efecto, en nuestro caso, de carácter jurídico penal material, ya que según el autor, opinión a la que nos adherimos sin reparos, “no existe la tutela jurisdiccional penal de los derechos fundamentales”. De este modo, entendemos a título particular, se respeta la garantía jurisdiccional del derecho penal por cuanto ésta se circunscribe a que única y exclusivamente la jurisdicción ordinaria será la encargada de la aplicación e interpretación de las normas penales y con ello el consiguiente ejercicio delegado del *ius puniendi* estatal por parte de los órganos a quienes en virtud de la atribución de la Constitución Española en el artículo 117 corresponde ejercitar la potestad jurisdiccional. Inversamente nunca deberá, ni podrá, ser ejercitada por el tribunal constitucional cuyo ámbito competencial se ciñe a la defensa y tutela, en sede de amparo, de las posibles lesiones causadas a derechos fundamentales por órganos judiciales, ejecutivos o legislativos, pero nunca al enjuiciamiento de conductas delictivas, y con ello igualmente al posible efecto de la sentencia de condena o absolución derivada del juicio penal, puesto que

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1983, FJ 2: “es absolutamente claro que la facultad de interpretar y aplicar la ley penal corresponde a los tribunales de ese orden y que sólo dentro del mismo, a través de los recursos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece, puede buscarse la corrección de los defectos eventualmente producidos en tanto que éstos se reduzcan a errores en la interpretación de las leyes penales sustantivas, pues de otro modo, si se aceptase la identificación entre infracción de ley e infracción constitucional resultaría desnaturalizado para convertirse en un recurso universal de casación”.

las situaciones penales previas son intangibles,<sup>19</sup> de forma directa, para el tribunal constitucional, quien únicamente de estimar el amparo ordenará la nulidad de la resolución penal y la posible retroacción de actuaciones,<sup>20</sup> pero en ningún caso decidirá, jamás, sobre el fondo de la cuestión.

De permitirse esta última opción, de dejar vía libre en su caso a que el propio tribunal constitucional pueda ser el interprete final de la ley penal y de su aplicación, revisando con ello el fondo de las decisiones de la jurisdicción ordinaria, estaríamos en cierto modo albergando y dando cobertura a una supercasación penal,<sup>21</sup> sin discernir, como obliga la ley, a la importante separación que respecto de la aplicación de la legalidad ordinaria y de las cuestiones de relevancia constitucional ha distribuido meridianamente nuestro sistema legal español. De no ser así, partiendo de la imposición legal teórica y complementada con su prolongación en la práctica, parece evidente que estaría en grave riesgo la garantía de independencia de los magistrados y jueces integrantes del Poder Judicial y de su ejercicio de la potestad jurisdiccional tal y como les otorga el artículo 117.3 de la Constitución Española. Y no sólo esta garantía básica de la jurisdicción, sino que como apunta Jorge Barreiro:

aún siendo cierto que el tribunal constitucional ejerce la jurisdicción suprema en materia de derechos fundamentales, ello no quiere decir que se

<sup>19</sup> Cfr. Díez-Picazo Giménez, I., “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 59, indicando que el Tribunal Constitucional no podrá revisar en amparo las ponderaciones hechas por los tribunales penales y que han conducido a la absolución del acusado, y, añadimos nosotros, en caso inverso a la condena.

<sup>20</sup> En este sentido es muy apropiada la distinción que efectúa Carillo, M., estableciendo que el efecto anulatorio o bien la posible retroacción de actuaciones en este tipo de asuntos viene marcado por el motivo que causa la estimación del amparo, esto es, si la vulneración del derecho fundamental atendido constitucionalmente ha tenido lugar *in procedendo*, la sentencia tiende a retrotraer sus efectos al momento procesal en que se lesionó el derecho, en cambio si el vicio afecta a un derecho de carácter sustantivo, es decir, si se trata de un vicio *in indicando*, el efecto de la sentencia de amparo es la reparación mediante fórmulas diversas como es la anulación o incluso la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre una pretensión indemnizatoria. Cfr. “La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo”, en Pérez Tremps, P. (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, 2004, p. 112.

