PROTECCION PENAL DEL TRABAJADOR

DUPLICIDAD DE NORMAS:

PENALES,

LABORALES-ADMINISTRATIVAS

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.
Licenciado en Derecho.
Licenciado en Criminología.
Detective Privado.
Máster en Prevención de Riesgos Laborales
Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

JUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER CONSTITUITUR

INDICE

PROTECCIÓN PENAL DEL TRABAJADOR
DUPLICIDAD DE NORMAS:
PENALES, LABORALES-ADMINISTRATIVAS

a. INTRODUCCIÓN DOCTRINAL.

b. PREFERENCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN.

c. PRINCIPIO "NON BIS IN ÍDEM".

d. JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA.

I. Sentencia del TC 2/1981, de 30 de enero.
II. Sentencia del TC 77/1983, de 3 de octubre.
III. Sentencia del TC 159/2003, de 15 de septiembre.
IV. Sentencia del TC 229/2003, de 18 de diciembre.
V. Sentencia del TC 180/2004, de 2 de noviembre.
VI. Sentencia del TC 188/2005, de 5 de agosto.
VII. Sentencia del TC 249/2005, de 10 de octubre.
VIII. Sentencia del TC 115/2006, de 24 de abril.
IX. Sentencia del TC 48/2007, de 12 de marzo.
X. Sentencia del TC 116/2007, de 21 de mayo.
XI. Sentencia del TC 23/2008, de 11 de febrero.
XII. Sentencia del TC 91-2008, de 21 de julio.
XIII. Sentencia del TC 91/2009, de 20 de abril.
XIV. Sentencia del TC 121/2009, de 18 de mayo.
XV. Sentencia del TC 69-2010, de 18 de octubre.
XVI. Sentencia TC 77-2010, de 19 de octubre.
XVII. Sentencia TC 126-2011, de 18 de julio.
XVIII. Sentencia del TC 70-2012, de 16 de Abril.
XIX. Sentencia del TC 189/2013, de 7 de Noviembre.
XX. Sentencia del TC 112/2015, de 8 de Junio.
XXI. Sentencia del TC 23/2016, de 15 de febrero.

e. EL ACOSO LABORAL EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, EN LA LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LO SOCIAL.

f. EL INSHT Y LAS NOTAS TÉCNICAS DE PREVENCIÓN.

g. NTP 421/1996. "TEST DE SALUD TOTAL" DE LANGNER-AMIEL: SU APLICACIÓN EN EL CONTEXTO LABORAL.

h. NTP 476/1998: EL HOSTIGAMIENTO PSICOLÓGICO EN EL TRABAJO: MOBBING.

i. NTP 489: VIOLENCIA EN EL LUGAR DE TRABAJO.

j. NTP 823: SISTEMA DE ANÁLISIS TRIANGULAR DEL ACOSO (SATA): UN MÉTODO DE ANÁLISIS DEL ACOSO PSICOLÓGICO EN EL TRABAJO.

k. NTP 854: ACOSO PSICOLÓGICO EN EL TRABAJO: DEFINICIÓN. (ACTUALIZA LA NTP 476).

l. LOS CRITERIOS TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

I. Introducción.

II. Criterio Técnico 34/2003.

III. Criterio Técnico 69/2009.

m. EL ACOSO LABORAL COMO ACCIDENTE DE TRABAJO.

n. LA INDEMNIZACIÓN CONSECUENCIA DEL ACOSO LABORAL.

o. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

p. **BIBLIOGRAFÍA.**

RESUMEN

No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3.°, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.

Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la Constitución y que dimanan del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.

PALABRAS CLAVES

Derechos del trabajador, Administración, potestad sancionadora, legalidad, interdicción de penas, garantía constitucional, subordinación de los actos de la Administración, control a posteriori, cosa juzgada, verdad jurídica, planteamiento fáctico, irretroactividad, lesión de derecho fundamental, triple identidad, amparo constitucional,

PROTECCIÓN PENAL DEL TRABAJADOR

DUPLICIDAD DE NORMAS:
PENALES, LABORALES-ADMINISTRATIVAS.

a. INTRODUCCIÓN DOCTRINAL.

El problema que se plantea es que ante un mismo supuesto de hecho, cabría una respuesta sancionadora penal o bien laboral-administrativa. Siguiendo a De Vicente Martínez R.[1], las diferencias entre los ilícitos administrativos muy graves y los tipos penales serían:

1- Los tipos penales son exclusivamente dolosos.
2- Los tipos administrativos suelen contraer la sanción a la figura jurídica del empresario sin que se desplace su responsabilidad a las personas físicas de sus encargados o representantes, al contrario de la responsabilidad penal.

El legislador laboral-administrativo y penal, han operado a espaldas uno de otro, la tradición ha sido la compatibilidad entre sanción laboral-administrativa y la penal, basándose en el principio de independencia de la potestad sancionadora administrativa[2],

---

[1] De Vicente Martínez Rosario. "Seguridad en el Trabajo y Derecho Penal". Editorial Bosch. 2001. Págs. 127-130, y 137.

[2] Nieto García Alejandro. "Derecho Administrativo sancionador". Editorial Tecnos. Madrid. 1993. Pág. 357. La legislación preconstitucional es de ordinario contraria al non bis in ídem. En la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971, Art. 155 "Salvo precepto legal en contrario, las responsabilidades que exijan las autoridades del Ministerio de Trabajo o que declare la Jurisdicción laboral, por incumplimiento de disposiciones que rijan en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, serán independientes y compatibles con cualesquiera otras de índole civil, penal o administrativa, cuya determinación corresponda a otras jurisdicciones o a otros órganos de

que permitía la plena compatibilidad entre la pena y la sanción administrativa. García de Enterría lo llamaba compatibilidad de sanciones administrativas y penales.

Sin embargo a partir de la Constitución de 1978, esto ya no era posible.

Ha de esperarse a que los hechos queden fijados en sede penal, y sólo cuando en dicho orden jurisdiccional se hayan fijado los hechos, se podrá continuar con las actuaciones en sede administrativa, precisamente para evitar vulnerar el principio del non bis in idem en su vertiente de evitar que los mismos hechos se aprecien de forma distinta por distintos órganos del Estado. Y que ello es lo que determina la necesidad de suspender los procedimientos administrativos. Porque como "unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los diferentes órganos del Estado"

Si, en sede penal no se apreciara la existencia de delito, la Administración tributaria podrá entonces continuar sus actuaciones, de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, y todas las actuaciones administrativas realizadas durante el periodo de suspensión se tendrán por inexistentes.

Excepcionalmente cabe la doble sanción penal y administrativa del hecho, cuando además de su carácter penal, la potestad sancionadora de la Administración se funda en lo que se conoce como relación de supremacía especial o estatutaria -principalmente sanciones disciplinarias a funcionarios-, ya que entonces el mismo hecho (el ilícito penal) se contempla desde una óptica diferente (pena y suspensión o separación del servicio)

Es reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que considera que los principios inspiradores del orden penal son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, con ciertas matizaciones.

Fue resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de octubre de 1991, donde se indica que no cabe simplificar el supuesto enunciado, diciendo que el objeto del proceso penal es la responsabilidad por muerte y lesiones, y el de las sanciones administrativas la responsabilidad por falta de medidas de seguridad, como si lo sancionado en el primer proceso fuese un resultado, y en las segundas la infracción de un precepto, al margen del resultado.

---

la Administración pública. Las actuaciones que se inicien y tramiten los órganos judiciales y administrativos no laborales que tengan por causa el incumplimiento de dichas disposiciones no suspenderán, en ningún caso, la acción preventiva, investigadora y punitiva correspondiente al Ministerio de Trabajo".

