

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Manuel de la Haba Álvarez y, en su virtud:

1.º Reconocer el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Córdoba de 18 de mayo de 1998, en lo que se refiere a la aplicación del apartado B) de la tabla V del Anexo de la Ley 30/1995, y la nulidad de la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de la misma ciudad de 30 de diciembre de 1998.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno, a fin de que el referido Juzgado de Instrucción dicte nueva Sentencia en los términos expuestos en el fundamento jurídico cuarto de esta decisión.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil dos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Firmado y rubricado.

**6296** *Sala Segunda. Sentencia 50/2002, de 25 de febrero de 2002. Recurso de amparo 880/99. Promovido por don Eugenio Ortiz de las Heras frente a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que, revocando el fallo de instancia absolutorio, le condenó por un delito de imprudencia profesional médica con resultado de lesiones.*

*Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la presunción de inocencia: impugnación en el recurso de casación penal del relato de hechos probados de una Sentencia absolutoria; condena en grado de recurso que no altera los hechos, y que no fue impugnada en incidente de nulidad de actuaciones. Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 880/99, promovido por don Eugenio Ortiz de las Heras, representado por el Procurador don Antonio Ramón Rueda López y asistido del Letrado don Adrián Dupuy López, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 22 de enero de 1999 que, estimando recurso de casación, condena al recurrente como autor responsable de un delito de imprudencia profesional con resultado de lesiones a la pena de un año de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica por período de un año, pago de costas y a que indemnice

a los perjudicados en la suma de treinta millones de pesetas. Han comparecido don Luis Miguel Ferrer Ramírez, representado por el Procurador don Carlos Piñeira de Campos y defendido por el Letrado don Luis Delgado de Molina, y la compañía mercantil Asistencia Sanitaria Interprovincial (Asisa), representada por el Procurador don Antonio Miguel Ángel Araque Almendros y defendida por el Letrado don Manuel Caballero Caballero. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 2 de marzo de 1999, el Procurador don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de don Eugenio Ortiz de las Heras, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de 22 de enero de 1999 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, estimando recurso de casación interpuesto contra Sentencia absolutoria de 23 de octubre de 1997 de la Audiencia Provincial de Alicante, casó y anuló esta última resolución judicial y dictó otra en la que condenó al actual demandante de amparo como autor responsable de un delito de imprudencia profesional con resultado de lesiones a las penas de un año de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica por período de un año, pago de costas y a que indemnice a los perjudicados en la suma de treinta millones de pesetas.

2. En la demanda de amparo se recoge la siguiente relación de antecedentes fácticos:

a) Con fecha 21 de septiembre de 1995 se presentó querrela en nombre de don Luis Miguel Ferrer Ramírez en contra de don Eugenio Ortiz de las Heras, imputándole la comisión de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones al hijo del querellante antes de nacer, que dio lugar a las diligencias previas núm. 2475/95, que luego devinieron en procedimiento abreviado núm. 93/96, en el que el demandante de amparo fue acusado del delito imputado. Seguida la instrucción de dicho procedimiento abreviado, el mismo fue elevado a la Audiencia Provincial, dando lugar al rollo de Sala núm. 92/97 en el que, previa celebración de juicio oral, se dictó Sentencia bajo el núm. 657 de fecha 23 de octubre de 1997.

La referida Sentencia absuelve al Sr. Ortiz del delito que se le imputaba recogiendo como antecedentes de hecho, hechos probados, fundamentos de derecho y fallo los siguientes:

#### «I. Antecedentes de hecho

Primero: Desde sus Diligencias Previas núm. 2475/95 —iniciadas con querrela presentada por el citado Sr. Ferrer Ramírez— el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alicante, siguió su Procedimiento Abreviado núm. 93/96 en el que fue acusado, por dicho delito, don Eugenio Ortiz de las Heras, antes de que ese procedimiento fuera elevado a esta Audiencia Provincial para proseguir la correspondiente tramitación en el presente Rollo núm. 92/97 de esta Sección Tercera.

Segundo: El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, calificó el hecho de autos como constitutivo de un delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152 (1.º, 2.º y 3.º), en relación con el art. 149 del nuevo Código Penal de 1995 (como más beneficioso que el de 1973), de cuyo delito consideró autor, sin la concurrencia de circunstancia modificativa, al acusado don Eugenio Ortiz de las Heras, para el que solicitó una pena de un año de prisión con la de dos años de inhabilitación

especial para la profesión de doctor en obstetricia y ginecología más al pago de las costas y de una indemnización de treinta millones de pesetas al querellante Sr. Ferrer, con la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Médica Asisa.

Tercero: La acusación particular, en el mismo trámite, calificó el hecho de autos como constitutivo de un delito de imprudencia grave del art. 152 (1.ª 3.ª), en relación con el art. 148 del vigente Código, de cuyo delito también consideró autor al mismo acusado don Eugenio Ortiz de las Heras, sin circunstancias modificativas, y para el que solicitó también, una pena de un año de prisión con la de dos años de inhabilitación especial como ginecólogo, más el pago de las costas incluídas las de la Acusación Particular y de una indemnización al citado Sr. Ferrer de treinta millones de pesetas, por las secuelas de su hijo y 294.480 pts. por gastos ya realizados.

Cuarto: La defensa, en el mismo trámite solicitó la libre absolución de dicho acusado y la declaración de oficio de las costas.

## II. Hechos probados

Son —y así expresa y terminantemente se declaran— los siguientes:

Primero: Sobre las 6 de la tarde del día 22 de septiembre de 1994, en la Clínica Vistahermosa de esta capital y asistida por don Eugenio Ortiz de las Heras, médico ginecólogo, doña María de las Nieves Martínez Dorado, casada con don Luis Miguel Ferrer Ramírez, dio a luz a un niño que precisó de inmediata asistencia para su reanimación, con intubación, del médico anestesista, Dr. Brandolini —que se la prestó— y de la urgente y posterior atención que recibió —previo el correspondiente traslado en la ambulancia— en la sección de Neonatología del Hospital General de San Juan de Alicante, pese a todo lo que dicho niño viene padeciendo una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, secundaria a factores de hipoxia-isquémica cerebral en periodo prenatal.

Segundo: Dicha señora Martínez había ingresado, en la tarde del anterior día 20 en la referida clínica, por indicación del Dr. Ortiz, quién venía asistiéndola de su embarazo por quejarse aquélla de fuertes dolores lumbares que, en principio, dicho Dr. diagnosticó como propios de un cólico nefrítico, por el que fue atendida y tratada en la meritada clínica, donde quedó internada en la tarde de aquel mismo día 20, como una enferma más, pese a que su embarazo —que, en principio fue gemelar— alcanzaba ya las 38 semanas de gestación, aproximadamente.

Tercero: Aunque, además de análisis de orina y de sangre, se le practicó una ecografía obstétrica (indicativa de una marcada disminución de líquido amniótico) y otra abdominal y de gestación (indicativa de “trabajo de parto”), el Dr. Ortiz —que la visitó varias veces, la última, sobre las tres de la tarde del siguiente día 22— insistió en su inicial diagnóstico y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno, el que sí le realizó, a instancias de la Sra. Martínez una matrona de la Clínica sobre una hora después comprobando que aquélla se hallaba ya con una avanzada dilatación por la que, la envió, enseñada al paritorio de la clínica, donde se produjo —ya con asistencia del Dr. Ortiz— el expresado parto, en apenas media hora, aunque con ayuda de ventosa, sin ninguna complicación en el trance de expulsión y sin que se haya acreditado si el niño llegó a llorar o no, antes de ser sometida a su apuntada reanimación.

Cuarto: El día 21 de septiembre de 1995, el citado Sr. Ferrer, presentó la querrela inicial del presente Procedimiento Abreviado, imputando al Dr. Ortiz de un delito de imprudencia temeraria, con resultado de lesiones

como presuntamente ocasionadas antes de nacer su hijo, con el retraso en atender a su esposa en la situación de parto en que ya se encontraba anteriormente y con el consiguiente padecimiento fetal, imputación reiterada después, en su escrito de acusación y en sus conclusiones definitivas de esta causa, y con la que se alineó, en los mismos trámites el Ministerio Fiscal.

## Fundamento de Derecho

Primero. Por las circunstancias que quedan reflejadas en los precedentes “hechos probados” forzosamente tiene que descartarse, la existencia en este caso, del delito “de imprudencia temeraria, con resultado de lesiones”, objeto de acusación en esta causa penal a) Porque, siendo aplicable al mismo, el anterior Código Penal de 1973, (dada la fecha en que se produjo), en éste se definía dicho delito, sancionando a quién “por imprudencia temeraria ejecutase un hecho que, si mediare dolo constituiría delito”; b) porque, en el mismo Código, no se contemplaban las “lesiones al feto”, como delito doloso, y sí sólo las “lesiones a las personas”, es decir, a los ya nacidos, según resulta de la simple lectura de los anteriores artículos 418 y siguientes, todos integrados en el título VIII, Libro II, de dicho Código, que lleva la rúbrica de “delitos contra las personas”, y, c) porque, indudablemente, las lesiones que hoy sufre el niño de autos se produjeron —según las propias partes acusadoras de esta causa— cuando todavía el mismo no había nacido y sólo tenía, por tanto, la condición de “feto”.

Segundo. Que ello era así, en la época de autos, lo está proclamando, ahora, casi unánimemente, toda la doctrina científica penal en sus comentarios sobre el nuevo Código Penal de 1995, al referirse a su título IV del Libro II, que lleva la rúbrica “De las lesiones al feto”, y a sus artículos 157 y 158, referentes a sus dos clases dolosas e imprudentes, respectivamente, con la general afirmación de que dicha normativa, ha venido a llenar la laguna legal que existía en nuestro Derecho penal —largo tiempo ya denunciada y que el Tribunal Supremo pretendió salvar— con cierto desprecio al “principio de legalidad” en su conocida sentencia de 5 de abril de 1995, por la que estimó que sucesos como el alegado en esta causa, por las partes acusadoras podrían tener cabida en el ámbito del delito de las lesiones a las personas del anterior Código Penal.

Tercero. Se impone, por tanto y sin necesidad de otros razonamientos, acordar la libre absolución del acusado, Dr. Ortiz de las Heras, del delito de imprudencia, con lesiones, por que se ha seguido este proceso penal, sin perjuicio de que este mismo caso pueda someterse al conocimiento de la Jurisdicción civil, una vez firme esta resolución.

Cuarto. Por imperativo legal de los arts. 109 y 123 anterior del actual Código Penal respectivamente han de ser declaradas de oficio las costas de este proceso.

Vistos, además de los preceptos citados, los arts 141, 142, 239, 240, 741, y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y demás de general aplicación.

## IV. Parte dispositiva

Fallamos. Que debemos absolver y absolvemos a D. Eugenio Ortiz de las Heras del delito de imprudencia por el que, en esta causa fue acusado; declarando de oficio todas las costas».

b) Notificada la Sentencia a las partes el Ministerio Público y la acusación particular interpusieron contra la misma recurso de casación por infracción de ley. Dicho recurso tramitó bajo el núm. 3823/97 de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo. El día 22 de enero

de 1999, notificada esta parte el día 8 de febrero de 1999, la Sala Segunda dicta Sentencia 726/1998 por la que da lugar a los recursos interpuestos, condenando al demandante de amparo a la pena interesada.

La Sentencia de casación mantiene en sus antecedentes de hecho los mismos hechos probados de la Sala de instancia, a los que se agregan los siguientes, así como los fundamentos de derecho y fallo.

«3. Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon Recursos de Casación por Infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4. El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, se basó en el siguiente motivo de casación. Único. en el único motivo del recurso formalizado al amparo del núm. 1 del art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, se invoca infracción por falta de aplicación del art. 152. 1.º 2.º y 3.º, en relación con el art. 149 del Código Penal de 1995.

