|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 7/2009 |
| Fecha | de 14 de enero de 2009 |
| Sala | Sección Primera |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio y don Manuel Aragón Reyes. |
| Núm. de registro | 8919-2006 |
| Asunto | Recurso de amparo 8919-2006 |
| Fallo | Desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal en el recurso de amparo núm. 8919-2006 y, en consecuencia, confirmar en su integridad la providencia de 23 de julio de 2008. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 27 de septiembre de 2006, la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Puente Méndez, en nombre y representación de don Emilio Antonio Rodríguez Castelló, presentó recurso de amparo contra la Sentencia de 20 de julio de 2006 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el rollo de apelación núm. 148-2005.

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

a) La Sentencia de 3 de septiembre de 2004 del Juzgado de lo Penal núm. 19 de Madrid, dictada en procedimiento abreviado núm. 423-2003, condenó a dos de los acusados como autores de dos delitos de homicidio imprudente, absolviendo al demandante de amparo y al resto de imputados de los delitos de homicidio imprudente y contra los derechos de los trabajadores por los que habían sido acusados. En los hechos declarados probados se consigna que dos trabajadores que se encontraban desmontando un andamio motorizado en una obra cayeron al vacío al volcarse la plataforma en que se encontraban, falleciendo ambos al instante como consecuencia de la caída. La utilización de tal andamio no estaba prevista en el plan de seguridad y salud laboral de la obra y no se había dispuesto el uso de equipos de protección individual, como cinturón o arnés.

b) Dicha Sentencia fue recurrida en apelación por los condenados, por las acusaciones particulares y por el sindicato que ejerció la acción popular, celebrándose vista en la que se practicó prueba pericial y prueba de interrogatorio de los acusados. Por Sentencia de 20 de julio de 2006 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente los recursos del sindicato y de las acusaciones particulares, y desestimó los interpuestos por los condenados en la instancia, revocando en consecuencia la Sentencia de instancia y resolviendo lo siguiente: mantener la absolución de cuatro de los imputados; condenar a otros cuatro, entre ellos el demandante de amparo (arquitecto técnico y jefe de grupo de la obra, de cuyo estudio de seguridad del proyecto era además autor) y don Pablo Queraltó Gómez (arquitecto técnico y jefe de obra del bloque en el que sufrieron el accidente los dos trabajadores fallecidos), como autores de dos delitos de homicidio imprudente en concurso ideal con un delito contra la seguridad de los trabajadores; y condenar a los dos restantes imputados como autores de dos delitos de homicidio imprudente. En consecuencia, el demandante ha sido condenado a las penas de dos años, seis meses y un día de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de arquitecto técnico durante igual tiempo.

3. En la demanda de amparo se alega, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), porque la condena impuesta al demandante de amparo en la Sentencia de apelación se basa en una nueva valoración de las pruebas personales que es arbitraria, toda vez que las pruebas practicadas en apelación fueron admitidas fuera de los supuestos legalmente establecidos, y además se trata de una valoración sesgada, al no haberse practicado ante la Sala la totalidad de las pruebas personales que se practicaron en la instancia. En segundo lugar, se alega que la indebida admisión de la práctica de prueba en apelación, prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, vulnera el derecho del demandante de amparo, absuelto en la instancia, a no sufrir indefensión (art. 24.1 CE), toda vez que la valoración por la Sala de esas pruebas, que deben reputarse nulas, ha servido para la modificación del relato de hechos probados en el que se sustenta su condena en la Sentencia de apelación. En tercer lugar, se alega la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), porque la Sala no permitió al demandante plantear en el acto de la vista la nulidad de actuaciones respecto de la indebida admisión de la práctica de prueba en apelación, y porque la Sentencia de apelación incurre en incongruencia omisiva, al no haber dado respuesta a esa petición de nulidad formulada finalmente por vía de informe o conclusiones. En cuarto lugar, se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), porque no puede imputarse objetivamente el resultado de muerte producido a la conducta del demandante de amparo, por lo que no puede ser condenado como autor del delito de homicidio imprudente ni del delito contra la seguridad de los trabajadores. En quinto lugar, se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por arbitrariedad de la Sentencia de apelación al no tener en cuenta la concurrencia de culpas o incluso la culpa exclusiva de las víctimas en la forma de producirse del accidente, obviando que se hallaron restos de sustancias estupefacientes en el análisis toxicológico de los trabajadores fallecidos y en sus ropas de trabajo. Por último, se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber aplicado la Sentencia de apelación la regla del concurso ideal de delitos, que va en perjuicio del reo, en lugar del principio de absorción o consunción delictiva (el delito de riesgo queda absorbido por el de resultado), que permitiría la suspensión de la ejecución o la sustitución de la pena por otra menos gravosa.