Para el Tribunal Supremo no es exacto que en el proceso penal se sancione un resultado, sino que en un derecho de estructura culpabilista, como el penal, por exigencias de la definición de delitos del artículo 10 del Código Penal, lo que se sanciona es una conducta humana, que puede producir o no un determinado resultado, pero que, en el caso de que lo produzca, éste no se desvincula de la conducta que lo produce. El elemento culpa, indica el Tribunal Supremo, imprescindible para la infracción penal, lo constituye en las infracciones culposas la omisión de la diligencia debida, que en casos como el analizado, tiene lugar con la inobservación de las normas de seguridad e higiene en el trabajo. La infracción de esas normas de seguridad desde la perspectiva penal, se inserta en la estructura de la infracción penal, no siendo algo diferente, deviniendo esa infracción de la normativa de seguridad, en el elemento constitutivo de la culpa. En ese sentido, dirá el Tribunal Supremo, el hecho constitutivo de la infracción administrativa se identifica con el hecho constitutivo de la culpa penal. Para el Tribunal Supremo el respeto a ese principio constitucional, requería que la autoridad administrativa, al estar actuando la justicia penal, hubiese paralizado su actuación en espera de la resolución penal.

Por el contrario, se considera que no se vulnera el principio non bis in ídem, cuando el mismo hecho, delito contra la vida y derechos de los trabajadores en el orden penal, e infracción administrativa en materia de seguridad e higiene, se sanciona a personas distintas, no concurriendo la identidad de sujetos, ya que la conducta penal es imputable a una persona física, encargada o representante de la empresa, persona jurídica, mientras que la sanción administrativa se impone a la persona jurídica - sociedad mercantil.

b. PREFERENCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN.

Se recoge en la Sentencia del TC 70-2012, de 16 de abril, que es doctrina del Tribunal Constitucional, fijada, entre otras muchas, en la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 9 (Pleno), que "la infracción por la Administración del deber de paralizar el procedimiento administrativo sancionador si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador —administrativo y penal— y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos". Por ello, "una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo

los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal", de modo que "cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión". En definitiva, de no hacerse así, la subsunción de los hechos en la disposición administrativa quebranta el principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (art. 25.1 CE en relación con el art. 117.3 CE).

Más aún, el principio de preferencia de la jurisdicción penal encuentra concreta plasmación en la propia normativa aplicada en este caso por la Administración, al disponer el art. 107.2 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento: "La instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción. Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar la salud y seguridad de las personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncie sobre las mismas".

Ahora bien, puesto que la prioridad de la jurisdicción penal se dirige a preservar el principio non bis in idem, la obligación de la Administración de suspender la tramitación del expediente administrativo sancionador tiene como premisa que concurran en los correspondientes procedimientos penal y administrativo una triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento.

En esta misma línea, ya en el ATC 355/1991, de 25 de noviembre (FJ 5), apreciamos que en el caso allí examinado no se daba la identidad subjetiva entre ambos procesos, toda vez que los acusados en el proceso penal eran dos gerentes de la empresa, mientras que en el expediente administrativo lo era la propia empresa. Posteriormente, en el ATC 357/2003, de 10 de noviembre (FJ 2), afirmamos que "tampoco es posible apreciar la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, que se erigen en presupuestos de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem al no darse la identidad subjetiva exigida como presupuesto para la vulneración denunciada cuando en uno de los procesos se sanciona a la persona jurídica empresario y en el otro se sanciona penalmente al representante legal de la misma".

c. PRINCIPIO "NON BIS IN ÍDEM".

El principio "non bis in ídem" determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

La terminación del proceso penal por sentencia firme en la que se condena por delito, impide que los hechos sancionados puedan volver a sancionarse administrativamente, si bien solo cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, no resultando vulnerado cuando las penas se aplican por acciones típicas diversas, cuando hay disparidad en los sujetos enjuiciados, cuando no se aprecie identidad objetiva entre dos procedimientos, cuando los condenados penalmente, no son los sancionados administrativamente. Un solo comportamiento, no puede ser sancionado dos o más veces. Así se necesita:

- Identidad subjetiva.
- Identidad de objeto.
- Identidad de acción.

Sin embargo hay una dificultad, cuando habiendo una sentencia condenatoria penal, el ilícito administrativo prevé consecuencias jurídicas distintas a las penales. Por ejemplo, suspensión o cierre del centro de trabajo, limitaciones a la facultad de contratar con la Administración, etc. Tales sanciones, distintas de las penales, y específicas, podrían ser impuestas en un procedimiento laboral-administrativo sancionador, posterior a la sentencia penal condenatoria, ya que se impondrían a la empresa, diferenciada de la persona física objeto de la condena penal. No resulta infringido el principio cuando se sanciona administrativamente a la empresa por falta de medidas de seguridad, habiendo esto causado un accidente de trabajo, aun cuando se hubiere condenado penalmente como sujeto activo de delito a un responsable de seguridad.

Cuando el procedimiento penal acabe por auto de sobreseimiento o por sentencia absolutoria, continuaran las actuaciones administrativas sancionadoras, pero siempre en base a los hechos que el Tribunal Penal haya declarado probados, lo cual no quiere decir que la autoridad laboral no pueda ampliar las pruebas siempre que no contradiga lo establecido en vía penal. Ya que no es posible que se de lugar a una valoración doble y discrepante sobre unos mismos elementos fácticos. Los hechos probados en vía penal

son incontestables, pero es posible la apreciación de hechos nuevos que no sean contradictorios con aquellos, pudiendo tratar la actuación administrativa sobre elementos no fueron traídos al procedimiento penal, porque se consideraban innecesarios. Pero ahora bien, la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, no permite que esta pueda sancionar hechos considerados inexistentes por la jurisdicción penal. Teniendo en cuenta estos puntos, no queda vinculada la Administración por los pronunciamientos judiciales, ya que son distintos los modos y criterios de enjuiciamiento en las diversas jurisdicciones, con respecto a los hechos que a ellas puedan sometérseles.

d. JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA.

I. SENTENCIA DEL TC 2/1981, DE 30 DE ENERO.

La prohibición de duplicidad de sanciones por el mismo hecho fue recogido por el Tribunal Constitucional, Sentencia 2/1981 de 30 de enero[3], proclamó la vigencia del ne bis in ídem en el ámbito sancionador, salvo en los casos en que existiese una relación de supremacía especial de la Administración que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

El principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no· recaiga duplicidad de sanciones, administrativa y penal, en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración, relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc., que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración. No obstante, podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53 número 2 de la Constitución y 41 de la LOTC no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la

[3] Tribunal Constitucional, Sentencia 2/1981 de 30 de enero. Sala Primera, recurso de amparo n.º 90/80.

Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va. íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución. Por otro lado es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia.

Descendiendo al caso particular que nos ocupa, en los supuestos fácticos contemplados por el Tribunal Provincial de Contrabando, en su resolución de 30 de mayo de 1979, y por los Tribunales Penales, en sus Sentencias de 11 de junio de 1979 y 24 de abril de 1980, no se aprecia esa coincidencia fáctica imprescindible para que resulte operativa la prohibición que representa el principio non bis in idem, haciendo así innecesaria cualquier consideración sobre el fundamento o relación a que responde en este caso el ejercicio de la potestad represiva del Estado. En efecto, no se sanciona, como sostiene el recurrente, doblemente un mismo acto jurídico -la compraventa de una partida de brillantes-, sino que, por el contrario, este negocio no es considerado en modo alguno por la resolución del Tribunal Provincial de Contrabando ni por la Jurisdicción Penal, ni pudo serlo porque está al margen de la previsión típica. La infracción de contrabando está representada por la operación material de la entrada ilegal, sin pago de los correspondientes derechos de aduana, de cierto número de brillantes efectuada en fecha anterior a su entrega al recurrente y realizada por personas distintas al señor J.Y.M. Por otro lado, el delito monetario está representado por la actividad también material de pretender la salida del territorio español de una cantidad de moneda española sin autorización, operación que se inicia, en la apreciación del Tribunal Penal, por la entrega del dinero realizada en Madrid el 26 de enero de 1978 personalmente por el señor J.Y.M. a los también condenados señores U. y M.