El recurso interpuesto por la acusación particular, en nombre de Luis Miguel Ferrer Ramírez, se basó en el siguiente motivo de casación: Único.—El único motivo del recurso formalizado al amparo del núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca, infracción por falta de aplicación del art. 565. párrafo 5.º del Código Penal de 1973, en relación con el artículo 152.1.º 2.º y 3.º y artículo 149 del Código Penal de 1995.

5. Instruidas las partes recurridas de los Recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6. Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 12 de mayo de 1998, habiéndose dictado Autos que prorrogan el término para dictar sentencia.

## II. Fundamentos de derecho

### Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Primero: En el único motivo del recurso, formalizado el amparo del número 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación del art. 152.1 2 y 3, en relación con el art. 149 del Código Penal de 1995.

El Ministerio Fiscal razona que el Tribunal de instancia ha dictado Sentencia absolutoria exclusivamente en base a la inexistente tipificación penal de las lesiones por imprudencia causadas a un ser humano antes de su nacimiento en el texto del Código Penal de 1973 y de ello discrepa apoyándose en la Sentencia de esta Sala de 5 de abril de 1995 en la que se expresa que "el otro", mientras no alcance la categoría de persona (el caso del feto o embrión humano) es más objeto que sujeto pasivo del delito; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción —en sentido lato— se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado, —demostrada la relación causal— trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento...»

Concluye el Ministerio Fiscal su bien construido razonamiento considerando que la actuación del médico inculpado ha de calificarse de imprudencia temeraria ya que se comprueba la existencia de graves omisiones en la asistencia a la embarazada, con incumplimiento de deberes objetivo de cuidado, estando presente el nexo

causal entre su conducta y el resultado de lesiones producido.

El motivo debe ser estimado.

Es cierto que el Tribunal sentenciador construye un relato fáctico del que se infiere que el acusado es médico-ginecólogo que se encarga de la asistencia al embarazo y parto de doña María de las Nieves Martínez Dorado, y pese a que el embarazo, que en principio fue gemelar llevaba aproximadamente 38 semanas de gestación, ante los fuertes dolores abdominales que padece la embarazada diagnostica sin consultar con ningún urólogo u otro facultativo que esos dolores son consecuentes a un cólico nefrítico. Indica su ingreso en una clínica, donde queda internada como una enferma más y no obstante evidenciarse, por la analítica (sangre y orina) y ecografía obstétrica practicada una marcada disminución del líquido amniótico y obra abdominal y de gestación (indicativa de trabajo de parto), insiste en su inicial diagnóstico y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno. Una hora después, sí lo hizo una matrona de la clínica, a instancia de la propia embarazada, comprobando que ésta se hallaba con una avanzada dilatación, por lo que la envió, enseguida, al paritorio, donde se produjo el parto, ya con la asistencia del acusado. El niño nació padeciendo una encefalopatía crónica con retraso en los patrones en la maduración psicomotriz, secundaria a factores de hipoxia-isquémica cerebral.

Esta Sala, en un supuesto similar al que ahora nos ocupamos, y en la Sentencia que hace referencia el Ministerio Fiscal, de 5 de abril de 1995, se decantó en favor de la tipicidad de la conducta como delito de lesiones por imprudencia, afirmando que no se vulnera el principio de legalidad, esgrimiendo, entre otros los siguientes argumentos: en armonía con los avances científicos que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero —conforme a las técnicas más recientes— de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la *mulieris portio* es desconocer las realidades indicadas. La regulación penal anunciada primero en el proyecto de 1992, y actualmente en el de 1994 en proceso de elaboración legislativa otorga a estos hechos una tipificación clara y realista que es eco de las razones últimamente expuestas, pero no implica que llene un vacío normativo porque desde la perspectiva actual es posible dotarles de una construcción jurídico-penal, tal como ha venido haciendo implícitamente la jurisprudencia de esta Sala. En SS de 29 de mayo de 1965, de 5 mayo de 1988, y 1 de abril 1992, referidas a las matronas, y otras a ginecólogos como las de 29 de marzo de 1988, y 4 de octubre de 1990. En conclusión, afirmando como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad.

La tipicidad de conductas como la que nos ocupa en el presente recurso ha sido sostenida por lo expuesto, en la doctrina de la Sala.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 53/1985, ha declarado que la vida humana es un devenir un proceso que comienza con la gestación en el curso de la cual, una realidad biológica va tomando cuerpo y que

la gestación ha generado un "tertium" existencialmente distinto de la madre aunque alojado en el seno de ésta.

El caso que examinamos en el presente recurso de casación no se refiere a una vida humana en formación muy al contrario, las graves lesiones que se exteriorizaron cuando concluyó el parto se causaron al demorarse un nacimiento ya iniciado en una gestación culminada, impidiéndose que la criatura saliera cuando debía del seno materno.

El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya un intento de expulsión del cuerpo materno que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.

Decíamos que el comienzo del nacimiento pone fin al estado fetal, y por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era feto. No existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación, a los efectos pertinentes de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la concepción de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución.

El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de abortos ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una "persona", el otro, al que se refieren el art. 420 del Código Penal derogado y el art. 147 del vigente Código Penal.

Esta Sala, en Sentencia 746/96, de 23 de octubre, ya había señalado las diferencias existentes entre las concepciones biológicas y jurídicas que marcan la noción de vida en el siglo XIX de las que prevalecen actualmente, pues biológicamente es claro, en la actualidad, que la vida existe desde el momento de la concepción y como vida humana en germen es protegida hasta el comienzo del nacimiento. Por consiguiente, y así se infiere de dicha Sentencia, a partir del comienzo del nacimiento deja de ser feto y se inicia su protección como persona.

Debe, igualmente, tenerse en cuenta que la agresión propia de un delito contra las personas, no requiere que la acción u omisión lesiva se produzca mediante actuación directa sobre la víctima. Es perfectamente posible que la acción u omisión que crea la situación de riesgo o peligro para el bien jurídico protegido se produzca a través de otra persona u objeto, otra cosa no puede entenderse cuando el art. 147 del vigente Código Penal y el art. 420 del texto derogado con notoria amplitud se refieren a causar lesión por cualquier medio o procedimiento. Así tiene declarado esta Sala como es expone la sentencia de 9 de junio de 1998, que la reforma de los delitos de lesiones operadas por la L. 08/83 significó un cambio trascendental en la estructuración de los tipos penales que protegen la integridad corporal y la salud, Mediante la nueva redacción se pasó de un sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción que implicaban explícitamente una actuación sobre el cuerpo de la víctima (herir, golpear, maltratar de obra), a otro sistema en el que la forma de la acción carece de una caracterización especial. De esta manera lo decisivo ya no es la forma de acción, sino su causalidad respecto al resultado de

menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental.

Queda, pues afirmada la legalidad de la aplicación del delito de lesiones al caso que nos ocupa, en cuanto resulta perfectamente acreditado por el relato fáctico de la sentencia de instancia, que el objeto de la acción, omisión, y el bien jurídico protegido coinciden en una criatura ya formada y en un tiempo en el que ya se han producido en el organismo de la madre las contracciones de dilatación del útero, tendentes a la expulsión, que el acusado confunde con dolores lumbares consecuentes a un cólico nefrítico. El nacimiento ya se había iniciado y la víctima, por consiguiente, era una persona.

Segundo: Afirmada la legalidad de una posible calificación como delito de lesiones, pasamos a examinar si los hechos son constitutivos de imprudencia temeraria como solicita el Ministerio Fiscal en su recurso.

Un repaso a los momentos más importantes del suceso permiten fundamentar, sin duda, una imprudencia temeraria con resultado de lesiones, que se tipifica como delito de lesiones como imprudencia grave en el Código Penal de 1995.

Así, reiterado lo antes expresado, el acusado es médico-ginecólogo que se encarga de la asistencia del embarazo y parto de doña María de las Nieves Martínez Dorado. Pese a que el embarazo, en principio fue gemelar, llevaba aproximadamente treinta y ocho semanas de gestación, ante los fuertes dolores abdominales que padece la embarazada, diagnóstica, sin consultar con ningún urólogo u otro facultativo, que esos dolores son consecuentes a un cólico nefrítico. Indica su ingreso en una clínica donde queda internada como una enferma más, y no obstante evidenciarse, por la analítica (sangre y orina) y ecografía obstétrica practicada, una marcada disminución del líquido amniótico y otra abdominal y de gestación (indicativa de trabajo de parto), insiste en su inicial diagnóstico y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno. Una hora después, sí lo hizo una matrona de la clínica a instancia de la propia embarazada comprobando que ésta se hallaba con una avanzada dilatación, por lo que la envió, enseguida, al paritorio, donde se produjo el parto, ya con la asistencia del acusado. El niño nació padeciendo una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, secundaria a factores de hipoxia-isquémica cerebral.

El comportamiento humano, criminalmente relevante, puede prestar dos aspectos diferentes un hacer algo, conducta activa, denominada "acción", que también podemos llamar comisión y un no hacer lo debido, en principio considerado como conducta pasiva, denominada "omisión".

Los delitos de omisión ofrecen dos modalidades. Los delitos propios o puros de omisión y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.

La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida, y c) capacidad de realizarla, así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva; la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

La posición de garante del recurrente en los hechos enjuiciados aparece incuestionable en cuanto estaba encargado y asumió la asistencia en el embarazo y en el parto de doña María de las Nieves Martínez Dorado.

Tampoco ofrece cuestión que el acusado omitió varias acciones que le eran debidas, así, en primer lugar, prescindió de consultar un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se quejaba la embarazada y ello lo llevó, por dos veces, a hacer un diagnóstico

equivocado, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico, "lo que eran dolores lumbares propios de trabajo de parto". Igualmente omitió el deber que le era inexcusable de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada, y en definitiva, omitió atender un parto en el momento en el que todos los síntomas le hacían necesarios.

No había nada que restringiera o limitara su capacidad para realizar la acción que omitió y que le era exigible.

El resultado producido en el niño, consistente en el padecimiento de una encefalopatía crónica con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, es concreción de la situación de peligro para la producción de ese resultado que supuso la omisión, por parte del recurrente de los deberes de cuidado que le incumbían respecto a la asistencia ginecológica a la embarazada. Puede afirmarse, pues, la imputación objetiva de ese resultado. Y así viene descrito en el relato histórico de la Sentencia de instancia. Resultado que no se hubiese producido si el acusado se hubiese ajustado al deber de cuidado que le era exigible y hubiese realizado las consultas pertinentes, el inexcusable reconocimiento ginecológico y, en definitiva, atendido el parto en el momento oportuno.

Respecto al tipo subjetivo de un delito de omisión imprudente, este viene constituido por el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar, desconocimiento que hubiese evitado el acusado si hubiera actuado diligentemente y conforme al deber de cuidado que le incumbía. En consecuencia, habrá que apreciar imprudencia respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido no pudo tener conocimiento de la situación de hecho que generaba su deber de actuar. Y todo esto se puede afirmar en este caso, en el que la negligencia no se asienta en el error de diagnóstico, aunque en este caso sea bien patente, sino en las omisiones antes mencionadas que lo permitieron y determinaron la desatención del parto cuando era exigida.

El carácter grave o temerario de la imprudencia fluye sin dificultad del relato fáctico de la sentencia de Instancia ya que las omisiones denunciadas implican un olvido total y absoluto de los más elementales deberes de previsión y cuidado.

Tercero: La ilicitud omisiva imprudente equivale y se corresponde con la causación de un delito formulado en el Código Penal, en este caso un delito de lesiones por imprudencia grave previsto en el artículo 152 del Código Penal de 1995, en relación con el artículo 149 del mismo texto legal, ya que las secuelas producidas se subsumen en una grave enfermedad somática prevista en este último precepto.

