|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 105/1993 |
| Fecha | de 29 de marzo de 1993 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don Luis López Guerra, don Eugenio Díaz Eimil, don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Gabaldón López, don Julio D. González Campos y don Carles Viver Pi-Sunyer. |
| Núm. de registro | 161-1993 |
| Asunto | Recurso de amparo 161/1993 |
| Fallo | Por lo expuesto, la Sala acuerda suspender la ejecución de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 1992, y de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, de 3 de octubre de 1990, recaída la primera enrecurso de casación interpuesto contra la segunda en el procedimiento abreviado 20/1989, dimanante del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Málaga, respecto a los recurrentes don Germán Saenz de Santamaría Vázquez y don Valero Antonio Enfedaque López encuanto a las penas privativas de libertad, inhabilitación especial y accesorias impuestas a los mismos. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 20 de enero de 1993, la Procuradora de los Tribunales doña Esther Rodríguez Pérez, actuando en nombre y representación de don Germán Saénz de Santamaría Vázquez y don Valero Antonio Enfedaque López, formula recurso de amparo contra la Sentencia pronunciada el 14 de diciembre de 1992, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandantes contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga que los condenó como autores de un delito de aborto y otro de usurpación de funciones.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes de hecho:

a) De acuerdo con la declaración de hechos probados de las Sentencias impugnadas, doña Inmaculada Jiménez Sánchez, también acusada en el proceso judicial, al quedar embarazada y aprovechando el resultado de unos análisis que detectaron un título de toxoplasmosis de 1:64, decidió poner fin a su embarazo, para lo cual se puso en contacto con distintas clínicas que se negaron a realizarlo. Finalmente, en la dirigida por el doctor Saenz de Santamaría, y que se encuentra acreditada oficialmente para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, tras diagnosticarle una "grave depresión con grave afectación psicótica de la salud por embarazo no deseado", encargó la interrupción del mismo al otro recurrente, Sr. Enfedaque López, que dice ser estudiante de sexto curso de medicina y haber practicado antes en dicha clínica "de cien a doscientos abortos", el cual llevó a cabo la citada intervención el 4 de julio de 1987.

Por dichos hechos resultaron condenados los recurrentes como autores de un delito de aborto del art. 411-2º del Código Penal, especialmente agravado por el art. 415 párrafo 1º, y en relación con el art. 417 del mismo Código, a la pena de cinco años de prisión menor, accesorias, multa de 100.000 ptas. e inhabilitación de la profesión de médico por siete años. Del mismo modo, se condenó al Dr. Saenz de Santamaría y al Sr. Enfedaque López como inductor y autor respectivamente, de otro delito de usurpación de funciones del art. 321 párrafo 1º del Código Penal a las penas de dos años de prisión menor y accesorias para cada uno de ellos.

b) En el mismo procedimiento, los recurrentes fueron acusados también de otro delito de aborto practicado con el consentimiento de doña Francisca Moreno Gómez, la cual, según informe forense padecía crisis intermitentes de carácter depresivo que la hacían a veces imputable y otras no de sus actos. El referido dictamen fue ratificado por otros dos facultativos, y del aborto, llevado a cabo por el Sr. Saenz de Santamaría y otro Ginecólogo, resultaron absueltos los acusados.

c) Recurrida en casación la Sentencia, la Sala que lo decidió estuvo compuesta por el Excmo. Sr. Magistrado don Roberto Hernández Hernández, quien actuó como Ponente y que, al parecer, según los demandantes, era Magistrado jubilado, designado suplente por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo. El recurso invocó la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela efectiva, derecho de defensa, a ser informado de la acusación, a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes y a la presunción de inocencia.

La Sentencia de casación, por su parte, desestimó el recurso formulado.

3. La demanda denuncia la vulneración del principio acusatorio consagrado en el art. 24.2 C.E. y, consecuentemente también, de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), a la defensa, a las garantías del proceso y a la prueba (art. 24.2). También denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), a la integridad física y moral (art. 15), del principio de legalidad penal (art. 25.1) y del Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24 de la C.E.).