En el proceso penal que dio origen a las Sentencias sobre las que se instrumentó el recurso de amparo, los Órganos Judiciales se limitaron a interpretar los hechos en base a las circunstancias especiales que rodearon la entrega del dinero y a las declaraciones prestadas sin intromisiones intolerables en la esfera personal y sin violar el domicilio, las comunicaciones y menos hacer uso indebido de la informática, tal y como se garantizan por el art. 18 de la Constitución

II. SENTENCIA DEL TC 77/1983, DE 3 DE OCTUBRE[4].

[4] Tribunal Constitucional, Sentencia 77/1983 de 3 de octubre. Sala Segunda, recurso de amparo n.º 368/82.

No puede decirse que se haya violado la presunción de inocencia consagrado por el art. 24 de la Constitución, porque tal presunción supone que la carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste, pero el derecho a la presunción de inocencia no permite calibrar la mayor o menor abundancia de las pruebas ni la apreciación que de acuerdo con el ordenamiento legal hayan hecho los órganos de aplicación de la Ley. En este sentido, hay que destacar que en el caso del que el recurso deriva hubo pruebas tenidas en cuenta, como fueron las declaraciones testificales, las declaraciones del propio acusado y los elementos mecánicos del control de llamadas telefónicas puestos en marcha únicamente ante la ilícita amenaza de explosión de una bomba. Es verdad que unas mismas pruebas condujeron al juez de instrucción a aplicar en beneficio del reo el criterio de la duda razonable y al Gobierno Civil a darlos como hechos probados, pero este acto no permite suponer que se haya violado la presunción de inocencia, porque lo que ocurre es que las apreciaciones del material probatorio fueron distintas, lo que plantea un problema de carácter diverso sobre el que volveremos después.

Tampoco es posible decir, como se pretende en la demanda de amparo, que se haya vulnerado el derecho al juez predeterminado por la Ley. La hipotética violación de este derecho es pretendida por la parte recurrente sobre la base de que el Gobierno Civil no pudo actuar mientras las actuaciones estaban pendientes de fallo de la autoridad judicial. Sin embargo, de esta premisa no se puede deducir una violación del derecho al juez predeterminado por la Ley. El recurrente fue juzgado por el juez ordinario que la Ley predeterminaba y si pudo ser sancionado por un órgano de la Administración como es el Gobierno Civil, ello depende sólo de la existencia y de los límites de la potestad sancionadora de la Administración, de manera que la violación del derecho al juez no aparece producida.

No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3.°, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.

Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la Constitución y que dimanan del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.

Los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentran en el art. 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d), finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.

La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control «a posteriori» por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las Leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ello, y c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.

La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.

Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia es que la primera, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del art. 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto.

III. SENTENCIA DEL TC 159/2003, DE 15 DE SEPTIEMBRE.

La queja incurre en causa de inadmisión por falta de alegación en la vía judicial previa. Los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados porque el recurso haya sido inicialmente admitido a trámite (SSTC 50/1991, de 11 de marzo, FJ 3; 129/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 3; 105/2001, de 23 de abril, FJ 2; 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; y 18/2002, de 1 de marzo, FJ 3), pudiendo determinarse la inadmisión en este momento procesal (SSTC 143/1996, de 16 de septiembre, FJ único; 146/1998, de 30 de junio, FJ 3; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; y 192/2002, de 28 de octubre, FJ 3), inadmisión que alcanza a las presuntas vulneraciones procedimentales causantes de indefensión, del derecho a la presunción de inocencia y de la prohibición constitucional de ser sancionado dos veces por los mismos hechos por causa de la imposición de las sanciones de arresto y separación del servicio.

Los defectos procedimentales sólo son constitutivos de vulneración de la indefensión constitucionalmente proscrita cuando son causantes de un perjuicio real y efectivo, esto es, de una merma definitiva de la posibilidad de alegar, contradecir y probar.

La pretensión concerniente a la vulneración del principio de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos (art. 9.3 CE) no puede ser substanciada en este específico proceso constitucional de amparo, pues, de conformidad con los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, sólo son susceptibles de amparo constitucional los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29, así como el derecho a la objeción de conciencia contemplado en el art. 30 CE. De modo que, como no se trata de la incorrecta ubicación constitucional del derecho a no ser sancionado por hechos que en el momento de producirse no fueran constitutivos de infracción administrativa según la legislación vigente en ese momento (art. 25.1 CE), sino que la queja del recurrente se ciñe a la aplicación retroactiva del art. 60 Ley Orgánica 11/1991, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/1998, en relación con la denegación de la cancelación de los antecedentes que constaban en su hoja de servicio, la pretensión ha de ser desestimada por ser ajena a los límites de este proceso constitucional.

Algunas de las pretensiones de amparo no fueron invocadas en la vía judicial previa (art. 44.1.c LOTC), por lo que deben ser también desestimadas al no haberse respetado el carácter subsidiario del recurso de amparo y, por consiguiente, no haberse dado oportunidad al órgano judicial para reparar dicha vulneración. Requisito que, si bien no se menciona expresamente en el art. 43 LOTC, ha de entenderse inherente al agotamiento de la vía judicial previa (art. 43.1 LOTC) en aras de garantizar el carácter subsidiario del recurso de amparo (SSTC 79/1984, de 9 de julio, FJ 1; 212/1993, de 28 de junio, FJ 1). Como tiene declarado este Tribunal, dicha garantía constitucional

preserva la prioridad de los órganos judiciales en el conocimiento y restablecimiento de los derechos fundamentales y sólo es posible si el recurrente manifiesta expresamente ante los Tribunales la lesión de la que entiende está siendo objeto. Efectuando una interpretación flexible de este requisito este Tribunal ha reconocido que no es exigible la cita del precepto constitucional concreto que se estima vulnerado, ni tampoco la reproducción de su nomen iuris o calificación jurídica de la norma fundamental vulnerada, sino que lo realmente relevante para entender hecha la invocación es "haberla planteado en términos tales que pueda identificarse como descripción de la violación de un derecho fundamental y permita por tanto al órgano judicial, conocida por manifestada la relevancia constitucional de la eventual lesión, pronunciarse respecto a su restablecimiento" (STC 136/2002, de 3 de junio, FJ 2). En suma, basta para considerar cumplido el requisito "con que de las alegaciones del recurrente pueda inferirse la lesión del derecho fundamental que luego se intente invocar en el recurso de amparo (STC 142/2000, de 29 de mayo, FJ 2), siempre que la queja haya quedado acotada en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre la misma (SSTC 75/1998, de 25 de abril, FJ 5; 29/1996, de 26 de febrero, FJ 2; 146/1998, de 30 de junio, FJ 4; 310/2000, de 28 de diciembre, FJ 2; y 14/2001, de 29 de enero, FJ 11)" (STC 136/2002, de 3 de junio, FJ 3).