El número 3.º del artículo 152 dispone que cuando las lesiones fueran cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un período de uno a cuatro años. Tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular han interesado su aplicación. Mayor agravación supone la imprudencia profesional en el texto de 1973, en el que se configura como una agravación de la temeraria que determina la imposición de las penas del artículo 565 en su grado máximo.

Reiterada Jurisprudencia de esta Sala distingue entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes, cometidas por aquel, en el ejercicio de su arte o oficio, y la culpa profesional propia que aparece, en el artículo 565, párrafo segundo del código de 1973, y apartado 3.º del artículo 152 de 1995, como una especie de subtipo agravado, y viene a englobar de un lado la impericia profesional en la que la agente activo pese

a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriere los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida ya por una dejación inexcusable de los presupuestos de la "lex artis" de su profesión, le conduzca a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional compete y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión. Esta "imprudencia profesional", caracterizada, pues, por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un «plus» de culpa y no una cualificación por la condicional profesional del sujeto (Cfr. Sentencia de esta Sala 29-3-88, 27-5-88, 5-7-89, 1-12-89, 8-6-94, 8-5-97 y 16-12-97).

En el supuesto que examinamos es perfectamente aplicable la doctrina jurisprudencial que se deja expresada para apreciar la concurrencia de la imprudencia Profesional. El recurrente no sólo ha omitido los deberes más elementales que le eran exigibles para evitar el resultado producido, sino que además entraña una mayor reprochabilidad al actuar con máxima delación y olvido de los deberes técnicos —lex artis— que como profesional de la medicina le competían, siendo especialmente reseñable que hubiese prescindido del reconocimiento ginecológico que resultaba inexcusable. Incurre, sin duda, en la agravación específica de haber cometido las lesiones por imprudencia profesional.

Recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Luis Miguel Ferrer Ramírez.

Único.—En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación del artículo 565 párrafo quinto del Código Penal de 1973, en relación con el artículo 152.1, 2 y 3 y artículo 149 del Código Penal de 1995.

La coincidencia de este recurso con el formalizado por el Ministerio Fiscal permite dar por reproducidos los razonamientos jurídicos expresados para estimar aquel recurso; este debe correr la misma suerte.

### III. Parte dispositiva

Fallamos.—Que debemos declarar y declarar haber lugar a los recursos de casación por infracción de ley interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular en nombre de Luis Miguel Ferrer Ramírez, contra sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 23 de octubre de 1997, en causa seguida por delito de lesiones, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas causadas. Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

#### Segunda Sentencia 726/98

##### I. Antecedentes de Hecho

Único.—Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante.

##### II. Fundamentos de Derecho

Primero. Se sustituyen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida por los propios de la sentencia de casación.

Segundo. Conforme se expresa en los fundamentos jurídicos de la Sentencia de casación, los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de lesiones por imprudencia grave cometido por imprudencia profesional, previsto y penado en el artículo 152, apartados 1 y 3, del Código Penal de 1995, en relación con el artículo 149 del mismo texto legal.

Tercero. Que conforme se expresa en la Sentencia de casación, del expresado delito es criminalmente responsable en concepto de autor el acusado Eugenio Ortiz de las Heras.

Cuarto. Que en la realización del expresado delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Quinto. Que el delito de lesiones por imprudencia grave cometido por imprudencia profesional, previsto en los apartados 1.º y 3.º del artículo 152 en relación con el artículo 149, ambos del Código Penal de 1995, viene castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de uno a cuatro años; pena que resulta inferior a la de prisión menor, en su grado máximo —cuatro años, dos meses y un día a seis años—, por la concurrencia de la imprudencia profesional, que impone el artículo 565 del Código Penal de 1873.

No habiendo concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y habida cuenta de la personalidad del acusado y demás situaciones presentes en los hechos, procede señalar como ponderada una pena de prisión de un año e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica igualmente por un año.

Sexto. Conforme dispone en el artículo 109 del Código Penal, la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito, obliga a reparar los daños y perjuicios por el causados. Y el artículo 110 del mismo texto legal se dispone que la responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular han fijado en treinta millones de pesetas el importe de la indemnización por las secuelas causadas. Esa cantidad se considera adecuada a las graves consecuencias padecidas por el niño que consisten en encefalopatía crónica con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, de ahí que proceda la indemnización a Luis Miguel Ferrer Ramírez y María de las Nieves Martínez Dorado, en su condición de padres del niño víctima de los hechos, en treinta millones de pesetas por las secuelas padecidas por su hijo.

La indemnización no puede incluir la cantidad que se solicita por la Acusación Particular en concepto de gastos médicos, ya que el relato fáctico de la sentencia de instancia no ha podido modificarse por impedirlo el cauce procesal esgrimido para fundamentar los recursos de casación. No hay en los hechos que se declaran probados mención alguna a los gastos referidos ni tampoco existen datos que permitan construir la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad médica Asisa que interesa el Ministerio Fiscal. De ahí que no puedan incluirse tales pronunciamientos en esta Sentencia.

Séptimo. Conforme se disponen en los artículos 123 y 124 del Código Penal, procede hacer expresa imposición de las costas al autor criminalmente responsable del delito, siendo de incluir, como así se ha interesado, las costas causadas en la instancia por la acusación particular, sin que existan razones que permitan su exclusión, especialmente cuando la sentencia ha coincidido sustancialmente con sus postulados.

### III. Parte dispositiva

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Eugenio Ortiz de las Heras como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones por imprudencia grave, cometido por imprudencia profesional, a la pena de un año de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica por un período de un año, al pago de las costas incluidas las de la acusación particular ocasionadas en la instancia, y a que indemnice a Luis Miguel Ferrer Ramírez y María de las Nieves Martínez Dorado, en su condición de padres del niño víctima de los hechos, en treinta millones de pesetas por las secuelas padecidas por su hijo».

La Sentencia del Tribunal Supremo se aclara en Auto posterior de esa misma Sala Segunda, de 17 de febrero de 1999, en el sentido de que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica, lo es para la especialidad de obstetricia y ginecología.

3. En la fundamentación jurídica de la demanda, y bajo la forma de motivos del amparo, se alega en sendos motivos la lesión de dos derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE y el derecho a la presunción de inocencia del art. 24. 2 CE.

a) En cuanto a la vulneración del art. 24.1 CE se comienza afirmando, con cita de la STC 27/1995, que «el ciudadano debe obtener resolución razonada, y a ser posible de fondo, de sus pretensiones, siempre que cumpliera normalmente con los presupuestos y requisitos procesales», lo que ha hecho el demandante, que, sin embargo «no ha obtenido resolución razonada de sus pretensiones».

Se dice a continuación que «la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998 (Sala II) reconoce ser motivo de tutela (por indefensión) no haber tenido oportunidad de probar sus pretensiones, en el recurso de casación ante la Sala II».

En su caso, al haber sido «absuelto el hoy demandante por la Sentencia de Alicante, en razón a la irretroactividad del tipo de lesiones al feto y no deducirse improcedencia del *factum* (letras a, b y c del fundamento I de Alicante) el fundamento III señala que “se impone, sin necesidad de otros razonamientos la libre absolución del acusado”».

«Por desgracia [sigue la alegación] si procedían otros razonamientos», pues «la afirmación del *factum* sobre que “las lesiones que sufre el niño... se produjeron ... cuando todavía no había nacido...” de donde mal puede imputarse al doctor Ortiz una mala praxis en el parto, solo puede proceder de los dictámenes judiciales obrantes en autos y ratificados en el Plenario», que se refieren sintéticamente, añadiendo que «el silencio de la Sentencia de Alicante sobre tales dictámenes, favorables al acusado y, sin duda alguna inspiradores de la letra c del Fundamento I ha originado una situación paradójica», pues «el demandante no podía recurrir en casación una Sentencia que absolvía, alegando que dicha sentencia omitía las pericias que le eran favorables. Pero, de haber sido condenada en Alicante, si hubiera podido recurrir ante el Tribunal Supremo por el número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: error de hecho. Pues es notorio que si una sentencia desprecia u omite la pericia sin razonar porqué la repugna [*sic*], la vía del 849-2 prospera. Al absolver sin mentar la pericia, el demandante ha visto cercenada la posibilidad de alegar la favorable opinión de los expertos. Y, debe entenderse, que tal paradoja le ha colocado en indefensión probatoria».

«En segundo lugar, [dice el recurrente] el amparo por tutela judicial permite se revise el rigor lógico de la inferencia en cuanto a los elementos objetivos del

tipo penal», afirmando que «la sentencia del Tribunal Supremo, que revocando la de instancia condena (al aquí demandante), por imprudencia profesional, no corresponde a las reglas de la lógica».

«En efecto: tras repudiar la doctrina de la Audiencia de Alicante sobre la irretroactividad del tipo de lesiones al feto, y mantener que es aplicable el nuevo tipo del 152-1.º (en relación con el número 3 del mismo 152 y con el 149 del nuevo C. Penal) el Supremo, en su fundamento segundo *in fine*... escribe: "el carácter grave o temerario de la imprudencia fluye sin dificultad del relato fáctico de la Sentencia de instancia, ya que las omisiones denunciadas implican un olvido total y absoluto de los más elementales deberes de previsión y cuidado"».

«Con todos los respetos [continúa la demanda] es preciso destacar que el *factum* de la sentencia de instancia (que el Tribunal Supremo debe respetar, a tenor de los recursos planteados, por el art. 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no contiene ni describe la menor omisión de deberes de previsión y cuidado, atribuibles al aquí demandante».

Pasa a continuación la demanda a comparar diversas afirmaciones de hecho contenidas en los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Supremo, que, según el demandante, no se contienen en el *factum* de la Sentencia recurrida en casación.

Se resumen a continuación las argumentaciones precedentes, para concluir el «motivo», con una doble concreción:

1) Que «el aquí demandante de amparo no ha podido desarrollar su prueba, a tenor del artículo 849-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que fue absuelto en la instancia, en la que los peritos atribuyen las desgraciadas lesiones de la criatura a causas congénitas y prenatales».

2) Que «el juicio de inferencia, hecho por la sentencia de la Excm. Sala Segunda, por el que se solicita el amparo, ha creado elementos objetivos del tipo penal que no corresponden a la lógica por la sencilla razón [*sic*] que no existe en la sentencia de Alicante la primera premisa (relato objetivo histórico de los hechos) indispensable para construir la responsabilidad del aquí demandante».

Según la demanda, «el Tribunal Supremo, tras aceptar expresamente, como antecedentes de hecho los declarados expresa y terminantemente como "hechos probados" de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, introduce modificaciones y consideraciones de toda naturaleza que puedan suponer, no sólo una grave alteración de las conclusiones probatorias y, en definitiva de los términos del debate, con olvido de los principios que rigen la casación por el motivo de infracción de ley, sino sobre todo la aparición de una probable vulneración de las garantías del proceso que recoge el art. 24.2 de la Constitución Española, que se traduce en una situación de indefensión».

«En la desviación operada por la sentencia del Tribunal Supremo, que acepta expresamente los hechos probados de la sentencia de instancia, para construir a continuación un entramado fáctico alejado de aquellos, supone la aparición de un vicio de incongruencia en la vía casacional, con aparición de la indefensión constitucionalmente prohibida, al haberse introducido en el proceso elementos y valoraciones frente a los que el demandante no ha tenido ni posibilidad de ejercer contradicción».

b) En cuanto a la vulneración del art. 24.2 CE se afirma que lo que se discute es «la subsunción que se lleva a cabo de unos hechos que no se reflejan en el relato probatorio, y que conduce a la condena, con vul-

neración de las garantías constitucionales del proceso, y más aún con olvido de la presunción de inocencia, puesto que de la prueba practicada no cabe inferir las conclusiones que apodóticamente se consignan en la sentencia».