<sup>21</sup> Cfr., Jorge Barreiro, A., “El recurso de amparo: ¿una supercasación penal?”, *Revista Jurídica La Ley*, 1994-1, pp. 1122 y ss., especialmente en las pp. 1134-1141, a quien debe atribuirse la expresión.

halle legitimado para cercenar sustancialmente principios esenciales de la Constitución como es el de exclusividad, sino que todo da a entender que ha de compatibilizar su competencia suprema en la salvaguarda de las garantías constitucionales con el respeto a la exclusividad de la función jurisdiccional. Y consideramos que esa compatibilización no se da cuando se interpreta la norma constitucional de tal forma que se deja apenas margen para una interpretación específica de la ley penal en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, el justo término de la situación, al menos en el caso español, estaría perfectamente delimitado con la norma de cobertura que proporciona el artículo 54 de la LOTC (junto con el artículo 44.1 LOTC)<sup>22</sup> para el caso de la actuación del Tribunal Constitucional en aquellos procesos de amparo en los cuales el acto impugnado ha sido una resolución judicial, estableciendo entonces que “limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”, por tanto, en aplicación de esta previsión, la sentencia estudiada es correcta en cuanto no entra en el fallo de realizar ninguna otra consideración más allá que la declaración de vulneración de un derecho fundamental y la consiguiente anulación de la resolución judicial que lo produce, no así, entendemos, el voto particular que en el sentido ya enunciado si realiza una serie de propuestas, no vinculantes eso es cierto, a las futuras actuaciones de los órganos jurisdiccionales penales sobre el asunto.

El problema, que en definitiva no es nuevo ni exclusivo de la materia penal, radica en que hay ciertas zonas de proximidad, tangenciales,<sup>23</sup> con

<sup>22</sup> La nueva redacción del artículo 44 de la LOTC tras la reforma de operada por la reciente Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, establece al respecto que “las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial, b) que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional, c) que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello”.

<sup>23</sup> En este sentido, Tomás y Valiente ya preveía que los límites de la jurisdicción constitucional no están ni pueden estar geoméricamente dibujados puesto que el Tribu-

interferencias<sup>24</sup> en las cuales los límites entre los cuales se puede mover la actividad del Tribunal Constitucional al resolver cuestiones en amparo derivadas de situaciones en las cuales se ventilan cuestiones de derecho material y el ámbito de independencia y exclusividad de la jurisdicción ordinaria para resolver sobre el fondo de los mismos y la aplicación e interpretación de la ley material y procesal son muy difusos, contiguos, a veces incluso ambiguos, y en esa zona de penumbra ha de ser especialmente delicado el Tribunal Constitucional para no invadir ámbitos específicos de la jurisdicción ordinaria. Más aún se puede agravar el panorama cuando el Tribunal Constitucional se ve, en cierto modo, constreñido por el principio de máxima conservación de las actuaciones procesales llevadas a efecto en el asunto sometido a su consideración y a no causar más perturbaciones de las estrictamente necesarias a los derechos e intereses de aquellos terceros no recurrentes en cuanto sea compatible con la tutela y amparo del derecho fundamental presuntamente lesionado.

Sin duda queda como asignatura pendiente para el legislador el perfeccionar,<sup>25</sup> si cabe, aún más la distribución y asignación de competencias a favor del Tribunal Constitucional y eliminar estas zonas de sombra, especialmente respecto de las que asume la jurisdicción ordinaria. Aún así el panorama no es muy alentador y se presenta delicado no sólo por la difi-

nal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución no puede limitarse sólo a dicha función sino que con frecuencia se encuentra con que los planos constitucionales y legales de un asunto no son paralelos sino tangenciales lo cual le supone moverse en un doble y difícil equilibrio: no lesionar la libertad del legislador, sometido a la Constitución, por sólo a ella, ni lesionar la potestad jurisdiccional de los jueces y tribunales integrados en el poder judicial, llegando en definitiva a la conclusión de que pretender que el propio legislador las defina con claridad y de forma exhaustiva es “una esperanza tan ingenua como posible”, concluyendo que en último término quien las definirá será el propio Tribunal Constitucional. *Cfr.* “Juzgar, arbitrar, legislar”, artículo publicado en el diario *El País*, del 11 de febrero de 1994, pp. 13 y 14.

<sup>24</sup> Véase Alegre Martínez, M. A., “El alcance del fallo en el recurso de amparo (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994)”, *Revista General del Derecho*, núms. 598 y 599, 1994, pp. 7871-7902.