IV. SENTENCIA DEL TC 229/2003, DE 18 DE DICIEMBRE.

Las únicas quejas que pueden ser atendidas en esta vía de amparo constitucional son las que la parte actora deduce en su demanda, al ser ésta la rectora del proceso, la que acota, define y delimita las pretensiones a las que hay que atenerse para resolver el recurso (por todas, SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 1; 96/1989, de 29 de mayo, FJ 1; 132/1991, de 17 de junio, FJ 2; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 1; 14/2003, de 28 de enero, FJ 1).

El Tribunal Constitucional no está vinculado por las erróneas invocaciones de los preceptos constitucionales llevadas a cabo por los recurrentes. Como de forma reiterada viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, al solicitante de amparo no se le exige tanto que la invocación del derecho supuestamente vulnerado se lleve a cabo mediante la concreta identificación del precepto constitucional donde se proclama, ni tampoco mencionando su nomen iuris, cuanto que se acote suficientemente el contenido del derecho constitucional violado, permitiendo así un pronunciamiento del Tribunal sobre la infracción aducida (por todas, SSTC 167/1987, de 28 de octubre, FJ 1; 184/1992, de 16 de noviembre, FJ 2; 80/1994, de 14 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 6;19/2001, de 29 de enero, FJ 3; 154/2001, de 2 de julio, FJ 2).

El principio non bis in idem, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) se ha considerado, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), posee también una dimensión procesal (prohibición de duplicidad de procesos sancionadores en esos casos) a la que este Tribunal, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre, ha reconocido relevancia constitucional, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material.

En el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar -a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional- un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior resolución firme". Por lo tanto el presupuesto para la aplicación de dicho principio es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada (SSTC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.b).

Compete analizar, en primer lugar, si se da el presupuesto de la interdicción de incurrir en bis in idem, esto es, si existió la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, pues "la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento.

Ha de partirse de la acotación de los hechos llevada a cabo por los órganos judiciales y de la calificación jurídica de estos hechos realizada por ellos, "dado que, de conformidad con el art. 44.1.b LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer 'de los hechos que dieron lugar al proceso' en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable" (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5).

Hay que tomar como punto de partida las resoluciones judiciales impugnadas, al objeto de determinar cuáles son los hechos y la calificación jurídica de los mismos que ha de servir de base para valorar si existió o no una duplicidad de procedimientos por los mismos hechos.

Como acertadamente destacan las resoluciones judiciales impugnadas, a la vista del sustrato fáctico que sirve de base a la incoación de una y otra causa y de la calificación jurídica de las conductas atribuidas en ambas al ahora demandante de amparo, puede afirmarse que no existe identidad entre los hechos que se imputan al recurrente en la causa que da lugar al presente recurso de amparo y los de la causa especial núm. 2790/97, que resultó archivada. En consecuencia no concurre el presupuesto para la aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem procesal y no puede apreciarse la vulneración denunciada.

Por lo que respecta al principio de legalidad, como se desprende del tenor literal del art. 25.1 CE (a cuyo tenor "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento") y de la jurisprudencia constitucional, éste hace referencia a la necesaria predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones, refiriéndose exclusivamente a las normas penales o sancionadoras sustantivas y no a las procesales (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 9.b; 141/1998, de 29 de junio, FJ 3), no incluyendo entre sus garantías el derecho de la parte a ser enjuiciado por unas determinadas normas procesales, lo que afectaría -en su caso- a los derechos consagrados en el art. 24 CE.

Respecto del principio de igualdad (art. 14 CE) la pretendida vulneración del mismo, derivada de la elección de las normas del procedimiento ordinario, carece de fundamento al no aportarse un término de comparación válido para llevar a cabo el juicio de igualdad. No lo constituye la genérica certificación aportada por el recurrente, en la que solamente consta que desde el 1 de enero de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1998 en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se han incoado una serie de causas especiales (de las que se menciona el número de la causa, el delito por el que se incoa y el tipo de procedimiento, sin ninguna otra circunstancia) seguidos contra personas aforadas por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos que han seguido los trámites del procedimiento abreviado. Aparte el hecho de que, como indica la Sentencia impugnada, es éste el primer caso en que la Sala juzga a un Juez después de ser derogadas las normas del antejuicio, es lo cierto que con los datos que acaban de exponerse no puede afirmarse que se pongan a disposición de este Tribunal los elementos de juicio necesarios para entrar a valorar si un mismo órgano judicial, en

supuestos sustancialmente idénticos, ha resuelto en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa, conforme a nuestra jurisprudencia (por todas, SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2; 183/1991, de 30 de septiembre, FJ 3; 104/1996, de 11 de junio, FJ 2; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2, entre otras). Dado que según jurisprudencia constante, corresponde al recurrente la carga de aportar ese término de comparación (por todas, SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 375/1993, de 20 de diciembre, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2, 152/2002, de 15 de julio, FJ 2), el incumplimiento de dicha carga impide otorgar dimensión constitucional al debate sobre la legalidad procesal aplicable desde la perspectiva del principio de igualdad.

Desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), se ha afirmado reiteradamente (entre otras muchas, SSTC 161/1985, de 29 de noviembre, FJ 5; 48/1986, de 23 de abril, FJ 1; 32/1994, de 31 de enero, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 27; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 97/2000, de 18 de mayo, FJ 3; 228/2000, de 2 de octubre, FJ 1; 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4) que las infracciones de las normas o reglas procesales sólo constituyen una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías si con ellas se ocasiona una merma relevante de las posibilidades de defensa. Y en el presente caso, aun admitiendo que la elección de las normas del procedimiento ordinario constituyera una irregularidad procesal, ni se alega ni se justifica en la demanda de amparo la existencia de tal indefensión constitucionalmente relevante derivada de la elección del procedimiento ordinario en lugar del abreviado. Es más, los órganos judiciales sostienen que el procedimiento elegido amplía las posibilidades de defensa y ofrece mayores garantías, al prever un régimen de recursos contra el Auto de procesamiento que no existe en el procedimiento ordinario. Los perjuicios que el recurrente atribuye al Auto de procesamiento (publicidad, amenaza del honor, suspensión de empleo y sueldo) son efectos inherentes a la decisión de procesamiento acordado, pero no generadores de indefensión, efectos que además, como destaca el Ministerio Fiscal, igualmente podrían haberse producido en la tramitación de un procedimiento abreviado.

V. SENTENCIA DEL TC 180/2004, DE 2 DE NOVIEMBRE.

Desde una perspectiva sustancial, el principio de ne bis in idem se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del ius puniendi del Estado" y "que irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurran las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo" (STC 177/1999, de 11 de octubre, FFJJ 3 y 4).

La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental, que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3, y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona la lesión (STC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3).

La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3, y 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

En definitiva, este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones "en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento" (STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2, y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

Se ha afirmado la competencia de la jurisdicción constitucional para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de identidad como presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, ya sea sustantivo o procesal. Ello nos lleva al examen en sede constitucional de si existió la

triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos. Es decir, que a una misma persona, por unos mismos o idénticos hechos y con base en infracciones administrativas o penales que participan del mismo fundamento, se le impongan dos reacciones punitivas.

Tarea propia de la Guardia Civil es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial. La eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, pues no cabe disociar totalmente la Ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquéllos que lo desempeñan no incurran en conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros. La irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales es un interés legítimo de la Administración, diferenciado de la dignidad predicable de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no se infringe el principio ne bis in idem.