Se dice a continuación que «la sentencia de Alicante no contiene la menor alusión o reflexión sobre la presunción de inocencia», y que «como la Audiencia de Alicante no explicita la prueba de cargo, indispensable constitucionalmente para una condena, la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo, debería, pese a su falta de intermediación probatoria, haber razonado las pruebas (no celebradas ante la Sala Segunda), que conducen a la condena del aquí demandante».

«Pues bien, la sentencia del Excmo. Tribunal Supremo, no cita una sola prueba incriminatoria. Ciertamente menciona situaciones, que parecen inspiradas en el *factum* de la sentencia de Alicante o, en otros datos de las actuaciones que no se detallan. Pero es prohibitivo apoyar razonamientos probatorios en los hechos probados, puesto que tal operación invierte totalmente la carga probatoria que a un Tribunal compete. Los hechos probados son hijos de la prueba practicada, pero no al revés: La prueba no puede deducirse del *factum* y menos de pasajes de la causa que, por cierto, no se fijan».

«El fundamento jurídico que contiene la prueba de cargo debe detallar si ésta se ha obtenido de declaraciones testificales, y de quien o quienes, e interpretadas con criterios lógicos. O, en su caso, de prueba pericial, e igualmente hay que explicar porqué se cree o se deshecha [*sic*] tal petición. Y, finalmente, cabe apoyar la prueba de cargo en documentos precisos o interpretarlos lógicamente, sin perjuicio de que, si tal hermenéutica es discutible por el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Como en el presente caso, afirma la demanda, «se ignora en un todo la prueba de cargo del plenario, y la preconstituida, y la estimada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por la potísima razón [*sic*] que ni la sentencia de instancia ni la menor prueba de cargo ni la Excm. Sala Segunda aclara si se ha valido de testimonial pericial o documental, es lo cierto que el aquí demandante resulta condenado desconociendo totalmente qué pruebas de cargo se han utilizado en su perjuicio».

En virtud de todo ello se solicita que se declare la nulidad de la Sentencia recurrida, pidiendo por otrosí su suspensión.

4. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda de este Tribunal de fecha 6 de mayo de 1999 se acuerda, antes de resolver sobre la admisibilidad del recurso, dirigir atenta comunicación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo y a la Audiencia Provincial de Alicante a fin de que, a la mayor brevedad posible, remitan certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 3823/97 y acta del juicio del procedimiento abreviado núm. 93/96 (rollo de Sala 92/97).

5. En fecha 19 de mayo de 1999 se recibe escrito de la representación del demandante de amparo en el que participa a este Tribunal que, no obstante la interposición del recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 11 de enero de 1999, y con carácter cautelar, ante lo novedoso de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial por Ley 5/1997, de 4 de diciembre, que modificó el art. 240 sobre nulidad de actuaciones, planteó también el citado incidente mediante escrito de fecha 1 de marzo de 1999, que le ha sido rechazado mediante Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999, en el que se acordó «no autorizar la admisión

a trámite del incidente de nulidad de actuaciones». Acompaña sendos documentos (escrito de petición de nulidad y Auto resolviendo el incidente) solicitando su incorporación al recurso de amparo por considerarlo de interés en el mismo.

6. Por providencia de 11 de octubre de 1999, la Sección Tercera de este Tribunal, acuerda, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas en la Secretaría de la Sala y conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formulen las alegaciones pertinentes en relación con la eventual carencia de contenido constitucional de la demanda (art. 50.1.c LOTC).

7. En fecha 8 de noviembre de 1999 se recibe el escrito de alegaciones del demandante de amparo. En él interesa la admisión a trámite de la demanda de amparo reiterando los fundamentos de dicha petición, que ya expresó en dicho escrito de demanda así como en el escrito solicitando la nulidad de actuaciones que dirigió en su día a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

El Ministerio Fiscal, en fecha 16 de noviembre de 1999, presenta escrito solicitando la admisión a trámite del recurso.

La Sala Segunda, por providencia de 27 de enero de 2000, acuerda admitir a trámite la demanda presentada y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes de rollo de Sala 92/97 (dimanante del procedimiento abreviado 93/96 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alicante), debiendo previamente emplazarse, para que comparezcan, si así lo desean, en el recurso de amparo, a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo. Asimismo, por providencia de la misma fecha, la Sala acuerda la formación de pieza separada para tramitar el incidente de suspensión y, de conformidad con el art. 56 LOTC, conceder un plazo de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que aleguen lo que estimen pertinente sobre la medida cautelar interesada.

8. Mediante escrito registrado en fecha 8 de febrero de 2000 la representación del recurrente presentó escrito de alegaciones acerca de la suspensión interesada, reiterando su petición inicial. El Ministerio Fiscal por medio de escrito presentado el 11 de febrero de 2000 solicita se deniegue la suspensión respecto del pago de las costas e indemnización y, por el contrario, se acuerde respecto de la pena de prisión e inhabilitación especial.

Por Auto de 27 de marzo de 2000 la Sala Segunda acuerda la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de un año de prisión y de la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en la especialidad de obstetricia y ginecología durante el mismo período de tiempo, impuestas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999, durante la tramitación del presente recurso de amparo. Y, asimismo, denegar la suspensión de la ejecución del pago de las costas procesales y del abono de la indemnización de 30 millones de pesetas decretada en dicha Sentencia, condicionando la ejecución de este último pronunciamiento a la previa prestación de caución por los beneficiarios perceptores de la indemnización decretada en el mismo, en la cuantía y condiciones que establezca el encargado de la repetida ejecución.

9. En fecha 23 de febrero de 2000 se recibe el escrito de personación de don Luis Miguel Ferrer Ramírez, representado por el Procurador don Carlos Piñeira

de Campos, y en fecha 26 de febrero de 2000 se persona la compañía mercantil Asistencia Sanitaria Interprovincial (Asisa), representada por el Procurador don Antonio Miguel Ángel Araque Almendros.

10. Mediante diligencia de ordenación de 6 de abril de 2000 se acuerda tener por personada y parte a la representación procesal de las dos partes comparecidas en este proceso constitucional y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, a fin de que presenten las alegaciones que estimen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

11. Mediante escrito presentado en fecha 5 de mayo de 2000 evacúa el trámite de alegaciones la representación procesal de don Luis Miguel Ferrer Ramírez, querellante en el proceso *a quo*. En él analiza los dos motivos en que se fundamenta el recurso de amparo interpuesto de contrario. Respecto del primero, lesión del derecho de tutela judicial efectiva, alega, en síntesis, que las sentencias recurridas han procedido a una aplicación razonada y razonable en coherencia con los hechos probados y con las inferencias lógicas hechas a partir de los mismos, sin que corresponda al Tribunal Constitucional revisar o corregir dicha calificación jurídica una vez verificada la existencia de la previsión legal y de la sanción aplicada. Respecto de la eventual lesión del derecho de presunción de inocencia alega que ésta fue destruida por prueba de cargo suficiente que dio lugar a la relación de hechos probados contenida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, siendo así que lo que existe es una distinta calificación jurídica o interpretación de las normas jurídicas por parte de ambos Tribunales, pues, mientras la Audiencia Provincial entiende que existe una «laguna legal» respecto del tipo penal, que le llevó a un pronunciamiento absolutorio, la Sala Segunda del Tribunal Supremo considera esos mismos hechos probados como constitutivos de un tipo penal por el que condena al actual recurrente de amparo. En virtud de todo ello termina suplicando la denegación del amparo pedido.

12. La compañía mercantil Asisa, a través de su representación procesal, presenta su escrito de alegaciones en fecha 6 de mayo de 2000. En él, tras señalar que no ha sido condenada en ninguna de las instancias judiciales, manifiesta que el amparo demandado es una cuestión por completo ajena a dicha compañía, pero interesa que, en el supuesto de otorgarse el amparo pedido, decretando la nulidad de la Sentencia impugnada, en la determinación de los efectos del amparo deberá dejarse claro que los efectos del mismo nunca podrán incidir en la revisión de la Sentencia en relación con Asisa ni podrá modificarse su absolución, que es una decisión judicial firme. Termina, pues, suplicando que, si se otorga el amparo se haga constar expresamente en el alcance del fallo de la Sentencia de amparo, que éste no afectará a la absolución judicial ya acordada de dicha compañía.

13. Por escrito presentado el 8 de mayo de 2000, el demandante de amparo reitera su petición de amparo, remitiéndose a las alegaciones de su escrito de demanda, a las que añade la invocación de la SSTC 218/1999, de 29 de noviembre, que, aun cuando se refiere a un supuesto de variación de lo decidido en Sentencia firme, guarda similitud con el supuesto actual, en el sentido de que el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada ha modificado el relato de hechos probados fuera del cauce legal establecido para ello, porque el recurso de casación se interpuso por infracción de ley y no por quebrantamiento de forma, lo que obligaba al Tribunal Supremo a respetar el relato de hechos probados de la Sentencia de instancia. Por todo ello suplica la esti-



mación del recurso de amparo interpuesto en los términos que se recogen en su escrito de demanda inicial.

14. El Ministerio Fiscal presenta su escrito de alegaciones en fecha 24 de mayo de 2000. Tras reseñar sintéticamente los antecedentes de hecho, alega el Ministerio Fiscal, respecto del primero de los derechos fundamentales en que se sustenta la queja de amparo, tutela judicial efectiva, que el recurrente critica dos aspectos de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo: de una parte que ha existido una modificación de hechos probados, y, de otra que la parte condenada no ha podido desplegar ninguna actividad de alegaciones y prueba en la casación.

Respecto del primer aspecto es de señalar que el cauce casacional que en su día emplearon las acusaciones lo fue el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, infracción por falta de aplicación de los correspondientes preceptos del Código Penal. Este planteamiento obligaba, aun cuando la Sentencia de la Audiencia Provincial se casara, al respeto de los hechos, toda vez que los mismos no se combatían por las partes recurrentes. La discrepancia del recurrente gira en torno a la consideración de que los hechos se tergiversan en la fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida hasta el punto de introducir otros que desvirtúan la realidad de lo acaecido. A este respecto se pretenden hallar fisuras en la redacción de la Sentencia para patentizar las contradicciones, prescindiendo de la contextualización de las frases o de la globalidad del razonamiento.

La Sentencia ha de considerarse un todo en sus hechos y fundamentos jurídicos, sin que quepa disecionar ambas partes, de tal forma que en ocasiones se desliza algún concepto jurídico o elemento normativo en el *factum*, sin que ello implique predeterminación del fallo, y otras veces las descripciones hechas en los hechos probados se subrayan con otras complementarias o explicativas de las anteriores, que no suponen «invento o creación», ni añaden un plus probatorio a la base que proporcionan los hechos probados. Ello no afecta a la tutela judicial efectiva, que se corresponde con una interpretación razonada de los hechos y de su calificación jurídica y la adopción de un criterio de decisión entendible por el justiciable. En este caso las bases fácticas de la condena se hallan en el respetado relato de hechos que contienen circunstancias suficientes para subsumir en ellos la conducta penal de imprudencia temeraria.

Otra derivación de la tutela se centra por el recurrente en la indefensión, por entender que la modificación del *factum* le ha impedido combatir con anterioridad al dictado de la Sentencia las conclusiones que llevan a la condena. No obstante, que, con arreglo a lo aquí fundamentado, no ha existido una modificación material de los hechos imprevista para la parte recurrente, recurrida en la casación. Por lo demás, consistiendo la indefensión constitucionalmente proscrita una merma sustancial y material y una privación real y efectiva de los medios de alegación y prueba, tal déficit no ha existido.

El recurrente conocía el recurso de las partes acusadoras, que pudo impugnar, pidiendo el mantenimiento de la absolución por los mismos motivos de destipificación de conducta que sostuvo la Audiencia Provincial, o por cualesquiera otros. A tal fin se le dio traslado de los recursos de las acusaciones, que pudo impugnar. En el Tribunal Supremo no cabía practicar ninguna prueba. La probabilidad de condena, pretensión casacional de los recurrentes, se pudo prever como posible por el demandante de amparo, con la base de los hechos que constaban en la Sentencia de instancia, no específicamente recurridos y que, como dijimos, facilitaban sustrato suficiente para una condena. No hubo, pues, ni alteración de los términos del debate ni privación de

medios de defensa, por lo que la indefensión no ha de entenderse producida.