<sup>25</sup> Como recuerda Figueruelo Burrieza, A., *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Madrid, 2001, p. 81, una de las primeras propuestas de reforma del amparo fue realizada por el presidente del Tribunal Supremo en el marco del agrio debate producido a principios de 1994 en la cual se proponía que se retirara la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los recursos de amparo constitucional como consecuencia de la violación de las garantías procesales fundamentales contenidas en el artículo 24 de la Constitución Española puesto que mantenía que debía ser la propia jurisdicción ordinaria la que satisficiera la protección de tales garantías.

cultad intrínseca que para el legislador tiene abordar estas cuestiones sino porque, especialmente si tomamos en consideración las profundas reflexiones de Aragón Reyes,<sup>26</sup> el estado de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria (sobremanera con el Tribunal Supremo) no se sustenta sobre un clima apacible, sino más bien al contrario, generalmente tenso, en algunos momentos crítico —a nuestro personal parecer—, en el cual conviven con fricciones constantes entre uno y otro. Señala el autor que la crítica suscitada desde el ámbito judicial de que el Tribunal Constitucional invade competencias del Tribunal Supremo parte de un equivocado planteamiento. Sostiene que en materia de derechos fundamentales no hay una relación de competencia entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial sino de jerarquía y que una artificiosa distinción entre cuestiones de inconstitucionalidad y de legalidad como sustento de dicha distribución competencial conduce al fracaso porque en la mayoría de los casos dicha distinción resulta materialmente imposible. Deberá en este sentido por tanto tomar buena nota el legislador llegado el momento de acometer los ajustes legales pertinentes al respecto y, si se me permite la expresión, “poner a cada uno en su sitio”.

### III. EL EFECTO EXTENSIVO DE LA SENTENCIA A LOS NO RECURRENTES EN LA CASACIÓN PENAL ESPAÑOLA

Una de las cuestiones asentadas en la doctrina procesal, y también en el marco específico procesal constitucional del amparo (como bien recuerda la sentencia estudiada en su fundamento jurídico 5) es la relativa a los efectos de la sentencia que resuelve la impugnación planteada y su posible, o no, extensión a otros sujetos no recurrentes. La idea general que subyace en la cuestión es que la impugnación de resoluciones judiciales —y por ende el acceso, en su caso, al amparo constitucional— es una decisión totalmente personal por parte de quien se siente perjudicado por la decisión jurisdiccional y pretende una reversión o mejora de la misma acudiendo a un medio impugnatorio.

Este componente individual implica por tanto una tutela absolutamente singular de los derechos del recurrente que no conforme con la decisión judicial, y para impedir la producción del efecto de cosa juzgada de

<sup>26</sup> Cfr. “Problemas del recurso de amparo”, en Pérez Tremps, P. (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, 2004, pp. 172 y ss.

la misma y su correspondiente firmeza, opta, en un libre y legítimo ejercicio de sus expectativas jurídicas subjetivas, por utilizar alguno de los medios de impugnación, ordinarios o extraordinarios, e incluso el acceso al amparo constitucional en su caso. De ahí, *contrario sensu*, también hemos de inferir que en aquellos casos en los cuales, en materia penal, exista una pluralidad de coacusados (condenados) y algunos opten por no utilizar los medios de impugnación, y con ello consentir la firmeza de la resolución judicial, implicaría, teóricamente, que un posterior cambio en el sentido de la resolución judicial común no debiera afectarles puesto que han optado por asumir la previa decisión judicial no impugnándola en tiempo y forma. En este sentido y a colación de la cuestión que planteamos en el presente trabajo (la posibilidad de que se genere el efecto extensivo de la sentencia de amparo, en materia penal, a un coacusado no recurrente) no debemos olvidar que el artículo 861 bis b) de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) española dispone, haciendo referencia al recurso de casación, que “cuando el recurso hubiera sido preparado por uno de los procesados, podrá llevarse a efecto la sentencia, desde luego, en cuanto a los demás, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 903”.

En el caso particular estudiado el coacusado, y condenado, no recurre la sentencia y por tanto la misma devino firme para él —siguiendo lo que dispone el artículo 861 bis b) LECrim—, pudiendo llevarse a efecto la misma y produciendo simultáneamente el efecto de cosa juzgada, que solo es revocable si se acude a alguno de los medios extraordinarios de rescisión del citado efecto, como son en el caso español el proceso de revisión (artículos 954 y ss., LECrim) o el recurso de anulación (artículo 793.2 LECrim) en ninguno de cuyos supuestos se encontraría, *a priori*, la situación del coacusado no recurrente, por ello el hecho de que otro coacusado que sí estimó la posibilidad de acceder al amparo, al serle éste reconocido y favorable a su posición jurídica en ningún caso debería afectar a quien pudiendo no quiso evitar la firmeza de la resolución judicial que le condenó y pretende beneficiar su inactividad y conformidad con la situación jurídica establecida por sentencia firme con la diligencia, interés y opción procesal de otro coacusado.