VI. SENTENCIA DEL TC 188/2005, DE 5 DE AGOSTO.

El principio non bis in idem tiene su anclaje constitucional en el art. 25.1 CE, en la medida en que este precepto constitucionaliza el principio de legalidad en materia sancionatoria en su doble vertiente material (principio de tipicidad) y formal (principio de reserva de Ley). Este principio, que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU —hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977— y en el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales —que, aunque firmado por nuestro país, aun no ha sido objeto de ratificación—, protegiendo “al ciudadano, no sólo frente a la ulterior sanción —administrativa o penal—, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento

sancionador, con independencia del resultado —absolución o sanción— del mismo" (STC 2/2003, de 16 de enero, FFJJ 2 y 8).

El principio non bis in idem tiene, en otras palabras, una doble dimensión: a) la material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto "en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento", y que "tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente" [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 a); y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3]; y b) la procesal o formal, que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción "la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal" [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 c); y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3. SSTEDH de 29 de mayo de 2001, en el caso Franz Fischer contra Austria; y de 6 de junio de 2002, en el asunto Sailer contra Austria].

b) Aunque es cierto que este principio "ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos", esto no significa, no obstante, "que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos" (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3). Y es que en la medida en que el ius puniendi aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio non bis in idem opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente. En este último orden de ideas, y desde la perspectiva del Derecho positivo, tanto el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, como el art. 5.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, impiden que de nuevo se sancionen administrativamente hechos que ya hayan sido castigados en aplicación del ordenamiento jurídico administrativo, siempre que concurra la triple identidad referida.

En efecto, el meritado precepto legal prevé que: “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”; mientras que el art. 5.1 del indicado texto reglamentario dispone, por su parte, que: “El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento”.

c) El principio non bis in idem despliega sus efectos tanto materiales como procesales cuando concurre una identidad de sujeto, hecho y fundamento, tal y como hemos venido afirmando en nuestra jurisprudencia y ha encontrado reflejo en el Derecho positivo, como lo demuestran los dos preceptos que acaba de trascribirse que aluden a la misma. En este orden de ideas, hemos indicado que “la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento” (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3).

d) Este Tribunal ha abordado el juego del principio non bis in idem dentro de las llamadas relaciones de sujeción o de supremacía especial, afirmando que: “La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990). Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección” (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2). En base a tal doctrina, este Tribunal ha considerado, por ejemplo, en el ATC 141/2004, de 30 de abril, que no se producía una vulneración del principio non bis in idem en un supuesto en el que un Abogado había sido sancionado penal y

disciplinariamente, porque el "genérico ius puniendi del Estado ha sido ejercido sobre el hoy demandante de amparo exclusivamente por los órganos jurisdiccionales penales", y la sanción disciplinaria impuesta al mismo sujeto por los mismos hechos por el correspondiente Colegio de Abogados, en virtud de una Ley que ha delegado a estas corporaciones el ejercicio de la potestad disciplinaria en materias profesionales, tenía "un fundamento diverso del de las penas impuestas por aquellos órganos jurisdiccionales, fundamento el de aquélla que se encuentra en la función de vigilar el ejercicio de la abogacía y velar porque dicha actividad profesional se adecúe a los intereses de los ciudadanos". Y es que, concluimos entonces, al no existir "la identidad de fundamento entre las sanciones penales y las colegiales infligidas al demandante no cabe aplicar la alegada interdicción de duplicidad de sanciones por los mismos hechos, condicionada, como hemos dicho, a que exista dicha identidad" (FJ 5).

e) La relación entre el principio non bis in idem y la agravante de reincidencia ha sido objeto, también, de un pronunciamiento de este Tribunal en la STC 150/1991, de 4 de julio, en la que afirmamos la compatibilidad de la agravación del castigo en caso de reiteración en la comisión de ilícitos con aquel principio constitucional, indicando, en concreto, que "del propio significado del non bis in idem se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15 [del Código penal] no conculca dicho principio constitucional ... con la apreciación [de la] agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados —art. 10.15 CP— y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera de círculo propio del principio non bis in idem" (FJ 9).

La doble identidad de sujeto y de hechos apreciada en el precepto cuestionado en el presente proceso constitucional no supone, por sí sola, la vulneración del principio non bis in idem. En efecto, nos encontramos ante un tipo sancionador destinado a castigar a determinados sujetos, los integrados en los cuerpos y fuerzas de seguridad, que se encuentran en una relación de sujeción o de supremacía especial. En este tipo de supuestos, este Tribunal ha permitido, como ya hemos señalado con anterioridad, el doble castigo de un mismo sujeto por la realización de unos mismos hechos. Ahora

bien, hemos exigido que la doble sanción tuviese un fundamento diferente, esto es, que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de ley). O, expresado en los términos de la STC 234/1991, de 10 de diciembre, no basta "simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio ne bis in idem no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado" (FJ 2).

El bien jurídico protegido también por todas ellas es idéntico, siendo reconducible al aseguramiento o a la tutela de la organización administrativa (en este caso, la policial), de forma tal que esta Administración pueda llevar a cabo de manera satisfactoria la función de servicio público que tiene constitucionalmente encomendada.

La conclusión es clara: las sanciones indicadas se enmarcan dentro de la potestad disciplinaria de la Administración policial y, consecuentemente, se encuentran dirigidas a asegurar —de manera directa o indirecta— el orden organizativo interno y el correcto funcionamiento del servicio público policial, al objeto de permitir una adecuada realización de las funciones constitucional y legalmente atribuidas a los cuerpos y fuerzas de seguridad, por lo que todas las referidas sanciones tienen un idéntico fundamento, esto es, protegen un mismo interés jurídico. En otras palabras, el castigo de la reincidencia o de la reiteración de los ilícitos contra la disciplina policial perseguido por la infracción disciplinaria muy grave tipificada en el artículo impugnado (y la sanción a ella ligada) no tiene como objeto la protección de un interés jurídico distinto al defendido a través del resto de infracciones (leves, graves o muy graves), y sus correspondientes sanciones, que (tipificadas en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, y en lo que aquí interesa en el Reglamento de régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por el Real Decreto 884/1989, de 14 de julio) integran sustancialmente el régimen disciplinario de los diferentes cuerpos de policía (además de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, para este instituto armado). Y ello, por supuesto, con independencia de que mediante la sanción de la reincidencia pretenda castigarse el plus de desvalor que para el mantenimiento del orden organizativo interno

o de la disciplina tenga el reiterado incumplimiento de las reglas jurídicas establecidas para asegurar el normal funcionamiento doméstico de la Administración policial y, en definitiva, para la correcta prestación del servicio público que ésta tiene encomendado.

Al tipificar como falta disciplinaria muy grave el "Haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año", resulta contrario a la garantía que representa el principio non bis in idem en su vertiente material o sustantiva, en la medida en que mediante dicho precepto se posibilita la duplicidad en el castigo a un determinado sujeto mediante la imposición de una doble sanción disciplinaria por la realización de unos mismos hechos, teniendo dichas sanciones un mismo fundamento. Y, dado que para la imposición de la sanción por la infracción muy grave tipificada en el precepto cuestionado es necesario seguir un nuevo procedimiento disciplinario distinto a los cumplimentados para la imposición de cada una de las tres (o más) sanciones por la comisión de las tres (o más) faltas graves que integran el tipo cuestionado, existiendo entre ellas, tal y como ya hemos visto, una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la aplicación de dicho precepto implicaría también una lesión del principio non bis in idem, pero esta vez desde la perspectiva formal, procesal o, si se quiere más correctamente, procedimental.