Respecto del segundo de los derechos invocados, presunción de inocencia, se apoya la vulneración, no tanto en la ausencia de pruebas, sino en su exteriorización en la fundamentación de la Sentencia, en la falta de inmediación del Tribunal Supremo para valorar unas pruebas y en el desafecto o desvinculación de los hechos declarados como tales en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante. Pues bien, continúa el Ministerio Fiscal, no se ha creado en la Sentencia del Tribunal Supremo nada que no existiera en la Sentencia de la Audiencia Provincial. Ha existido, pues, un respeto a los hechos, que únicamente se complementan con datos inferidos de aquéllos, siendo el sustrato de la condena la desatención a la enferma y el riesgo creado que potencia la imputación objetiva del resultado. Frente a ello no se puede ni se debe desglosar cada uno de los datos, para entender que debieron constar en los hechos probados para motivar la condena. En definitiva, el Ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo entendió que, manteniendo los hechos probados, era posible subsumir aquéllos en el tipo penal, y no parece que los complementos que el recurrente creía necesarios tengan forzadamente que integrarse en el *factum* para motivar una condena.

En cuanto a la falta de exteriorización del criterio valorativo de las pruebas habidas en el proceso el recurrente dice que ni las hay en la Sentencia de la Audiencia Provincial, por no enjuiciarse el fondo, ni existe una sola línea en la del Tribunal Supremo. Y es de notar el déficit acusado, por cuanto el Tribunal Supremo no tiene sino una genérica alusión en el párrafo segundo del fundamento jurídico segundo de la Sentencia. Quizás hubiera sido necesaria alguna consideración adicional. No obstante lo anterior, —continúa el Ministerio Fiscal— la citada carencia resultaría paliada cuando no eliminada por la especial doctrina del Tribunal Supremo sobre la imprudencia y la presunción de inocencia. En tales supuestos, se dice que «la inocencia de que habla el art. 24.2 ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él. Hay que añadir a ello que de la presunción constitucional de inocencia no deriva necesariamente el carácter fortuito o no negligente de los hechos. Si los hechos y, entre ellos, el comportamiento causante del resultado previsto por la Ley penal han sido probados, decidir si tal comportamiento ha sido imprudente o fortuito es materia dejada a la valoración judicial».

Tal doctrina incide en el presente caso, al tratarse de un supuesto en el que está plenamente probada la participación del recurrente en los hechos omitidos en relación con la parturienta, a la que había asistido durante todo su embarazo, así como su posición de garante en cuanto a la actividad a prestar. Y como complemento a lo anterior habría que tener en consideración, asimismo, la especial estructura del tipo y la doctrina de la imputación objetiva, que permite imputar el delito, y considerar acreedor de la pena correspondiente a quien crea un riesgo a consecuencia de su actuación u omisión en relación con un evento. En este sentido, partiendo de los hechos probados y de los datos por él proporcionados, se puede llegar a la imputación de un resultado sin el nexo causal que se precisa para la comisión de otro tipo de delitos. Esta falta de necesidad de acreditar el nexo causal minora, cuando no elimina, una plasmación particularizada de la prueba habida.

Por todo ello el Fiscal interesa que se dicte sentencia desestimando el amparo solicitado.

15. Por providencia de fecha 21 de febrero de 2002, se señaló para la deliberación y votación de esta Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Constituye el objeto del presente recurso la impugnación por el demandante de amparo de la Sentencia dictada en fecha 22 de enero de 1999 por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, estimando el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, que le había absuelto del delito por el que fue acusado, condenó al actor como autor-responsable de un delito de imprudencia profesional con resultado de lesiones a las penas de un año de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica en la especialidad de obstetricia y ginecología por período igualmente de un año, y al abono de una indemnización de 30 millones de pesetas a los padres del menor lesionado y víctima de los hechos por las secuelas padecidas por su hijo.

El demandante, como ha quedado reflejado en los antecedentes, imputa a la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida la vulneración de dos derechos fundamentales: el de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, y el de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

La fundamentación de cada una de dichas dos vulneraciones se recoge con mayor extensión en el antecedente 3 de esta Sentencia, bastando aquí, a los efectos de sistematizar el ulterior discurso, con una sumaria síntesis.

La vulneración del art. 24.1 CE se construye sobre la base de las siguientes pautas argumentales: a) que el recurrente no ha obtenido una resolución razonada de sus pretensiones; b) que al haber sido absolutoria la Sentencia de instancia se ha visto privado de la posibilidad de impugnar el relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial, que hubiese podido ser impugnado por la vía del art. 849.2 LECrim, si la Sentencia hubiese sido condenatoria, censurando la omisión en dicha Sentencia de las pericias favorables al recurrente; c) que la Sentencia condenatoria del Tribunal Supremo no se atiene a las reglas de la lógica, por la inferencia en ella de unos elementos objetivos del tipo penal, que no se corresponden con el *factum* de la Sentencia de la Audiencia, cuyo relato de hechos se dice respetar, en el que no se contiene la omisión de deberes de previsión o cuidado del actor, pese a lo cual en la fundamentación de la Sentencia del Supremo se contienen afirmaciones de hecho, que son básicas para la condena, lo que le causa indefensión, al haberse introducido en el proceso elementos y valoraciones frente a los que el demandante no ha tenido posibilidad de ejercer contradicción.

En cuanto a la vulneración del art. 24.2 CE se funda sintéticamente en que la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida no indica las pruebas de que se ha valido para el fallo condenatorio, siendo así que la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida en casación guardó total silencio al respecto, al haber absuelto por falta de tipicidad.

Por su parte tanto la representación de don Luis Miguel Ferrer Ramírez, querellante en el proceso *a quo*, como el Ministerio Fiscal, ambos recurrentes en el recurso de casación, niegan las vulneraciones alegadas por el demandante de amparo, por las razones que respectivamente se recogen en los antecedentes 11 y 14, y solicitan la desestimación del recurso de amparo.

Por último, la compañía mercantil Asisa, comparecida en este proceso, alega que el recurso de amparo le es por completo ajeno, y que los efectos de un eventual otorgamiento del amparo deberán advertir expresamente que el fallo no afectará a la absolución judicial de esa compañía ya acordada.

Delimitados los términos del proceso, procede enjuiciar las violaciones constitucionales alegadas por el propio orden de planteamiento del recurrente.

2. Por lo que hace a la vulneración del art. 24.1 CE, siguiendo en su análisis la línea sistemática de la argumentación sintetizada en el fundamento anterior, debe rechazarse la alegación de que el recurrente no ha obtenido una resolución razonada de sus pretensiones. Para que tal alegación pudiera aceptarse era indispensable la concreción de cuáles eran las pretensiones de las que no hubiera obtenido respuesta, lo que el actor no hace. En esas condiciones sólo cabe entender que la censura del recurrente pueda referirse a una falta de razonamiento de la Sentencia recurrida, o en otros términos, de motivación, que la simple lectura de aquélla desmiente, al margen de la posibilidad de su crítica desde otras claves de impugnación.

3. La segunda de las fundamentaciones, referente a la alegada vulneración del art. 24.1 CE, sintetizada en el fundamento jurídico 1, consistente en la imposibilidad del recurrente de impugnar el relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial, al ser absolutoria, tiene aparentemente una mayor enjundia en un plano meramente teórico; pero no en la posible aplicación al caso en función de sus concretas circunstancias.

Debe advertirse de partida que los términos en que se propone en la demanda este fundamento adolecen de algún elemento de confusión, y que incluso vienen a ser contradichos en su funcionalidad posible por otras alegaciones.

Se dice que «el aquí demandante de amparo no ha podido desarrollar su prueba a tenor del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que fue absuelto en la instancia, en la que los peritos atribuyen las desgraciadas lesiones de la criatura a causas congénitas y prenatales».

Las ideas utilizadas por el recurrente de un deficiente «desarrollo de la prueba» o de «indefensión probatoria» no son conformes con el ejercicio en este caso de su derecho a la prueba, respecto del que no se alega ningún reproche concreto. Esas expresiones no reflejan el sentido de la indefensión alegada por el actor, que no consiste en que se haya visto privado de la posibilidad de practicar la prueba que ha considerado conveniente, sino en que en el relato de hechos que soporta su condena no se han tenido en cuenta, a su juicio, las pericias practicadas por él, que, en su criterio, conducen a una solución contraria. Se está planteando, en definitiva, una crítica de la valoración de la prueba, que nada tiene que ver ni con su práctica, ni con el derecho a ella para poder defenderse.

Y en cuanto al elemento de contradicción, deriva del hecho de que, por una parte, se funda la alegada indefensión en el presupuesto de que el actor se haya visto privado de la posibilidad de impugnar el relato de hechos probados, base de su condena; y por otra, y bajo el mismo marco conceptual de vulneración del art. 24.1 CE, aunque desde otra clave impugnatoria, se afirma que «el *factum* de la sentencia de instancia (que el Tribunal Supremo debe respetar, a tenor de los recursos planteados, por el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no contiene ni describe la omisión de deberes de previsión y cuidado, atribuibles al aquí demandante». Esta afirmación es la base de la crítica que se hace a la Sentencia del Tribunal Supremo de introducir «modificaciones y consideraciones de toda naturaleza que pueden suponer, no sólo una grave alteración de las conclusiones probatorias y, en definitiva de los términos del debate, con olvido de los principios que rigen la casación por el motivo de infracción de ley, sino sobre todo la aparición de una probable vulneración de las garantías del proceso que recoge el art. 24.2 de la Constitución Española que se traduce en una situación de indefensión».

Pues bien, en principio no cabe alegar simultáneamente la indefensión derivada de no haber podido impugnar el relato de hechos probados de la Sentencia de instancia, lo que supone el implícito reconocimiento de que ese relato es perjudicial para el demandante, en cuanto soporte de su posible condena penal, y proclamar explícitamente que dicho relato no contiene la omisión de deberes de previsión y cuidado imputables al actor.

Evidentemente, si la tesis del actor es la de que el relato no contiene la omisión de deberes de previsión y cuidado, no se advierte en qué sentido el tal relato puede ser lesivo para él, ni qué necesidad pudiera tener de articular una defensa tendente a su rectificación, de la que se haya visto privado con la consecuente indefensión constitucionalmente significativa.

La alegación del recurrente podría considerarse relacionada con el derecho de tutela judicial efectiva, en su concreto contenido de interdicción de la indefensión, si cuestionase la declaración de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, que le absolvió por falta de tipicidad de la conducta imputada. Sería en ese caso, cuando pudiera tener sentido la queja de que el signo absolutorio de la Sentencia le hubiera impedido recurrirla en casación por la vía del art. 849.2 LECrim, y que por ello se habría visto imposibilitado de defenderse frente a tal relato de hechos probados. Pero si el actor lo que cuestiona no es el relato de hechos probados de dicha Sentencia, sino el no haberse atendido a él la de casación, aquí recurrida, como lo evidencia la siguiente de sus bases argumentales, que después se analiza, no cabe decir que se le haya privado de ninguna posibilidad de defensa en la casación, que en eso consistiría, en su caso, la indefensión.

El actor, más que una indefensión real, que es la que sería lesiva del derecho fundamental del art. 24.1 CE, lo que hace es apelar a la existencia de lo que califica como «situación paradójica», sin concretar, ni menos justificar, en qué sentido esa alegada situación le ha producido un efecto real de indefensión. Mas desde el momento en que no cuestiona el relato de hechos probados de la Sentencia, que no pudo recurrir por su signo absolutorio, se desvanece la indefensión, derivable hipotéticamente de la imposibilidad de su impugnación.