Siendo este el escenario general en el proceso penal español, y particularmente en el ámbito de la casación (medio de impugnación de carácter extraordinario en nuestro sistema judicial), es innegable la vigencia

legal del denominado, en el artículo 903 de la LECrim, “efecto extensivo”, y que con ello rompe este paradigma para otorgar un beneficio al coacusado (condenado) que no ha recurrido en dicha instancia —y por tanto que se encuentra vinculado al contenido de una previa sentencia firme para él—, pero que ante determinados requisitos si se beneficiará en su situación de los resultados positivos de un recurso de casación interpuesto por otro coacusado, y que en definitiva es la situación que se sugiere y plantea en el voto particular de la sentencia 192/2004, del 2 de noviembre, con la particularidad, aún mayor, de que se recomienda su aplicación analógica<sup>27</sup> para un ámbito respecto del cual no está previsto legalmente como es la apelación penal (no en vano el asunto, una vez estimado el amparo y anulada la sentencia de la audiencia provincial, debe volver a este órgano que, apuntamos, no es el competente en nuestro sistema para conocer y pronunciarse en casación).

El artículo 903 de la LECrim, ubicado dentro de la regulación específica del recurso de casación, dispone textualmente:<sup>28</sup> “cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará a los demás

<sup>27</sup> En este sentido, Montón Redondo estima que no debieran encontrarse obstáculos para admitir su empleo también en la apelación contra sentencias siempre y cuando concurren las mismas circunstancias que para su aplicación se requieren en la casación (artículo 903 LECrim.). Argumenta su posición en dos razones fundamentales: una, de simple técnica legislativa y otra por coherencia con los principios generales de protección al acusado y de igualdad. Así recuerda el autor que “la apelación contra sentencias, en causa por delito, es relativamente reciente en nuestro ordenamiento procesal, mientras que la casación fue, durante mucho tiempo, el único recurso posible en tales causas. Eso nos hace pensar que la intención del legislador se manifestaba en los orígenes de la LECrim., respecto a ese único recurso; que no se haya hecho lo mismo después respecto de la apelación, muy posterior en el tiempo (desde 1967) no supone necesariamente que sea una forma de excluirlo tácitamente, sino que muy bien puede entenderse como una simple omisión producto, como otras muchas, de la defectuosa técnica del legislador contemporáneo. Además, de no ser así, resultaría difícil comprender por qué el mencionado efecto jugaría o no, incluso dentro de una misma vía procedimental, dependiendo del órgano al que correspondiera su conocimiento... dado que no es el tipo de delito, sino las circunstancias que rodean la situación personal de los acusados o los motivos del recurso, los que permiten el efecto extensivo, parece lógico que, en igualdad de circunstancias, el tratamiento sea igual para todos”. *Cfr.* con Montero Aroca *et al.*, *Derecho jurisdiccional III (proceso penal)*, 2005, p. 362.

<sup>28</sup> Véase Fenech, M., *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1952, t. II, pp. 66, 67 y 520 y Carnelutti, F., “Effetto estensivo della casazione penale con rinvio”, *Revista di Diritto Processuale Italiano*, 1946, vol. II, pp. 215 y ss.

en lo que les fuere favorable,<sup>29</sup> siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que les fuere adverso”.<sup>30</sup> Incluso en un análisis más profundo dicho precepto viene a generar una situación difícilmente entendible por la propia naturaleza del proceso penal y del contenido y efectos de las sentencias dictadas en su seno pero que ante la situación planteada puede generar (¿o degenerar?) en que un condenado, con sentencia firme, rindiendo su pena se encuentre, de la noche a la mañana, gracias a la actividad de otro coacusado y en función de la estimación del recurso de casación interpuesto por este último, con una situación más favorable y que reconduciría la ejecución que estaba cumpliendo hasta ese momento hacia los nuevos términos de la nueva sentencia que le aprovecha, justificando con ello la posición, que compartimos, de Gisbert Gisbert<sup>31</sup> de que cabe ante esta particular situación hablar entonces de una “ejecución provisional de la sentencia penal”, la cual queda, como apunta el autor mencionado, en función de la decisión judicial puesto que el propio artículo 861 bis b) LECrim no impone la ejecución provisional cuando se dan los presupuestos fácticos a que se alude en el mismo sino que concede al tribunal