VII. SENTENCIA DEL TC 249/2005, DE 10 DE OCTUBRE.

En aplicación de esta garantía, situándola en el marco de la prohibición de incurrir en bis in idem, hemos considerado que no cabe reabrir un proceso penal que ha terminado con una sentencia firme condenando por la realización de un hecho calificado de falta, con la pretensión de que el mismo se recalificara como delito, pues ello vulneraría la cosa juzgada y la prohibición de incurrir en bis in idem (ATC 1001/1987, de 16 de septiembre, FJ 2); hemos declarado carente de fundamento la alegación relativa a haber incurrido en bis in idem al haberse sustanciado dos procedimientos penales, pues sólo existía una coincidencia parcial entre los hechos enjuiciados (ATC 329/1995, de 11 de diciembre); y hemos afirmado, igualmente, la ausencia de lesión de esta garantía, por las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición solicitada, bien porque no constaba que se hubiera dictado en España 'sentencia alguna definitiva en relación con el caso' (STC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4), bien porque

se entienda que, en la medida en que el objeto del procedimiento extradicional no reside en efectuar un pronunciamiento condenatorio, no puede haber reiteración sancionadora (STC 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6; ATC 90/1985, de 6 de febrero)". "El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en bis in idem, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Así, en primer término, el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP) —hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España ('Boletín Oficial del Estado' de 30 de abril de 1977)— dispone que 'nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Una segunda vertiente del derecho a tutela judicial efectiva que se ve comprometida en el caso que enjuiciamos es la de la prohibición de la reformatio in peius. La doctrina constitucional incluye este principio en el régimen de garantías legales de los recursos, integrándolo en el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión. La reformatio in peius, como puntualiza la STC 28/2003, de 10 de febrero, en su FJ 3, "tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación"; de esta manera, para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de la otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes". Esta Sentencia aborda la cuestión de los efectos de la reformatio in peius cuando en la apelación no ha intervenido parte acusadora y la agravación de la pena ha tenido lugar de oficio para corregir un error del Juez a quo, y (partiendo de la doctrina sentada en la STC 84/1985, de 8 de julio), afirma, en su fundamento jurídico 4, que "el principio acusatorio impide al Juez penal de segunda instancia modificar de oficio la Sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron". Finalmente concluye en su fundamento jurídico 5 que: "Este efecto es el que, según la doctrina expuesta, tiene relevancia constitucional y debe prevalecer respecto incluso del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la Sentencia; lo cual agrega al principio de la no reforma peyorativa el nuevo matiz de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media

recurso de parte contraria. En efecto, lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario (STC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5)".

Corolario de lo anterior es que existirá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo cuando la agravación de la situación del interesado sea consecuencia del propio recurso, sino también, como efecto reflejo, cuando no pueda afirmarse que deriva del recurso de la acusación o, al menos, de quien (ordinariamente como coacusado) adopta posiciones acusadoras en defensa de su propia inocencia. Pues bien, en el supuesto del demandante de amparo su absolución por el Juez de lo Penal, en cuanto no recurrida por el Ministerio público, no podía verse empeorada por la apelación deducida por los coacusados, quienes, además, no ostentaban posiciones contrapuestas o que se sirvieran de la acusación del demandante para postular su inocencia. Sin embargo lo cierto es que, como consecuencia del recurso de apelación deducido por los otros dos acusados que resultaron condenados, fue dictada en el mismo proceso una tercera Sentencia en la cual se le condenaba como autor de dos delitos de robo con violencia, y es evidente que si la prohibición de la reforma peyorativa impide el empeoramiento del recurrente en apelación, con mayor motivo dicho empeoramiento estará vedado respecto de quien ni siquiera recurrió.

VIII. SENTENCIA DEL TC 115/2006, DE 24 DE ABRIL.

En relación al concreto examen de los motivos de vulneración, referido al derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que, para estimar que se haya producido una violación de ese derecho, "no es suficiente, sin más, que exista una divergencia entre resoluciones judiciales" (STC 188/1998, de 28 de septiembre, FJ 4, por todas), sino que es necesario que concurran distintos requisitos, y entre ellos, y por lo que aquí interesa, ha de destacarse el del juicio de igualdad, que, por ser de carácter relacional (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5, por todas), hace imprescindible para la realización del citado juicio "la acreditación por la parte actora de un tertium comparationis" adecuado, cuya aportación corresponde a la parte recurrente en amparo (STC 111/2001, de 7 de mayo, FJ 2, y las numerosas Sentencias allí citadas), ya que "el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del

mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria" (STC 70/2003, de 9 de abril, FJ 2; y las allí citadas).

El derecho a no sufrir indefensión está, según se dice en la STC 226/2000, de 2 de octubre, "materialmente dirigido a garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar y probar cuanto consideren preciso para la defensa de sus intereses y derechos, en posición de igualdad recíproca", desde cuya perspectiva no puede afirmarse que se haya producido la denunciada indefensión en este caso, pues a la alegación de predeterminación del fallo se pudo contestar y se contestó en el escrito de impugnación, y a la alegación hecha en el acto de la vista oral de inexistencia de hecho probado también se pudo contestar en el mismo acto de la vista oral, por lo que las partes tuvieron en todas las fases la misma posibilidad de alegación.

Desde la Sentencia del Pleno de este Tribunal 169/2004, de 6 de octubre, no puede sostenerse que la motivación sea una mera formalidad prescindible en supuestos de absolución, y que la ausencia de motivación en la Sentencia del Jurado carezca de toda trascendencia, pues dijimos en la referida Sentencia: "En lo que aquí y ahora interesa hemos de concluir, pues, que la falta de la sucinta explicación a la que se refiere el art. 61.1 d) LOTJ constituye una falta de la exigencia de motivación, proyectada al Jurado, que impone el art. 120.3 CE y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, se integran en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución razonablemente razonada y fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante de la Ley, cuya finalidad última es la interdicción de la arbitrariedad, mediante la introducción de un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los Tribunales superiores mediante los recursos que legalmente procedan (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6)". No puede considerarse que la Sentencia del Tribunal Supremo, al anular la Sentencia del Jurado por falta de motivación en que fundar los pronunciamientos absolutorios sobre los delitos de asesinato, robo y uso de armas, incurra en la vulneración denunciada por el recurrente, dado que en este caso la motivación de los mismos fue inexistente.

Y por otro lado, sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos

fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3). En este caso nada de esto ha ocurrido, ni se exigen pruebas de inocencia, ni se considera que haya pruebas que deban ser valoradas como pruebas de cargo —lo que sí vulneraría frontalmente dicha presunción—, sino que se exige la exposición de las razones por las que se concluye que, una vez sentado y reconocido que el acusado estuvo presente en el lugar en que ocurrieron dos apuñalamientos y un robo, sin explicación alguna se le absuelve de los principales delitos y se le condena por encubridor de los mismos.

Desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, siendo, además, doctrina reiterada que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (SSTC 174/1993, de 27 de mayo; 6/1996, de 16 de enero, y 35/2000, de 14 de febrero, por todas; AATC 13/1989, de 16 de enero, y 113/1999, de 28 de abril, entre otros). En este caso el Tribunal Supremo es el órgano competente para resolver el recurso de casación que se ha sometido a su conocimiento y, por tanto, para estimar o desestimar el recurso interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Si al estimar el recurso, como ha ocurrido en el presente caso, se ha acordado la nulidad del juicio del Jurado, es obvio que deberá ser otro nuevo Tribunal del Jurado el que deba conocer del asunto, sin que con ello se vulnere norma alguna de competencia y por tanto pueda entenderse cometida dicha vulneración, y en cuanto al alcance de la casación para revisar la motivación debe estarse a lo ya expuesto al examinar la anterior vulneración alegada.

IX. SENTENCIA DEL TC 48/2007, DE 12 DE MARZO.

Desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos afirmado que el principio non bis in idem integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura, por tanto, como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3).