El examen del escrito del actor de impugnación de los recursos de casación de contrario pone de manifiesto que la primera de sus alegaciones fue precisamente que no se respetaban en aquéllos los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida, invocando al respecto el motivo de inadmisión del art. 884.3 LECrim.

No se concilia con la existencia de una situación real de indefensión, que es la protegible en el recurso de amparo constitucional, la alegación, por una parte, de la imposibilidad de impugnar en casación el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida en él, y la constatación, por otra, de que en el trámite de casación lo que hizo quien tal alega es aducir la falta de respeto de ese relato por sus contrarios.

Y esa posición del aquí demandante de amparo en la casación tiene su continuidad en el actual recurso, cuando, al impugnar el juicio de inferencia de la Sentencia del Tribunal Supremo ahora recurrida bajo la misma clave constitucional del art. 24.1 CE, se afirma que «es preciso destacar que el *factum* de la sentencia de instancia (que el Tribunal Supremo debe respetar, a tenor de los recursos planteados, por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no contiene ni describe la menor omisión de deberes de previsión y cuidado, atribuibles al aquí demandante».

Ha de concluirse así respecto del fundamento de la alegada vulneración del art. 24.1 CE ahora analizado que, ni el actor se ha visto privado en el recurso de casación de ningún trámite legalmente ordenado para su defensa, pues tuvo a su disposición, y lo utilizó en

los términos que consideró procedentes, el trámite de impugnación de los recursos de casación de contrario, ni el concreto signo absolutorio de la Sentencia recurrida en casación le ha producido en último término ninguna situación real de indefensión.

Cosa distinta es que el demandante de amparo hubiese manifestado en la casación en algún sentido su censura del relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial y procurado en lo posible su revisión, intentando, en su caso, la adhesión al recurso de casación por la vía del art. 861 LECrim, párrafo final, y que hubiese visto frustrado su intento en razón de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre tal mecanismo procesal (Sentencias de 7 de marzo de 1988, 9 de diciembre de 1992, 22 de abril de 1993, 8 de febrero de 1995, 23 de junio de 1999, 27 de septiembre de 1999 y 10 de marzo de 2000; y Autos de 13 de marzo de 1996 y 17 de febrero de 2000), supuesto en el que el alegato de indefensión pudiera exigir de este Tribunal un examen de la conformidad de la interpretación usual de ese precepto con los imperativos constitucionales de defensa del acusado; pero ni el recurrente plantea en este amparo la existencia de ninguna traba al intento de utilización de tal instituto procesal, ni, sobre todo, existe ningún planteamiento en el trámite de casación de un posible reproche de indefensión, que, en su caso, pudiera haber dado al Tribunal Supremo la oportunidad de remediarla, por lo que el carácter subsidiario del recurso de amparo impide que esa pretendida indefensión pueda plantearse por primera vez ante este Tribunal.

4. La tercera de las líneas argumentales sobre la alegada vulneración del art. 24.1 CE, sintetizada en el fundamento jurídico 1, tiene en realidad dos componentes de distinto sentido: por una parte, la imputada ruptura del rigor lógico de la Sentencia recurrida en la inferencia de determinados elementos objetivos del tipo penal; y por otra, la imputada adición al relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial de afirmaciones de hechos básicos para su condena.

Es preciso observar que en una gran parte este segundo componente de la fundamentación que ahora analizamos se reitera por el demandante al argumentar la vulneración de la presunción de inocencia.

Analizando ese doble contenido por su orden, se ha de advertir que la alusión genérica a la ausencia de rigor lógico de la inferencia probatoria bajo la cobertura del art. 24.1 CE, con la que se inicia este segundo fundamento ahora analizado, no tiene su continuidad, cual sería lo propio, en una intentada demostración de dónde pueda estar en el caso actual la quiebra lógica de la inferencia, por lo que dicha argumentación resulta inoperante. Una cosa es que puedan existir contenidos fácticos incluidos en la fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida que no se correspondan con el relato de hechos probados de la de primera instancia (lo que, en su caso, puede tener relación, bien con los límites del recurso de casación respecto del *factum* de aquella Sentencia, bien con el derecho a la presunción de inocencia, si esos contenidos fácticos adolecen de falta del adecuado soporte probatorio), y otra distinta que exista una falta de rigor lógico en una inferencia probatoria.

Y en cuanto a la alegada introducción en la Sentencia ahora impugnada de elementos de hecho no incluidos en el *factum* de la Sentencia recurrida en casación, como elementos de base para la apreciación de la existencia de la imprudencia profesional por la que se condenó al recurrente, ha de observarse que desde la limitada óptica constitucional del art. 24.1 CE no nos corresponde decidir si es o no conforme a los límites de un recurso de casación interpuesto por el motivo del art. 849.1 LECrim el alegado desbordamiento del relato de hechos

probados de la Sentencia recurrida. Se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, propia de la potestad jurisdiccional, atribuida por el art. 117.3 CE a los Juzgados y Tribunales ordinarios, y en cuyo ejercicio el art. 123.1 CE establece la superioridad del Tribunal Supremo.

Desde la óptica constitucional que nos es propia sólo nos incumbe enjuiciar si ese alegado desbordamiento ha producido o no indefensión al demandante de amparo. Al respecto debe indicarse que lo que el recurrente califica de apreciaciones fácticas, no recogidas en el *factum* de la Sentencia de primera instancia, no son sino respuesta a planteamientos de los recurrentes en casación, que, a su vez, pudieron ser objeto de contradicción en ese recurso por parte del demandante de amparo, al impugnarlo; lo que excluye la indefensión.

En cuanto a la calificación por el actor de que la alteración de la base fáctica de la Sentencia recurrida en casación pudiera calificarse de incongruencia en relación con el recurso, interpuesto únicamente por la vía del art. 849.1 LECrim, independientemente de que no sea esa la calificación más correcta, ese alegado vicio, de existir, hubiera tenido su posible remedio por el cauce del art. 240.3 LOPJ, medio de impugnación que, dado el carácter subsidiario del recurso de amparo, de constante proclamación en nuestra jurisprudencia, (por todas STC 192/2001, de 4 de octubre, FJ 3), debió haber utilizado el actor antes de la formulación de la demanda de amparo, conforme lo dispuesto en el art. 44.1 a) LOTC (por todas STC 168/2001, de 16 de julio, FJ 2, y la doctrina allí citada), lo que no hizo, sin que tal omisión se subsane por el posterior intento frustrado de ese medio impugnatorio.

Se impone pues, el rechazo de la alegada vulneración del art. 24.1 CE.

5. En cuanto a la vulneración del art. 24.2 CE; esto es, del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cuya fundamentación queda reflejada en el antecedente 3 b), dicha vulneración se centra en el hecho de que la Sentencia recurrida no expresa cuáles son las pruebas que soportan el relato de hechos probados de la Sentencia de primera instancia del proceso *a quo*, que, a su vez, y al haber absuelto por falta de tipicidad, no expresó por su parte nada al respecto.

No se plantea, pues, la vulneración en términos de inexistencia de prueba de cargo, sino en sentido de la total ausencia de explicitación de los medios de ella que han conducido al relato fáctico de la Sentencia de instancia, así como a las consideraciones fácticas incluidas en la fundamentación jurídica de la del Tribunal Supremo, y a la falta de valoración razonada de la eficacia atribuida a las pruebas practicadas en el juicio oral.

Conviene observar que en este último punto la fundamentación referida a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia viene a reiterar planteamientos anteriores del demandante, efectuados bajo el marco de la tutela judicial efectiva, ya examinados y rechazados desde esa clave constitucional.

Es precisamente esa reiteración, la que justifica que, al dar la respuesta específica a ésta concreta alegación, deba seguirse una línea de coherencia lógica con lo ya expuesto.

La cuestión que el recurrente plantea desde la óptica actual de la presunción de inocencia, la de la falta de razonamiento de los medios de prueba y su valoración, tendría sentido, si de algún modo en la impugnación del recurso de casación el demandante se hubiese dolido de esa falta de razonamiento de la conclusión probatoria de la Sentencia de instancia, puesto que es ese relato, y no otro, el soporte fáctico de su condena.

En el caso actual la argumentación del actor en la que se denuncia la falta de razonamiento de la prueba tiene un doble objeto de referencia: el relato de hechos

probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial, y los alegados aditamentos de ese relato, a su juicio, contenidos en la fundamentación jurídica de la Sentencia del Tribunal Supremo. La solución procedente en cada una de esas dos referencias debe ser distinta.

En cuanto a la primera, según lo ya adelantado, el cuestionamiento de la falta de argumentación del soporte probatorio del relato de hechos probados, para poder ser planteado ante este Tribunal Constitucional, debía haber sido suscitado previamente ante el Tribunal Supremo, lo que el actor no hizo. Y esa omisión del demandante le cierra el paso para que pueda plantearlo *per saltum* y por primera vez en el recurso de amparo.

Y en cuanto a la segunda de las referencias, no habría obstáculo, en principio, para el cuestionamiento de la conclusión probatoria si, en efecto, existiese la adición de hechos que el recurrente alega. Pero el examen de la Sentencia del Tribunal Supremo, y en este punto debe aceptarse la tesis del Ministerio Fiscal, no justifica la imputación que le hace el demandante. No existe propiamente en la fundamentación jurídica de dicha Sentencia adición de ningún contenido fáctico significativo que no existiera en la Sentencia de la Audiencia Provincial, sino simplemente un complemento argumental del relato de hechos probados de ésta, expuesto desde la óptica de la justificación de la existencia en ese relato de hechos de una conducta culposa. Se trata más bien de la argumentación jurídica y valorativa alusiva a la concurrencia del elemento culpa, y no de la configuración de una determinada conducta imputable al recurrente. Esto sentado, falta la base para poder imponer a la Sentencia del Tribunal Supremo la carga de un razonamiento probatorio, solo exigible, en su caso, cuando el objeto de discusión es el relato de hechos probados.

Ha de rechazarse por ello la alegada vulneración de la presunción de inocencia, lo que conduce a la denegación del recurso de amparo.

6. Finalmente, y en cuanto a la reserva solicitada en este proceso por la compareciente compañía mercantil Asisa, en la medida en que ni en la Sentencia recurrida ni en la de instancia existe la absolución a que se refiere en su alegación, carece de base su petición; por lo que no procede hacer la reserva solicitada.

## FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil dos.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 880/99*

Aunque como Ponente he asumido la misión de expresar en la Sentencia el parecer de la Sala, dado que el mío propio se distancia de aquél, creo oportuno dar publicidad a mi criterio discrepante, haciendo uso de la facultad establecido en el artículo 90.2 LOTC, y,

por supuesto, expresando de antemano mi respeto por la opinión contraria.

1. En mi personal criterio la Sentencia incurre en un exceso de formalismo cuando deduce del hecho de que el actor «en la casación [no] hubiese manifestado en algún sentido su censura del relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial» (FJ 4) tanto el rechazo de la indefensión, lesiva del art. 24.1 CE (por no haber podido impugnar en casación dicha Sentencia por la vía del art. 849.2 LECrim, al haber sido aquélla absoluta), como el de la vulneración de la presunción de inocencia, (art. 24.2 CE) (basada en esencia en el mismo motivo de no haber intentado impugnar el relato de hechos probados en el recurso de casación).

A mi juicio, dada la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al respecto, se parte de una consideración poco realista de la posibilidad del acusado absuelto de impugnar la Sentencia que le absuelve, al producirse el recurso de casación de contrario.

Si el acusado absuelto carece de legitimación para recurrir dicha Sentencia, cuando ésta es recurrida por la parte contraria en el proceso penal, no me parece correcto que desde la óptica constitucional que nos es propia: la del derecho de tutela judicial efectiva sin indefensión, pueda erigirse de hecho en óbice para el éxito del recurso de amparo el que el recurrente no hiciese en el previo recurso de casación lo que no podía hacer.