<sup>29</sup> Ejemplos de la aplicación de este efecto extensivo podemos encontrarlos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en resoluciones como las sentencias de 14 de abril de 1989 (FJ 4 estableciendo que “al prosperar el recurso por ese motivo, esta sala conforme al artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal asume la plena jurisdicción para dictar la segunda sentencia conforme a derecho en los términos que dicho precepto establece y ello le obliga a tener en cuenta también el artículo 903 ya que al procesado no recurrente sujeto de la secuencia comisiva descrita en el relato fáctico, le son de aplicación los mismos razonamientos por lo que debe aprovecharle en cuanto le favorezca, debiendo así hacérselo extensivo en dicha segunda sentencia”; 21 de febrero de 1989; 28 de marzo de 1990; 9 de noviembre de 1998; 27 de abril de 1999 (en que se produce la absolución del recurrente en casación lo cual “en virtud de lo prevenido en el artículo 903 LECrim, la absolución por el delito de contrabando acordada respecto a todos los recurrentes, es extensible, también al tercer condenado no recurrente Juan Carlos NM”).

<sup>30</sup> En este sentido, la sentencia 249/2005, del 10 de octubre, delimita claramente como el efecto extensivo de los recursos sólo puede ser aplicado en sentido beneficioso al condenado y nunca en sentido perjudicial, puesto que en el asunto resuelto en la citada sentencia otorga el amparo al coacusado que había sido absuelto en sentencias anteriores y que es condenado a raíz del recurso de apelación interpuesto por otro coacusado estimando en este sentido el Tribunal Constitucional que se vulnera la prohibición legal *de reformatio in peius* y con ello su derecho a la tutela judicial efectiva.

<sup>31</sup> Cfr. Gisbert Gisbert, A., “La ejecución provisional de la sentencia penal”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 6525, 2006, pp. 1 y ss.

de instancia la posibilidad de acordar que se lleve a efecto la sentencia desde luego cuando lo estime conveniente. No cabe dar otra interpretación, según su postura que asumimos, dada la utilización de la expresión “podrá”.

#### IV. REPERCUSIÓN DEL POSIBLE EFECTO EXTENSIVO EN LA SENTENCIA DE AMPARO EN MATERIA PENAL A LOS NO RECURRENTES

Llegados a este punto de nuestro estudio, queda patente que el efecto extensivo proclamado en el artículo 903 LECrim, implica la posibilidad —no obligatoria, es cierto— de ampliar las repercusiones, en lo que beneficien y nunca en lo que puedan ser perjudiciales, de la resolución de un medio de impugnación —y no sólo en casación tal y como ha planteado la doctrina y ha corroborado la propia jurisprudencia del tribunal constitucional (sentencia 249/2005)— a los coacusados no recurrentes que se encuentren en la misma situación que aquel, o aquellos, que han mantenido el recurso y han obtenido resolución en su favor. Ahora bien, ¿es trasladable dicho efecto extensivo, de carácter netamente procesal penal pero ajeno a cualquier tipo de derecho o libertad protegido constitucionalmente, al ámbito de las sentencias estimatorias de amparo respecto de aquellos coacusados no recurrentes en materia penal? Este es el asunto que nos concierne y que seguidamente trataremos de solventar.

Descifrar la posible aplicación del efecto extensivo de la sentencia estimatoria de amparo al coacusado no recurrente en materia penal creemos que pasa inexcusablemente por una cuestión planteada tiempo atrás con carácter general por Bocanegra Sierra<sup>32</sup> como es la relativa a “la validez metodológica de la adaptación de los conceptos procesales generales al derecho procesal constitucional”, esto es la posible adaptación y traslación de los conceptos puramente procesales al marco del proceso constitucional. En el caso analizado, como en otros muchos que se plantean, de la aplicación particular al argumento aquí expuesto de esa hipotética adaptación podemos extraer la solución lógica, legal y racional.

La conclusión que nos ofrece el autor mencionado es, en principio, la resistencia y objeción a esa posible transposición de conceptos del derecho procesal al específico campo del proceso constitucional justificada por sec-

<sup>32</sup> Bocanegra Sierra, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982, pp. 161-171.

tores de la doctrina en que “el derecho procesal constitucional se resiste por lo menos a aceptar lisa y llanamente los principios y desarrollos concretos procedentes del derecho procesal general, e incluso se ha podido afirmar que el propio derecho procesal constitucional es una suerte de derecho constitucional material que debe, por tanto, ser extraído e interpretado con los métodos propios de éste”. Se completa lo anterior con

el hecho de que la LOTC no contenga una regulación acabada de las normas procesales que el tribunal constitucional deba utilizar —el artículo 80 de la LOTC remite a la supletoriedad de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien esta remisión no es total sino parcial para algunas materias muy concretas lo cual inevitablemente determina la existencia de ciertas lagunas procedimentales—, junto con el dato de la propia y singular posición del tribunal constitucional que le sitúa en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios, lleva consigo importantes consecuencias procesales...