Esta garantía material, vinculada a los principios de tipicidad y legalidad, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializando la imposición de una sanción no prevista legalmente (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 180/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; 188/2005, de 4 de julio, FJ 1; 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2).

Junto a esa dimensión material, ciertamente este principio tiene una dimensión procesal constitucionalmente relevante, de la que se deriva fundamentalmente la interdicción constitucional de un doble proceso penal con el mismo objeto, garantía que no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, "sino tan sólo a aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento, su grado de complejidad como a las de la sanción que sea posible imponer en él, su naturaleza y magnitud, pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal", de modo que cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 8; 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2). Ello permite excluir ya la existencia de vulneración del principio non bis in idem en su vertiente procesal, al no ser posible equiparar los procedimientos disciplinarios sufridos por el recurrente con un proceso penal, a la vista de la poca complejidad de los hechos objeto de sanción, de la sencillez en la tramitación de los expedientes disciplinarios y de la naturaleza y entidad de las sanciones finalmente impuestas en el presente caso.

Por último, y en relación con nuestro canon de enjuiciamiento, hay que recordar que a raíz de la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5, el Pleno de este Tribunal —apartándose de la doctrina anterior— ha afirmado su competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, caso de no haberse efectuado por los órganos sancionadores o judiciales pese a haberse invocado la vulneración del derecho fundamental, siempre dentro del respeto a los límites de nuestra jurisdicción. "Por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado, dado que, de conformidad con el art. 44.1 b) LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer 'de los hechos que dieron lugar al proceso' en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable".

La vulneración del derecho a no ser sometido a doble sanción se produce como consecuencia de la arbitraria actuación posterior del órgano judicial, cuando al modificar su criterio sobre la calificación de los hechos y afirmar la existencia de una infracción continuada, no toma en consideración la sanción ya impuesta respecto de una de las conductas que —en la lógica de las resoluciones impugnadas— debió considerarse integrante también de esa infracción continuada, incurriendo en un exceso punitivo. Atendidos los límites de nuestra jurisdicción de amparo, no nos corresponde establecer el modo en que esa toma en consideración debió hacerse, por lo que procede anular las resoluciones recurridas y retrotraer las actuaciones, para que sean los órganos de la jurisdicción ordinaria quienes lo establezcan, de forma respetuosa con el derecho fundamental cuya vulneración se declara.

X. SENTENCIA DEL TC 116/2007, DE 21 DE MAYO.

El derecho a ser informado de la acusación implica la necesidad de dar a conocer al sometido a procedimiento la imputación formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados, con el fin de posibilitar el ejercicio del derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en

concreto se le imputan (por todas, STC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 2). Igualmente, se ha destacado que este derecho, en su proyección en el ámbito administrativo sancionador, no implica que en la fase de inicio del procedimiento disciplinario exista obligación de precisar de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica correspondiente, sino que la imputación puede ir precisándose de forma gradual al desarrollo del procedimiento siempre que se dé "ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena" (por todas, STC 129/2006, de 24 de abril, FJ 7).

La imposibilidad de tomar en consideración las alegaciones oportunamente deducidas por las partes puede implicar una quiebra del principio de contradicción causante de indefensión (art. 24.1 CE), siempre que se verifique que la decisión fue efectivamente adoptada inaudita parte y que ello no ocurrió por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte (por todas, STC 307/2005, de 12 de diciembre, FJ 2).

No le corresponde al Tribunal Constitucional revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano sancionador alcanza su íntima convicción, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. Igualmente se ha destacado que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, puesto de manifiesto en la Sentencia, y que el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (por todas, STC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5).

Resulta contrario a las exigencias derivadas del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE aquellas aplicaciones de las normas sancionadoras que conduzcan a soluciones que se aparten del tenor literal del precepto o que resulten esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios, sea por su soporte metodológico, al derivar de una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante, o axiológico, al partir de una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional (por todas, STC 6/2006, de 16 de enero, FJ 4).

XI. SENTENCIA DEL TC 23/2008, DE 11 DE FEBRERO.

La prohibición de incurrir en bis in idem procesal o doble enjuiciamiento penal queda encuadrada en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretándose en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada y que, por tanto, en rigor, no cabe entender concurrente un doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado en virtud del régimen de recursos legalmente previsto (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3, ó 218/2007, de 8 de octubre, FJ 4).

La singularidad que plantea, a los efectos de la interdicción del bis in idem, la anulación de sentencias penales absolutorias con orden de retroacción de actuaciones, por la diferencia que existe entre la acusación y los acusados desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal. Así, se ha incidido, en los casos en que se recurre en amparo sentencias penales absolutorias, en que no cabe la retroacción de actuaciones cuando se estimen vulnerados derechos fundamentales de carácter sustantivo de la acusación, ya que ello impone al acusado absuelto la carga de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional. A pesar de ello, también se ha puesto de relieve que el reconocimiento de este diferente status constitucional entre acusaciones y acusados no implica negar a la acusación particular la protección constitucional dispensada por el art. 24 CE, por lo que, ponderando el reforzado estatuto constitucional del acusado y la necesidad de no excluir de las garantías del art. 24 CE a la acusación particular, este Tribunal ha establecido la posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, sólo en aquellos caso en que se haya producido la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que, en tal caso, propiamente no se puede hablar de proceso ni permitir que la sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable (por todas, STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4).

Se ha estimado en la práctica de la jurisdicción de amparo que se deben anular pronunciamientos absolutorios con retroacción de actuaciones en los siguientes supuestos citados en la STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4: “por haberse inadmitido una prueba de la acusación relevante y decisiva cerrándose la causa sin practicarla (STC 116/1997, de 23 de junio), por haberse negado el acceso a los recursos contra el archivo de la causa, habiendo mostrado el recurrente su voluntad inequívoca de personarse en el proceso penal (STC 16/2001, de 29 de enero), porque se sustanció el recurso de queja dando lugar al Auto de sobreseimiento libre sin contradicción del querellante (STC 178/2001, de 17 de septiembre), por haberse sustanciado el recurso de apelación sin unir el escrito de impugnación de la acusación particular y, por tanto, sin que el órgano judicial lo tomara en consideración (STC 138/1999, de 22 de julio), por haberse producido una incongruencia extra petitum al introducirse en la Sentencia un elemento

que no había sido objeto de debate contradictorio (STC 215/1999, de 29 de noviembre), o por haber admitido el órgano de apelación la pretensión de legitimación del actor y entrar en el fondo sin juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa sobre la cuestión de fondo (STC 168/2001, de 16 de julio)". A estos supuestos cabe añadir el de la STC 218/2007, de 8 de octubre, en la que también este Tribunal anuló una sentencia absolutoria, acordando retroacción de actuaciones para un nuevo enjuiciamiento, en un supuesto en el que en vía judicial, a pesar de haberse reconocido que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación, sin embargo, el órgano judicial de casación no anuló la sentencia absolutoria para que la acusación fuera restablecida en su derecho a través de la retroacción de actuaciones. Igualmente, pueden destacarse, en esta misma línea, las SSTC 169/2004, de 6 de octubre, 246/2004, de 20 de diciembre, 192/2005, de 18 de julio, y 115/2006, de 24 de abril, en las que se confirmó la constitucionalidad de las decisiones judiciales de anular sentencias absolutorias por defectuosa motivación en las actas de votación de los Tribunales de Jurado con orden de celebración de nuevo juicio.