En el primer aspecto, señalan que los recurrentes nunca han sabido de qué se les acusaba, puesto que el Ministerio Fiscal no especificó en sus calificaciones por qué entendía que no concurría la causa de justificación denominada "indicación terapéutica" prevista en el art. 471 bis.1.1º del Código Penal.

No es sino en los fundamentos de derecho de la Sentencia donde se atribuye el Sr. Saenz de Santamaría una conducta falsaria en el informe médico. Esta ausencia de fijación de los términos de la acusación ha privado a los actores de la oportuna contradicción y ha conculcado las garantías del procedimiento y la tutela de los justiciables.

Igualmente sostienen que no se ha practicado prueba alguna en el proceso sobre la falta de concurrencia de los requisitos de la indicación primera del art. 417.1 del Código Penal. Por el contrario, quedó acreditado que el Sr. Enfedaque practicó el aborto bajo la dirección de los doctores Stolzenburg y Ritwagen, en centro autorizado, con consentimiento de la embarazada y para evitar un grave peligro a la salud psicofísica de ésta. Ninguna prueba contradijo la indicación terapéutica y, por tanto, se ha vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Así mismo, la Audiencia de Málaga y el Tribunal Supremo estiman, sin prueba pericial que lo apoye, que el informe médico del doctor Saenz de Santamaría no se ajusta a la realidad, es decir, los órganos judiciales no se han limitado a indagar sobre su existencia sino que han juzgado la bondad o maldad del dictamen violando con ello el derecho a la integridad física de la embarazada, constreñido por haber usado de su derecho a la salud, y los de los recurrentes, quienes, en el ejercicio libre de su profesión médica, han sido sancionados al realizar un diagnóstico y una intervención para proteger la salud de la embarazada.

Desde el punto de vista del principio de legalidad (art. 25 C.E.) argumentan que la actividad judicial ha de limitarse a verificar el cumplimiento de las garantías que permiten la práctica de un aborto, y, por tanto, verificada la existencia del dictamen médico, no puede revisar su adecuación ya que, de lo contrario, se estaría realizando, como aquí ha ocurrido, una interpretación analógica in peius del tipo.

Por último, al concurrir en el dictado de la Sentencia de casación, actuando como Magistrado Ponente, un Magistrado jubilado que había sido nombrado suplente del Tribunal Supremo, se ha vulnerado el derecho al Juez ordinario, puesto que los arts. 152 y 200 L.0.P.J sólo posibilitan la designación de Magistrados suplentes a los Tribunales Superiores de Justicia, de las Audiencias Provinciales y a la Audiencia Nacional, pero no el Tribunal Supremo. Al no existir una predeterminación legal del nombramiento y haber recaído éste en un Magistrado que, antes de su designación, carecía de la categoría de Magistrado de dicho Alto Tribunal se ha producido una designación ilegal del mismo que atenta al derecho fundamental a un Juez ordinario predeterminado por la Ley y a las garantías del proceso.

Terminan pidiendo que se les otorgue el amparo solicitado y se acuerde la nulidad de las Sentencias impugnadas. Por otrosí, solicitan la suspensión de la ejecución de la Sentencia por cuanto la misma conllevaría las privaciones de su libertad y profesión con perjuicios de muy difícil o imposible reparación.

4. Por providencia de 1 de marzo de 1993, la Sección Cuarta de la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la presente demanda de amparo, y, en virtud de lo ordenado por el art. 51 LOTC, dirigir comunicación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo y a la Audiencia Provincial de Málaga para que remitiesen testimonio del rollo de casación, del de Sala y del procedimiento abreviado núm. 20/1989 para la substanciación de este recurso. Del mismo modo, se acordó el emplazamiento de quienes hubiesen sido parte en el proceso judicial previo, a excepción del recurrente, para que pudiesen comparecer en este proceso constitucional.

5. Mediante providencia de la misma fecha, la Sección acordó formar la oportuna pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión y conceder, conforme determina el art. 56 LOTC. , un plazo común de tres día o a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo pertinente sobre dicha suspensión.