Y relata el propio Bocanegra Sierra<sup>33</sup> cómo para un sector doctrinal “el derecho procesal constitucional es una parte del derecho material constitucional, debiendo, por tanto, ser tratado con las técnicas propias de éste, lo que, desde luego, supone distanciarse esencialmente de las ideas que presiden la construcción del derecho procesal general”.

Modestamente entendemos, y defendemos, la pertenencia del derecho procesal constitucional al ámbito del derecho procesal general, si bien es cierto con singularidades y características propias, pero las mismas que pueden proclamarse del proceso civil, del penal, del administrativo, del laboral, o incluso llegado del caso del militar o del de menores. Negamos pues una interpretación constitucional material de la vertiente procesal de la actividad del tribunal constitucional y su procedimiento, especialmente en materia de amparo, puesto que las particularidades, muy relevantes es cierto, en este ámbito provienen básicamente de la configuración legal que se ha efectuado —ajena al tribunal constitucional—, es por tanto una opción de política legislativo-constitucional.

Únicamente queda, para delimitar aún más el tema planteado, la cuestión relativa a la labor interpretativa del tribunal constitucional y especialmente en cuanto a colmar las lagunas en materia procesal constitucional que va encontrando en su quehacer jurídico. Es evidente que en primer

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 165.

término esa es una labor que corresponde al legislador, fundamentalmente por vía de reforma de la LOTC, siendo éste quien debe regular el contenido del proceso constitucional, pero que en segundo término asume el tribunal constitucional pero siempre bajo dos importantes coordenadas: una, el absoluto respeto a la competencia de los tribunales ordinarios y con ello a la interpretación y aplicación por estos de la legalidad ordinaria, y dos, propiciando con su actuación el desarrollo de los principios básicos del proceso constitucional de amparo desde el plano general del derecho procesal pero con las connotaciones y singularidades muy acentuadas que la especialidad procesal constitucional demanda.

De este modo la asunción directa, en el caso de la sentencia comentada, del efecto extensivo de la sentencia estimatoria de amparo al coacusado no recurrente (concepto típicamente procesal penal) no sería viable por parte del tribunal constitucional español a tenor del marco legal vigente (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). En ese sentido el tribunal opera correctamente puesto que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria (estipulada en la Ley Procesal Penal) sobre la cual no puede ni debe pronunciarse y mucho menos aplicar, y sobre la cual es opinable, esto queda para la formada conciencia de cada uno de los lectores del presente trabajo, si en el voto particular es deseable u oportuno que se haga esa observación<sup>34</sup> —en cuanto a recomendarse que pueda apreciarse el efecto extensivo al coacusado no recurrente en la nueva sentencia a dictar por la justicia ordinaria una vez al prosperar el amparo se anula la decisión de apelación—.

Además la cuestión se torna más compleja desde el plano de la viabilidad técnico procesal de la cuestión puesto que para el coacusado no recurrente en amparo, a quien teóricamente debe beneficiar dicho efecto extensivo de ser aplicado, dicha decisión ha adquirido firmeza por consentirla éste no recurriéndola en amparo y con una más que difícil posibilidad de acceder al proceso de revisión que la desligaría del efecto de cosa juzgada que la misma ya produce hace tiempo, junto a que la anula-

<sup>34</sup> El texto del recientemente reformado mediante Ley Orgánica 6/2007, artículo 54 de la LOTC indica que: “Cuando la Sala o, en su caso, la sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

ción de dicha resolución —insistimos, que para dicho coacusado es firme— en sede de amparo es proclamada expresamente por el tribunal constitucional en el fallo de la sentencia 192/2004 únicamente respecto del coacusado recurrente en amparo (textualmente: “anular respecto de él la sentencia núm. 651/2002 dictada por la sección segunda de la audiencia provincial de Granada...”) nos conduce, en definitiva, a afirmar sin ambages que no creemos posible, además de por las razones ya esgrimidas en los párrafos anteriores, la aplicación de dicho efecto extensivo de la sentencia estimatoria de amparo al coacusado (condenado) que no recurrió en amparo, lo contrario vulneraría los elementales principios de legalidad y seguridad jurídica que sostienen el andamiaje de cualquier sistema legal moderno.<sup>35</sup> El amparo se debe ceñir estrictamente a la protección de los derechos de quien lo promueve sin incluir a aquellos que pudiendo hacerlo desecharon o descartaron tal opción legítima.