Aun sin decirlo en estos literales términos, en este caso prácticamente nuestra Sentencia viene a erigir en presupuesto de admisibilidad del recurso de amparo el seguimiento de un previo cauce judicial impugnatorio inviable, y por ello destinado al fracaso.

2. Tomada por ahora, como base de partida, a los solos efectos dialécticos, y dada la jurisprudencia del Tribunal Supremo a que más adelante me referiré, la de la inexistencia del cauce impugnatorio que nuestra Sentencia estima no seguido por el actor, me parece fácilmente explicable la táctica de defensa utilizada por él en la impugnación de los recursos de casación, (la de imputar a dichos recursos el no respetar el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida de la Audiencia Provincial), táctica que en la fundamentación de nuestra Sentencia se viene a considerar contradictoria con la utilizada en el recurso de amparo.

Sin negar por completo que tal contradicción pueda existir, me parece que la misma es más aparente que real, si se tiene en cuenta que la argumentación del actor en el recurso de amparo se integra además con otros elementos de suma transcendencia en su planteamiento. En tal sentido debe destacarse el alegato de que la fundamentación jurídica de la Sentencia del Tribunal Supremo incorpora datos de hecho no incluidos en la declaración de los probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial, y que prescinde de otros puntos de dicha declaración de decisiva importancia, a su juicio, para la configuración de la conducta culposa que se le imputa.

Siendo ello así, que en el recurso de casación el recurrente no tratase de impugnar el relato de hechos probados de la Sentencia absoluta (cuando podía considerar que no tenía posibilidad procesal de hacerlo, y cuando simultáneamente podía estimar que ese relato no le era adverso; y que lo adverso en ese momento eran las extralimitaciones respecto de él de los recursos de casación de contrario); y que cuestione dicho relato en su recurso de amparo (que es el único momento en que, a su juicio, se le abre la posibilidad de impugnarlo, y cuando ese relato, en su criterio, ha sido matizado con adiciones y supresiones transcendentales para la configuración de su conducta delictiva), no me parece que pueda calificarse de planteamiento contradictorio, como base argumental para sostener, como se hace en

nuestra Sentencia, que el planteamiento de indefensión del actor es sólo teórico y no real.

Creo que la argumentación de nuestra Sentencia, sin perjuicio de su rigor lógico, adolece de falta de realismo, si se tiene en cuenta, por una parte lo que el actor podía y no podía hacer en cada momento (en el de impugnación de los recursos de casación y en el de interposición del de amparo); y, por otra, el hecho de que la lesividad para él del relato de hechos probados de la Sentencia absoluta de la Audiencia Provincial cuando se ha manifestado, es a partir de la Sentencia condenatoria del Tribunal Supremo.

Las diferentes tácticas impugnatorias en dos procesos distintos, cada uno con sus propias limitaciones, pueden explicar en términos realistas lo que nuestra Sentencia considera como planteamiento contradictorio.

3. Nuestra Sentencia culmina su fundamento jurídico 3 con una referencia a la hipótesis de que el «demandante de amparo hubiese manifestado en la casación en algún sentido su censura del relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial y procurado en lo posible su revisión, intentando, en su caso, la adhesión al recurso de casación por la vía del art. 861 LECrim, párrafo final, y que hubiese visto frustrado su intento en razón de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre tal mecanismo procesal (Sentencias de 7 de marzo de 1988, 9 de diciembre de 1992, 22 de abril de 1993, 8 de febrero de 1995, 23 de junio de 1999, 27 de septiembre de 1999 y 10 de marzo de 2000; y Autos de 13 de marzo de 1996 y 17 de febrero de 2000), supuesto en el que el alegato de indefensión pudiera exigir de este Tribunal un examen de la conformidad de la interpretación usual de ese precepto con los imperativos constitucionales de defensa del acusado».

Creo que es precisamente la apuntada en el párrafo transcrito la clave adecuada en este recurso de amparo, y la que, a mi juicio, debiera haber conducido a su éxito.

Y no comparto la explicación contraria a él, expresada a continuación del párrafo transcrito, en la que en nuestra Sentencia se afirma que «ni el recurrente plantea en este amparo la existencia de ninguna traba al intento de utilización de tal instituto procesal, ni, sobre todo, existe ningún planteamiento en el trámite de casación de un posible reproche de indefensión, que, en su caso, pudiera haber dado al Tribunal Supremo la oportunidad de remediarla, por lo que el carácter subsidiario del recurso de amparo impide que esa pretendida indefensión pueda plantearse por primera vez ante este Tribunal».

Creo que en tal modo de razonar se manifiesta el exceso de formalismo de nuestra Sentencia, a que me he referido al principio.

Que el recurrente no haya utilizado un medio impugnatorio (el de la adhesión al recurso de casación de sus contrarios en el proceso penal) que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no era procedente, y que ni siquiera aluda a él en el presente recurso de amparo, no puede ser elemento determinante para que, desde la óptica constitucional que nos es propia, a la hora de enfrentarnos por nuestra parte a su alegación de indefensión, por no haber tenido oportunidad de impugnar el relato de hechos probados, soporte de su condena, podamos enjuiciar si realmente tal indefensión se ha producido o no, y para que, en caso afirmativo, podamos concluir que ese cauce procesal no utilizado deba ser el remedio de dicha indefensión.

En otros términos, si entendiéramos que la indefensión ha existido, y que la no utilización del referido cauce procesal tiene la excusa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni habría óbice procedimental relacionado con la omisión de una vía previa condenada al fracaso, ni el hecho de que el demandante de amparo no haya

advertido la posibilidad de utilizar tal cauce de defensa, cerrado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, impide que por nuestra parte podamos señalarlo como idóneo.

4. Analizando, pues, el alegato de indefensión del recurrente, desde otra óptica que la de la Sentencia debemos examinar si, en efecto, éste no ha podido defenderse en el recurso de casación frente al relato de hechos probados que le es adverso, en razón del sentido absolutorio de la Sentencia.

Sobre esa base la cuestión a analizar es si el ordenamiento procesal penal arbitra para estos casos algún medio, de cuyo uso pueda haber sido privado el actor; pues de que exista, o no, dependerá, bien la posibilidad de imputar el defecto de su uso, o la no admisión de éste, al demandante, o al órgano jurisdiccional, respectivamente, bien un déficit del ordenamiento jurídico, habida cuenta de que el derecho de defensa en el orden penal (art. 24.2 CE), y a diferencia de otros órdenes jurisdiccionales (SSTC 199/1994, de 4 de julio, FJ 2; 169/1996, de 29 de octubre, FJ 2; 19/2000, de 31 de enero, FJ 3; 133/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 295/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 112/2001, de 7 de mayo, FJ 2) incluye la existencia de un doble grado jurisdiccional, que viene impuesto por la necesidad, según el art. 10.2 CE, de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración universal de los derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España, siendo así que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977), está establecido el principio del doble grado jurisdiccional en materia penal.

En ese marco normativo si el ordenamiento jurídico español prevé un cauce procesal idóneo por la impugnación de relato de hechos probados de una sentencia, que, aunque absolutoria por razones que nada tienen que ver con ese relato, puede establecer la base para una ulterior condena en un superior grado jurisdiccional, la privación de ese medio de defensa debe considerarse indudablemente como una indefensión constitucionalmente significativa, que puede considerarse vulneradora del derecho de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, o incluso del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

5. Pues bien, ha de observarse que en el régimen del recurso de casación el art. 861 de la vigente LECrim dispone en su párrafo final que «la parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él en el término del emplazamiento, o al instruirse del formulado por la otra, alegando los motivos que le convengan». Cabe entender, en principio, que, existiendo ese posible cauce de impugnación, el sentido absolutorio de la sentencia no es óbice constitucionalmente admisible para impugnar el contenido de ella susceptible de fundamentar una ulterior condena, si prosperase el recurso contra esa misma sentencia, interpuesto por otra parte del proceso penal (en este caso el Ministerio Fiscal y la acusación particular).

Conviene advertir que no es propio del cometido de este Tribunal Constitucional fijar la interpretación correcta de la legalidad ordinaria, papel constitucionalmente atribuido a los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE), entre los que el Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el art. 123.1 CE, es el órgano superior, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Pero precisamente en la salvaguarda de estas garantías, y en concreto en la del derecho de defensa en el proceso penal con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE) se abre un espacio a la jurisdicción constitucional

en el recurso de amparo para juzgar si es, o no, admisible la interpretación del precepto citado de la LECrim, conducente a un resultado contrario a dicho derecho fundamental.

Téngase en cuenta que en el presente recurso de amparo lo que cuenta desde la óptica constitucional que nos es propia, es que nos hallamos ante el acusado en un proceso penal, absuelto en la instancia, y ante la exigencia de garantía de su plenaria defensa. Tal planteamiento es, así, de partida distinto del que pudiera referirse a otras partes del proceso penal o al mismo acusado en el caso de que hubiera sido condenado.

Si se entiende el precepto referido de la LECrim en su sentido literal y lógico, es claro que el sujeto pasivo de un proceso penal, absuelto en la sentencia, en el caso de que ésta sea recurrida en casación por la parte o partes contrarias, en defensa de su personal interés «podrá adherirse al recurso ... alegando los motivos que le convengan».

Adviértase que el precepto no contiene ningún elemento limitativo de quiénes sean las partes que, no habiéndolo interpuesto, puedan adherirse al recurso que lo ha sido por otra parte. Se infiere de ello que esa posibilidad de adhesión está legalmente abierta, no sólo a los que se encuentran en el proceso en una situación consorcial o similar (en la de acusadores o acusados), sino a los que se hallan en una posición procesalmente enfrentada, de contrarios.

Al propio tiempo tampoco la Ley limita ni los motivos que pueden utilizarse en la adhesión ni su carácter en relación con el inicial recurso de casación, que puede haber sido interpuesto por la parte contraria; lo que abre un amplio espacio para entender que es sólo la conveniencia del que alega el motivo, y no la relación de éste con las que sirven de fundamento al inicial recurso de casación, la pauta delimitadora de los motivos admisibles en la adhesión.

De la ausencia de esos hipotéticos elementos limitativos puede inferirse con naturalidad la posibilidad de que el acusado absuelto, que en tal situación no tendría, en principio, interés legitimador alguno para recurrir la sentencia que lo absuelve, si surge frente a él una nueva situación de riesgo de condena, derivada de la interposición del recurso de casación de la parte acusadora, pueda hallarse en la necesidad de defenderse, no sólo frente al recurso, sino frente a determinados contenidos de la sentencia recurrida, que puedan justificar su condena, y que en tal caso, y en cuanto «parte que no ha[ya] preparado el recurso», «podrá adherirse a él», y para ello podrá alegar «los motivos que le convengan».

Tales motivos, lógicamente, pueden ser en su caso especial de sentido contrario a los que fundan el recurso de casación que abre la oportunidad de la adhesión, pues si no, mal pueden servir a la defensa propia, que es la clave constitucional obligada de la interpretación, ex art. 24.1 y 2 CE, en relación con el art. 5.1 LOPJ.

Adhesión puede ser así, desde la concreta posición del acusado absuelto, yuxtaposición de recursos, y no solo corroboración de un recurso precedente, respondiendo ambos sentido de adhesión al significado gramatical y lógico de ese concepto.

Interpretado así el precepto, no se dará ninguna situación de indefensión constitucionalmente significativa de quien, absuelto en una sentencia, puede, ello no obstante, encontrarse ante contenidos de la misma que puedan ser soporte de una ulterior condena; pues podrá defenderse de dichos contenidos, impugnándolos mediante la adhesión al recurso contrario, cuando la virtualidad lesiva de los mismos se actualiza por ese recurso.