4. La Sección Primera de este Tribunal, mediante providencia de 23 de julio de 2008, acordó inadmitir a trámite el recurso de amparo con arreglo a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC (en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria tercera de dicha Ley), toda vez que el recurso incurre en falta de agotamiento de la vía judicial.

5. Contra la providencia de inadmisión del recurso de amparo interpone recurso de súplica el Ministerio Fiscal, solicitando que se deje sin efecto la misma y que la demanda de amparo sea admitida a trámite. Sostiene el Fiscal que no concurre el óbice procesal de falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial (ni ningún otro que justifique la inadmisión de la demanda de amparo), porque el único remedio procesal en el que cabría pensar sería el incidente de nulidad de actuaciones por incongruencia o indefensión, quejas éstas que no se articulan en la demanda de amparo. Por otra parte afirma el Fiscal que existe una razón añadida en el presente caso para no acordar la inadmisión, y es que la Sección Cuarta de este Tribunal, en el recurso de amparo registrado con el núm. 9669-2007 (sic; en realidad quiere referirse al recurso de amparo núm. 8928-2006), interpuesto contra la misma Sentencia por otro de los condenados en apelación, don Pablo Queraltó Gómez, invocando la vulneración de los mismos derechos fundamentales, no ha sido inadmitido, sino que la Sección ha acordado la apertura del trámite del art. 50.3 LOTC (en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), habiendo informado tanto el Ministerio Fiscal como la representación procesal del recurrente en amparo Sr. Queraltó a favor de la admisión a trámite.

6. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 13 de octubre de 2008 se acordó dar traslado del recurso de súplica a la representación procesal del demandante de amparo para que, de conformidad con el art. 93.2 LOTC, alegara en el plazo de tres días lo que a su derecho conviniera.

7. Mediante escrito presentado el 21 de octubre de 2008 la representación procesal del demandante de amparo manifestó su conformidad con el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal, solicitando por los mismos razonamientos que se deje sin efecto la providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 23 de julio de 2008 y se admita a trámite la demanda de amparo.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El nuevo examen por esta Sección de la admisibilidad de la demanda de amparo, a la luz de las apreciaciones del Ministerio Fiscal, depara, como en nuestra providencia de 23 de julio de 2008, la inadmisión de la misma por falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial [arts. 44.1 a) y 50.1 a) LOTC, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo].

2. En contra de lo que sostienen el Ministerio Fiscal y el demandante de amparo, no es cierto que las quejas formuladas en el presente recurso de amparo (que han quedado resumidas en el relato de antecedentes de este Auto) sean las mismas que las planteadas por don Pablo Queraltó Gómez en el recurso de amparo núm. 8928-2006, en el que la Sección Cuarta de este Tribunal ha acordado la apertura del trámite del art. 50.3 LOTC (en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo).

En el recurso de amparo núm. 8928-2006 se alega, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haber sido condenado el demandante de amparo en apelación sobre la base de una nueva valoración de las pruebas personales con infracción de los principios de inmediación, publicidad y contradicción, según la doctrina resultante de la STC 167/2002, de 18 de septiembre y ss.; en segundo lugar, se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en relación con los principios de legalidad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE), porque, a juicio del demandante, no existe prueba de cargo suficiente para enervar su presunción de inocencia, porque, además de que las pruebas practicadas en apelación son nulas, y no pueden, por tanto, servir para la modificación del relato de hechos probados en el que se sustenta su condena en la Sentencia de apelación (toda vez que dichas pruebas no debieron ser admitidas, por no darse ninguno de los supuestos legalmente establecidos para acceder a la práctica de la prueba en segunda instancia), de la prueba practicada no se desprende un incumplimiento del deber de proteger la salud e integridad física de los trabajadores por ausencia total de previsión en materia de seguridad que pudiera ser imputable al demandante; por último, se alega la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), en relación con los principios de legalidad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE), por considerar el demandante que en modo alguno su actuación puede considerarse como constitutiva del delito contra la seguridad de los trabajadores por el que se le condena, sin que sean admisibles interpretaciones analógicas del tipo penal, toda vez que, como jefe de obra, su obligación en materia de seguridad laboral se limita a exigir del empresario que proceda a facilitar las medidas de seguridad necesarias, sin que pueda alcanzarle responsabilidad alguna por el hecho de que no se modificase el plan de seguridad por la introducción de andamios motorizados, siendo esta responsabilidad de los empresarios, del autor del plan de seguridad y de las personas dotadas de poderes y facultades de dirección empresarial en la obra, lo que no es su caso.