Meridianamente claro se había delimitado el objeto de nuestras reflexiones (la posible extensión de los efectos de una sentencia estimatoria de amparo en materia penal a un coacusado no recurrente) en jurisprudencia previa del propio tribunal constitucional, concretamente en la sentencia 11/1992, en cuyo fundamento jurídico 2, ya había proclamado el órgano supremo de aplicación e interpretación constitucional en España que:

En el aspecto formal, alega el demandante que el amparo debe extenderse a los otros dos conductores condenados que se encuentran en la misma situación de falta de acusación y consiguiente indefensión que la del propio demandante, invocando a tal propósito que el artículo 903 de la Ley de

<sup>35</sup> En este sentido, en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1992, del 27 de enero, y en un asunto con identidad de razón al analizado en el presente ensayo, el Ministerio Fiscal en su posición se pronunciaba expresamente contrario a la concesión de dicho efecto extensivo alegando: “En cuanto a la petición de que el amparo se extienda a los otros dos conductores condenados que se encuentran en la misma situación que el recurrente, el Ministerio Fiscal se opone a ello por entender que lo dispuesto en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con las sentencias de casación, no es aplicable al recurso de amparo, cuyos efectos deben limitarse a proteger los derechos de quien promueve sin incluir a aquellos que pudiendo haberlo hecho no lo hicieron, como son esos otros dos condenados, cuya situación, por otro lado, a juicio del Ministerio Fiscal, no guarda identidad esencial con la del demandante. Considera, por ello, el Ministerio Fiscal que el amparo debe quedar limitado a quien lo reclama, entendiéndose que debe otorgarse, anulando la sentencia de apelación en lo que se refiere a la condena del demandante”.

Enjuiciamiento Criminal dispone que la sentencia estimatoria de la casación “aprovechará a los demás en lo que les fuera favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declara la casación de la sentencia”. Esta alegación no es aceptable, debiendo, por el contrario, reducir el ámbito subjetivo del amparo al condenado que lo ha promovido, aceptando en este punto la tesis del ministerio fiscal, puesto que el recurso de amparo, de acuerdo con la naturaleza de derechos de la personalidad que tienen los fundamentales garantizados por la Constitución, no es una nueva instancia jurisdiccional (STC 62/1982), ni se configura como un recurso de casación (STC 21/1982), sino que es un instrumento procesal dotado de sustantividad propia, para cuya utilización solo vienen legitimadas las personas directamente afectadas, entendiéndose como tales (STC 123/1989) aquellas que sean titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado (STC 141/1985), que son las únicas autorizadas para impetrar la protección del propio derecho y no de derechos ajenos de los que no tengan la representación, ni hayan sido ejercidos por sus titulares; situación en la que se han colocado voluntariamente los otros dos condenados a los que el aquí demandante pretende tan indebidamente extender los efectos de la Sentencia resolutoria de este amparo, caso de ser estimatoria, ya que ni siquiera han respondido positivamente al emplazamiento que se les hizo de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.2 de la LOTC, aunque fuese para formular las alegaciones que estimaren pertinentes a favor del otorgamiento del amparo, supuesto en el que tampoco podrían beneficiarse de los efectos de nuestra Sentencia en atención a que esa cualidad de personalísimo que tienen los derechos fundamentales impide que la falta de interposición de recurso de amparo propio sea subsanable por la vía de coadyuvar con el demandante.

En conclusión, no alude el contenido del fallo, como podemos comprobar, en ningún caso al coacusado no recurrente. Es cierto que con ello nos avocamos a una futura situación de posible desigualdad formal, y quizá material en función del hipotético resultado de la sentencia de apelación anulada y que deberá volver a dictarse, entre uno y otro coacusado, pero esto es debido y propiciado únicamente por la actividad constitucional procesal de uno —demandando el amparo— y la inactividad del otro que debemos valorar si es causa suficiente, y aceptable, para dicha desigualdad jurídica, lo que si debemos afirmar tajantemente es que en ningún caso, con las normas vigentes en la mano, es una irregularidad legal.

## V. POSICIÓN FINAL

La normativa legal vigente en España en materia de amparo constitucional y en su particular aspecto de la posible extensión de los efectos positivos de la sentencia estimatoria de amparo al coacusado no recurrente no alberga tal posibilidad. Dichas sentencias son estrictamente declarativas respecto de la lesión o vulneración del derecho fundamental invocado, y por ello conllevar la declaración de nulidad de una resolución judicial avocando a una nueva resolución, además son rígidamente individuales por cuanto el fallo se proclama, y alcanza, únicamente el recurrente en amparo.