6. En su escrito, registrado en este Tribunal el 12 de marzo de 1993, los demandantes dieron por reproducidos los argumentos y solicitud expuestos en el otrosí de su demanda e indicaban que de la suspensión de las resoluciones recurridas no podía derivarse razonablemente ninguna perturbación grave de los intereses generales, ni de los derechos fundamentales o libertades de un tercero. Por el contrario, de procederse a la ejecución de las penas privativas de libertad y profesión recogidas en las Sentencias impugnadas se producirían perjuicios irreparables que harían ineficaz el amparo que por este Tribunal pudiera otorgarse. No existe, por su parte, intención alguna de sustraerse a la acción de la justicia ni dilatar la misma. Por todo lo cual, solicitan que se acuerde la suspensión de la ejecución de las Sentencias impugnadas, sin necesidad de afianzamiento.

7. El ministerio Fiscal, en escrito presentado el 15 de marzo de 1993, comienza por indicar que en las constantes decisiones de este Tribunal se viene estimando que tratándose de resoluciones judiciales el criterio general es el de no suspenderlas habida cuenta el interés general que se desprende de su ejecución. Pero este criterio general debe acogerse al otro concreto de no impedir que el amparo pueda perder su finalidad caso de no accederse a la suspensión.

El Tribunal Constitucional viene acordando en constante jurisprudencia la suspensión de las resoluciones judiciales que imponen penas privativas de libertad, sus accesorias, así como la pena de multa cuando lleva aparejada arresto sustitutorio en caso de impago. Quedan fuera de la suspensión las indemnizaciones que pudieran acordarse y las costas.

En atención a todo ello, el Fiscal Interesa del Tribunal Constitucional que acuerde la suspensión de las resoluciones judiciales recurridas conforme con lo prevenido en el art. 56.1 LOTC.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El art. 56.1 de la LOTC establece que la Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá, de oficio o a instancia de parte, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional cuando la ejecución del mismo haría perder al amparo su finalidad no obstante lo cual, podrá negarse la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero.

2. El criterio sustentado en el art. 56 LOTC permite decretar la suspensión provisional de la ejecución de la pena privativa de libertad y de la de inhabilitación especial en tanto el presente recurso sea resuelto ya que, de lo contrario, si se otorgase en su día el amparo, éste perdería su finalidad pues el actor habría cumplido para entonces parte de la pena y, por tanto, el perjuicio será irreparable (AATC 98/1983, 179/1984, 574/2975 y 116/1990, entre otros muchos),

Las penas accesorias de suspensión de cargo público, profesión y derecho de sufragio durante el tiempo que dure la condena deben quedar también suspendidas, al seguir la misma suerte que la pena principal a la que acompañan (AATC 144/1984 y de 5 de septiembre de 1991 en recurso de amparo 1109/1991).

No procede, en cambio, suspender las penas de multa impuestas habida cuenta que su eventual impago, dada la solvencia declarada de los recurrentes, sólo daría lugar a un procedimiento de apremio sobre su patrimonio que no impediría per se obtener un amparo adecuado de los derechos fundamentales por razón de los cuales se formuló el recurso (ATC 610/1989, 20/1990, 305/1990 y de 8 de junio de 1992 en el recurso de amparo 690/1992). Ni tampoco cabe suspender la condena al pago de las costas procesales, en cuanto éstas suponen el abono de una cantidad de dinero cuya ejecución no provoca ningún perjuicio que pueda hacer inútil este recurso.

ACUERDA

Por lo expuesto, la Sala acuerda suspender la ejecución de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 1992, y de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, de 3 de octubre de 1990, recaída la primera en

recurso de casación interpuesto contra la segunda en el procedimiento abreviado 20/1989, dimanante del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Málaga, respecto a los recurrentes don Germán Saenz de Santamaría Vázquez y don Valero Antonio Enfedaque López en

cuanto a las penas privativas de libertad, inhabilitación especial y accesorias impuestas a los mismos.

Madrid, veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y tres.