Basta comparar los seis motivos de amparo formulados en el presente recurso de amparo, reseñados en el relato de antecedentes, con los tres motivos de amparo formulados en el recurso de amparo núm. 8928-2006, que se acaban de resumir, para concluir que la pretendida identidad entre uno y otro recurso de amparo que afirman el Fiscal y el demandante de amparo no es tal, pues esa supuesta coincidencia de quejas en ambos recursos es meramente parcial, ya que se limita a la referida a la improcedente valoración de pruebas personales por la Audiencia Provincial de Madrid, por entender uno y otro recurrente en amparo que no debieron ser admitidas tales pruebas, al no concurrir ninguno de los supuestos legalmente establecidos para acceder a la práctica de prueba en segunda instancia.

3. Por otra parte (y ello resulta determinante a los efectos que nos ocupan), a diferencia de lo que sucede en el recurso de amparo núm. 8928-2006, en el que, según ha quedado expuesto, no se formula ninguna queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva que se impute a la Sentencia impugnada en amparo, en el presente recurso de amparo, como se ha visto, el demandante plantea expresamente la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en relación con el derecho a la defensa, porque la Sala no le permitió plantear en el acto de la vista la nulidad de actuaciones respecto de la indebida admisión de la práctica de prueba en apelación, y porque la Sentencia de apelación incurre en incongruencia ex silentio, al no haber dado respuesta a esa petición de nulidad formulada finalmente por vía de informe o conclusiones.

4. En suma, en el presente recurso de amparo se aduce por el demandante la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por incongruencia omisiva de la Sentencia de apelación, que no dio respuesta a su pretensión de que se declarase la nulidad de las pruebas personales practicadas en segunda instancia (pericial e interrogatorio de acusados), con fundamento en la indebida admisión —a juicio del demandante de amparo— de la práctica de dichas pruebas, prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento que regulan los supuestos en que cabe practicar prueba en apelación.

Pues bien, formulada en la demanda de amparo esta queja por incongruencia omisiva, es claro que, para poder entenderse cumplido el requisito de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo], el demandante de amparo debió haber acudido al incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), lo que no ha hecho. Ello impide a este Tribunal entrar a examinar tanto ésta como las restantes quejas que se formulan en la demanda de amparo, pues es obvio que el óbice advertido se proyecta no sólo respecto de la queja concreta fundada en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva, sino también sobre el resto de las quejas del demandante, toda vez que, de haberse interpuesto el incidente de nulidad contra la Sentencia de apelación, en caso de que dicho remedio procesal hubiera sido estimado podría haber sido anulada —como se pretende por el demandante— la prueba practicada en segunda instancia (cuya valoración por la Audiencia Provincial determina la modificación del relato de hechos probados y la consiguiente condena del demandante, absuelto en instancia) y, con ello, eventualmente, podría haberse obtenido un fallo distinto en apelación, acaso confirmatorio de la absolución del demandante que había acordado la Sentencia de instancia.

En definitiva, como consecuencia de lo expuesto ha de concluirse, confirmando lo acordado en nuestra providencia de inadmisión de 23 de julio de 2008, que la presente demanda de amparo incumple de manera manifiesta e insubsanable el requisito previsto en el art. 44.1 a) LOTC (en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), que exige para demandar en amparo frente a actos u omisiones de un órgano judicial que se hayan agotado previamente los recursos o remedios procesales utilizables en la vía judicial, en este caso el incidente de nulidad de actuaciones, lo que determina la inadmisión de la demanda de amparo (por todas, SSTC 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 82/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 178/2000, de 26 de junio, FJ 3; 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; 105/2001, de 23 abril, FJ 3; y 85/2002, de 22 de abril, FJ 3).

Por todo lo expuesto, la Sección

ACUERDA

Desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal en el recurso de amparo núm. 8919-2006 y, en consecuencia, confirmar en su integridad la providencia de 23 de julio de 2008.

Madrid, a catorce de enero de dos mil nueve.