El fallo en amparo, en el asunto analizado y en general, es una cuestión absolutamente individual<sup>36</sup> que únicamente concierne, y afecta, al recurrente, con ello el efecto extensivo de la sentencia estimatoria de amparo, a día de hoy, con la legalidad vigente, es inviable.

Lo contrario nos conduciría a desvirtuar el amparo constitucional, y en este caso a transformarlo en una especie de supercasación penal, cuestión a evitar en todo caso. En definitiva el camino correcto a seguir lo indicó con acierto la sentencia del tribunal constitucional 89/1983, en cuyo FJ 2 dispuso que

es absolutamente claro que la facultad de interpretar y aplicar la ley penal corresponde a los tribunales de ese orden y que sólo dentro del mismo, a través de los recursos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece, puede buscarse la corrección de los defectos eventualmente producidos en tanto que éstos se reduzcan a errores en la interpretación de las leyes penales sustantivas, pues de otro modo, si se aceptase la identificación entre infracción de ley e infracción constitucional resultaría desnaturalizado para convertirse en un recurso universal de casación.

Ha de distinguirse plenamente, y sin interferencias, entre el plano de la legalidad ordinaria, y en el caso analizado la efectiva virtualidad del

<sup>36</sup> Como prototipo tómesese el fallo de la sentencia analizada en la cual indica en Tribunal Constitucional que estima la demanda de amparo y en consecuencia —el énfasis es nuestro—:

1. Declarar que han sido *vulnerados los derechos del demandante* a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

2. *Reestablecer al recurrente* en la integridad de sus derechos y, a tal fin, *anular respecto de él* la sentencia núm. 651/2002 dictada por la sección segunda de la audiencia provincial de Granada del 15 de noviembre de 2002.

efecto extensivo de la sentencia penal en sede de recurso al coacusado no recurrente, en lo que le beneficia y nunca en lo que le pueda perjudicar, que se otorga en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 903) y sólo por tanto puede aplicarse por los órganos jurisdiccionales ordinarios, y el plano de la legalidad constitucional que no contempla dicha posibilidad para la sentencia estimatoria de amparo, y por tanto no permite que el coacusado no recurrente en amparo pueda beneficiarse del otorgamiento del mismo en un proceso constitucional en el cual no ha sido parte y además chocando frontalmente con la paralela firmeza de la sentencia de la jurisdicción penal ordinaria que es inatacable para él por el efecto de cosa juzgada producido al no impugnarse la misma ni someterse y cuestionarse lesión de derechos fundamentales en el procedimiento para su consecución al amparo constitucional.

#### VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., “El alcance del fallo en el recurso de amparo (comentario a la sentencia del tribunal constitucional 7/1994)”, *Revista General del Derecho*, núms. 598 y 599, 1994.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Justicia constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, con la colaboración de P. SAAVEDRA GALLO, 2a. ed., Valencia, 1989.
- ARAGÓN REYES, M., “Problemas del recurso de amparo”, en PÉREZ TREMP, P. (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, 2004.
- BARREIRO, A. Jorge, “El recurso de amparo: ¿una supercasación penal?”, *Revista Jurídica La Ley*, 1994.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982.
- CARNELUTTI, F., “Effetto estensivo della casazione penale con rinvio”, *Revista di Diritto Processuale Italiano*, vol. II, 1946.
- CARRILLO LÓPEZ, M., “La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo”, en PÉREZ TREMP, P. (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, 2004.
- CORDÓN MORENO, F., *El proceso de amparo constitucional*, Madrid, 1987.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Sobre el amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Madrid, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, H. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, 2006.
- GIMENO SENDRA, V., *El recurso de amparo*, 2a. ed., Madrid, 1988.
- GISBERT GISBERT, A., “La ejecución provisional de la sentencia penal”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 6525, 2006.
- GÓMEZ AMIGO, L., *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Pamplona, 1998.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., “La ejecución de la sentencia estimatoria del amparo constitucional”, *Revista Jurídica La Ley*, 1988.
- MARTÍN DE LA VEGA, A., *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, Bogotá, 2002.
- OLIVA SANTOS, A. de la, “La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria”, *Revista Colex*, núm. 12, 1995.
- PIBERNAT DOMENCH, X., “Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento del amparo constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990.
- REMÓN PEÑALVER, J., “La lucha por la seguridad jurídica”, *Diario la Ley*, núm. 6642, 2007.
- VIVES ANTÓN, T., “Tribunales de justicia y jurisprudencia constitucional”, *Poder Judicial*, núm. 2, 1986.