Por el contrario, una interpretación del precepto legal que en esa hipótesis procesal cierre el paso a la adhesión del acusado absuelto, al impedirle impugnar los con-

tenidos adversos de la sentencia, le sitúa en una clara situación de indefensión constitucionalmente inadmisiblemente, lo que determina que tal interpretación deba considerarse constitucionalmente rechazable.

6. Esa situación de indefensión es en este caso precisamente la situación del recurrente, que parte de que el sentido absolutorio de la Sentencia de la Audiencia Provincial le cerraba la posibilidad de recurrir su relato de hechos probados por el cauce del art. 849.2 LECrim.

La cuestión es si esa personal apreciación fue o no correcta, pues si no lo fue, y no utilizó la vía de defensa sólo por causa a él imputable, o a la de su defensor, la alegada indefensión no existiría.

Se abre con este planteamiento una delicada cuestión, pues si, según la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aludida antes, el cauce procesal de la adhesión al recurso de casación de contrario (a los recursos de casación en este caso) no era viable, no puede exigirse al recurrente que, para poderle otorgar el amparo constitucional, deba haber intentado la apertura de un cauce inviable, destinado al fracaso, de modo que la falta de utilización de ese cauce pueda erigirse en óbice para el otorgamiento del amparo.

La tesis contraria, que tendría que ver con el hipotético óbice de admisibilidad del recurso de amparo del art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a) LOTC, es la que viene proclamándose en nuestra jurisprudencia (SSTC 5/2001, de 15 de enero, FJ 2; 42/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2; 192/2001, de 4 de octubre, FJ 3) a la que debemos ceñirnos en este caso.

Ello sentado, debe observarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya aludida de modo sintético antes, de modo constante y consolidado por el momento, no admite la adhesión, cuando las pretensiones del que intenta adherirse al recurso inicial, son contradictorias con éste.

Dicha jurisprudencia viene exigiendo para la adhesión una comunidad de objetivos entre el recurso que llama principal y el adhesivo, atribuyendo a la adhesión una función de asociarse y unirse al recurso, complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, «pues de no ser así no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercitarlo había caducado...» (Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000, que reproduce la doctrina de la Sentencia de 23 de junio de 1999 como exponente de la del Tribunal). Similar doctrina se reitera, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2000, también con cita de la de 23 de junio de 1999.

Otras Sentencias atribuyen a la adhesión una calificación procesal precisa de «intervención coadyuvante del primer litigante y por los mismos motivos expuestos por aquél» (entre otras, Sentencia de 27 de septiembre de 1999, y en similar sentido Sentencia de 8 de febrero de 1995), sin que puedan «ampliar los motivos de impugnación contenidos en el escrito de interposición al que se adhiere» (Auto de 13 de marzo de 1996, con cita de Sentencias de 7 de marzo de 1988, de 9 de diciembre de 1992 y de 22 de abril de 1993).

Se destaca en alguna Sentencia, como especialmente en la Sentencia de 16 de septiembre de 1994, la diferencia conceptual entre adhesión al recurso en el orden civil y el penal. Según esta Sentencia, «la adhesión, en el orden civil y con referencia exclusiva al recurso de apelación, no comparte ni es dependiente del recurso principal, sino más bien una apelación principal que se intercala en el recurso provocado por la iniciativa de otro; no es éste el significado que tiene en el recurso de casación penal (vid artículos 854, 861, párrafo final y 874, penúltimo inciso), pues su designio es coadyuvar

a los resultados que pretende obtener el recurso principal...».

La vinculación de la adhesión al recurso principal se resalta, entre otras muchas anteriores y posteriores, en la Sentencia de 15 de julio de 1994, según la cual «el recurrente por adhesión viene vinculado a los cauces procesales del recurso al que se ha adherido. Y es que esa adhesión tiene una significación peculiar porque en ningún caso, dicho con otras palabras, puede ensanchar el ámbito impugnativo añadiendo nuevos motivos o temas distintos a los planteados por el primitivo recurrente».

Incluso la jurisprudencia a que aludimos, y esto es de especial significación para el caso actual, ha negado la legitimación para la adhesión al acusado absuelto en la Sentencia de 4 de diciembre de 1998, según la cual, la parte que en el caso decidido en ella se adhirió al recurso «carecía de la legitimación necesaria para alegar esa adhesión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 861, último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según el cual sólo puede adherirse la parte que no haya preparado el recurso, pero para ello, lógicamente, esa parte tiene que tener la posibilidad anterior de recurrir, cosa que no sucede en el caso de autos al haber sido absuelta en la sentencia impugnada la referida señora de los dos delitos de que estaba acusada en la instancia».

Se apunta, aunque muy esporádicamente, alguna cautela respecto de dicha jurisprudencia, como en la Sentencia de 6 de mayo de 1999, en la que, tras afirmar que «el recurso por adhesión carece ahora de autonomía propia porque es inseparable del recurso principal», se afirma que «sin embargo han de tenerse presentes otras consideraciones que bajo la protección constitucional pueden rectificar en algún caso la precedente doctrina».

7. Es precisamente en el caso presente en el que esa reserva del propio Tribunal Supremo debe ser atendida, pues desde las garantías procesales constitucionalmente exigibles para la defensa del acusado por un delito no pueden ser iguales las posiciones del acusado y del acusador, ni puede jugar en el mismo sentido la cuestión referente al doble grado jurisdiccional, consideración esta que determina que la interpretación de los límites de la posible adhesión no tenga que ser idéntica para una y otra parte.

A la luz de la jurisprudencia referida es perfectamente explicable que el demandante no haya considerado posible la adhesión al recurso de casación de contrario, y que, sin plantearse tal posibilidad, haya entendido que la tenía cerrada para impugnar el relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial por el cauce del art. 849.2 LECrim, con la consecuente indefensión, llevando a cabo esa impugnación directamente ante este Tribunal Constitucional como vulneración del art. 24.1 CE y también al socaire de la alegada vulneración de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Pero que sea explicable tal actitud, y que ello deba ser tenido en consideración para no poderle imputar que ha dejado de utilizar un cauce idóneo para su defensa, lo que le hubiera cerrado el amparo constitucional, no puede llevarnos a aceptar la inexistencia de ese cauce, ni puede justificar que el remedio de la indefensión del demandante, que estimamos se ha producido, pueda ser otro que el de abrirle la posibilidad de utilización de dicho cauce, como medio de tutela frente a la vulneración de su derecho.

Esta consideración me lleva a la personal apreciación de que se debía haber otorgado el amparo que se nos solicita, anulando la Sentencia recurrida por vulneración del art. 24.1 CE, retrotrayendo las actuaciones al momento inicial del trámite de impugnación de los recursos de casación que condujeron a la Sentencia recurrida, para que el recurrente pueda impugnar el relato de

hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial por el cauce de adhesión al recurso de casación.

8. La solución precedente hace innecesario el análisis de la alegada vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues sería con ocasión del restablecido trámite de adhesión a la casación, cuando el recurrente pudiera plantear el alegato impugnatorio que sobre el particular aduce en el recurso de amparo, y ante ello el carácter subsidiario de este recurso obliga a esperar al fallo que, en su caso, pudiera dictarse en el recurso de casación.

No obstante, también en este punto discrepo del razonamiento de la Sentencia, que, en mi personal criterio, no se ajusta a la jurisprudencia de este Tribunal, según la cual la expresión razonada de los elementos de cargo tenidos en cuenta en la imputación de una determinada conducta constitutiva de delito ha venido considerándose como contenido del derecho fundamental de presunción de inocencia en reiteradas Sentencias (entre otras, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2.º; 41/1991, de 25 de febrero, FJ 1.º; 33/1992, de 18 de marzo, FJ 4.º; 102/1994, de 11 de abril, FJ 3.º; 129/1998, de 16 de junio, FJ 4.º; 254/1994, de 3 de octubre, FJ 2.º; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2.º; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2.º; 111/1999, de 14 de junio, FJ 2.º; 5/2000, de 17 de enero, FJ 2.º; y 141/2001, de 18 de junio, FJ 6.º).

Mas como esta cuestión considero que no debe abordarse en el presente recurso, no estimo oportuno extenderme al respecto más allá de la simple expresión de la discrepancia con lo razonado en la Sentencia.

9. Así pues, creo que el recurso de amparo debió prosperar en relación con la alegada vulneración del art. 24.1 CE en los términos ya indicados.

En este sentido evacúo mi Voto.

Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil dos.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

**6297** *Sala Segunda. Sentencia 51/2002, de 25 de febrero de 2002. Recurso de amparo 1789/99. Promovido por don José Miguel Tamargo Suárez y otra frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo que confirmó su condena por un delito de alzamiento de bienes.*

*Alegada vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones, y vulneración del derecho al juez imparcial: Magistrado que se abstuvo, con anuencia de la Sala de Gobierno, pero que luego interviene en la causa al resolver el recurso de apelación.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1789/99, promovido por don José Miguel Tamargo Suárez y doña Montserrat Fernández Granda, representados por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistidos por

el Abogado don Fernando Díaz García, contra Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo de 25 de marzo de 1999, recaída en el rollo de apelación 46/99. Han intervenido el Ministerio Fiscal y don Manuel Angel Menéndez Campa, quien actúa en su propio nombre y en beneficio de la comunidad de herederos de don Manuel Méndez Egocheaga, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Aguilar Fernández y asistido del Letrado don Alberto Alonso Cuervo. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 28 de abril de 1999, don José Miguel Tamargo Suárez y doña Montserrat Fernández Granda, bajo la representación procesal del Procurador don Nicolás Álvarez Real, interpusieron demanda de amparo constitucional contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha de 25 de marzo de 1999, dictada en rollo de apelación 46/99, confirmatoria de la del Juzgado de lo Penal de Avilés de 3 de noviembre de 1998, dictada en los autos del juicio oral 321/98 dimanante del procedimiento abreviado 6/93 seguido en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Avilés.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Los ahora recurrentes en amparo fueron condenados por Sentencia del Juzgado de lo Penal de Avilés de 3 de noviembre de 1998 como autores de un delito de alzamiento de bienes a la pena de un mes y un día de arresto mayor con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante todo el tiempo de la condena y al pago de una sexta parte de las costas procesales para cada uno de ellos. Contra esta Sentencia interpusieron recurso de apelación. Por Sentencia de 25 de marzo de 1999 la Audiencia Provincial de Oviedo desestimó los recursos interpuestos y confirmó la Sentencia apelada.

b) Los hechos por los que fueron condenados consistieron en haber vendido un piso el 20 de abril de 1988 que pertenecía a los demandantes de amparo, cuando contra dicho inmueble se había trabado embargo en la pieza de responsabilidad civil de un sumario seguido contra doña Montserrat Fernández Granda y otros (no contra don Miguel Tamargo), en el que la ahora demandante de amparo fue condenada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha de 26 de mayo de 1986 por delito de apropiación indebida, entre otros pronunciamientos, a indemnizar a los perjudicados en la cantidad de quince millones de pesetas. La Audiencia Provincial de Oviedo, al tratar de ejecutar la Sentencia por la que fue condenada doña Montserrat Fernández Granda, comprobó que el piso embargado en la pieza de responsabilidad civil (embargo que no había sido anotado en el Registro de la Propiedad) había sido vendido a su hija, doña Patricia Tamargo Fernández (venta que sí fue inscrita en el referido Registro), por lo que ordenó que se dedujera testimonio de particulares y se remitiera al Juzgado Decano de Avilés de Instrucción para su reparto a fin de que se abrieran las diligencias previas pertinentes por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito.

c) Por el Juzgado núm. 4 de Avilés se incoaron diligencias previas y una vez finalizada la instrucción de las mismas se acordó, por diligencia de ordenación de 31 de enero de 1995, remitirlas a la Audiencia Provincial para su posterior enjuiciamiento. Por Auto de 17 de febrero de 1996 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo acordó abstenerse del conocimiento de la causa al considerar que, al haberse iniciado