Por su parte, la STC 4/2004, de 16 de enero, ante un supuesto en que se había acordado la anulación de una sentencia absolutoria y la retroacción para celebrar nueva vista oral por haberse extraviado el acta del juicio oral, consideró vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del acusado, argumentando que, sin haberse producido ninguna infracción procesal causante de indefensión en la acusación particular, no se podía adoptar una decisión de anulación y retroacción, teniendo en cuenta que el recurso no se sustentó en la vulneración de garantías procesales ni en él se solicitaba dicha anulación (FJ 5).

Sin perjuicio de lo anterior, en el presente caso se pone de manifiesto que la Sentencia de 23 de noviembre de 2000 acordó la anulación de la sentencia absolutoria y la retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral con fundamento en una correcta ponderación entre los derechos del recurrente, como parte acusada ya absuelta, y los de la acusación particular. A partir de los razonamientos vertidos en dicha Sentencia se constata que la necesidad de reestablecer las garantías procesales esenciales de la acusación particular, que habían sido vulneradas en el iter procesal seguido en el rollo de Sala, propiciaban no sólo la anulación de la Sentencia, aunque fuera absolutoria, para dictar otra nueva, sino también la celebración de un nuevo juicio oral ante un Tribunal con nueva composición. En efecto, la circunstancia de que en dos ocasiones se hubieran tenido que anular sendas Sentencias absolutorias por falta de claridad y contradicción de los hechos probados que, en vez de corregirse en los concretos aspectos fácticos señalados en las Sentencias anulatorias, daban lugar a nuevas versiones de los hechos probados sustancialmente distintos de los anteriores y, en especial, que la segunda Sentencia absolutoria hubiera sido dictada por un órgano judicial con distinta composición al que dictó la primera y la tercera, imposibilitaba que

el restablecimiento de los derechos fundamentales de la acusación particular pudieran derivar de una simple retroacción para pronunciar nueva Sentencia. Y ello porque, constatado que esta tercera Sentencia la había dictado un órgano judicial de diferente composición que la segunda pero, a su vez, el que dictó la segunda no era ante el que se había celebrado el primer juicio oral, una simple anulación para que se dictada nueva sentencia hubiera supuesto, también en contradicción con garantías esenciales del proceso de ambas partes, que quien debía dictarla fuera un órgano judicial con una composición distinta a aquél ante quien se había desarrollado el juicio oral. De ese modo, la única vía de reestablecimiento completo de la acusación particular en sus garantías procesales esenciales era la celebración de un nuevo juicio oral ante un Tribunal de nueva composición, como finalmente se hizo. Debe denegarse el amparo solicitado, ya que no cabe apreciar que se haya vulnerado al recurrente la prohibición constitucional de doble enjuiciamiento penal, pues la anulación y retroacción de actuaciones para la celebración de nuevo juicio oral acordada en la Sentencia de 23 de noviembre de 2000 trajo causa de un recurso interpuesto por la acusación particular en que se alegó la vulneración de sus derechos fundamentales y fue justificada merced a una correcta ponderación entre los derechos del recurrente y de la acusación particular para concluir la necesidad de dar a la retroacción dicho alcance con el fin de restablecer las garantías esenciales de la acusación que se habían visto lesionadas.

XII. SENTENCIA DEL TC 91-2008, DE 21 DE JULIO.

Este Tribunal ha reiterado que el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismo hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La procesal o formal proscribe, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento.

Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión. Igualmente, se ha destacado que este

Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, pero siempre dentro del respeto a los límites de la jurisdicción de amparo, de modo tal que se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial, dado que, de conformidad con el art. 44.1 b) LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer "de los hechos que dieron lugar al proceso" en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable (por todas, STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5).

No cabe apreciar la necesaria identidad fáctica entre la anterior y la presente condena, por lo que no se cumple uno de los presupuestos necesarios para poder apreciar la concurrencia de la vulneración aducida por el recurrente.

El Tribunal constitucional ha reiterado que las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, el Tribunal Constitucional, ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (por todas, STC 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 3).

XIII. SENTENCIA DEL TC 91/2009, DE 20 DE ABRIL.

El primer aspecto al que debemos dar respuesta es el relativo al alegado quebrantamiento de garantías procesales en que habría incurrido la Sala Segunda al modificar los hechos probados a partir de un cauce casacional inidóneo para ello, lo que además habría mermado las posibilidades de defensa del actor. Ciertamente, presupuesto lógico de tal afirmación es que efectivamente el Tribunal Supremo haya procedido a una alteración de la base fáctica en que se sustenta la condena, lo que con carácter anticipado se ha negado y a continuación se entra a argumentar.

En lo relativo al daño al medio ambiente, la Audiencia Provincial consideró que los terrenos correspondientes a la marjalería "B", lugar donde tuvieron lugar los vertidos, "tenían un valor ecológico menor que los ubicados en la zona calificada como marjalería A" en el momento de los hechos, por haber sufrido un progresivo deterioro a lo largo de los años precedentes. Ello se fundamenta en el informe sobre incidencia medioambiental de los vertidos emitido por la Unidad medioambiental de la Conselleria de Medio Ambiente obrante en autos, según el cual "la degradación del marjal B se ha producido mayoritariamente por las actuaciones efectuadas con anterioridad al año 1990", mientras que los hechos enjuiciados datan de 1995 (fj 1), informe del que también destaca la Audiencia la consideración de que "la incidencia de los vertidos realizados en el ecosistema cabe considerarla como baja, dado el pequeño tamaño de la zona afectada y el valor ecológico de la zona concreta donde se ha producido el vertido", y que "aunque las balsas como la afectada en este caso cumplen una función ecológica importante, su valor es menor que el de las zonas de marjal no degradada". Partiendo de dicho informe pericial, así como de los restantes informes presentados, considerando que todos ellos admiten "que la degradación de la marjal se remonta a muchos años antes, por lo que es prácticamente imposible el poder precisar la influencia que en ello ha podido determinar el aterramiento de las balsas efectuadas con la autorización de vertidos dada por el acusado", la Sentencia de instancia concluye que no puede estimarse que la conducta del recurrente pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, tal como exige el Código penal (fj tercero). Frente a dicha valoración el Tribunal Supremo asume que los hechos probados reflejan "actuaciones … destructivas, como los vertidos de escombros, que no sólo afectan a los cauces sino que eliminan los humedales en la zona en que se producen". De igual modo considera que el recurrente autorizó "una actuación tan agresiva como el vertido de residuos sólidos, hasta conseguir un aterramiento, que no sólo destruye el espacio, sino que elimina de raíz sus condiciones medio ambientales, incidiendo sobre el equilibrio de la naturaleza" (fj 1, apartado 6).

Estas resoluciones puede concluirse que el Tribunal Supremo no entra a realizar una nueva valoración de la prueba practicada en primera instancia, ni tampoco modifica los hechos probados, sino que procede a otorgar una diferente interpretación del elemento típico del delito contra el medio ambiente consistente en la potencialidad de la conducta para "perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales", considerando, frente a la Audiencia Provincial, que la conducta realizada por el recurrente cae dentro del sentido literal posible del precepto y es, por tanto, subsumible en el mismo. Ello se evidencia, además, si se repara en la naturaleza normativa del citado elemento típico y en el carácter valorativo de circunstancias como "perjuicio", "grave" o "equilibrio" de un sistema natural, las cuales, para su aplicación, precisan siempre de un juicio valorativo a efectuar por el órgano judicial, cuya revisión por un órgano superior no ha de suponer —como no supone en el presente caso— una distinta valoración de la prueba, sino un diverso entendimiento de tales elementos típicos. Expresado en otros términos, la cuestión relativa a si el grado de afectación al medio ambiente descrito en los hechos probados como un "valor '2-incidencia baja'" supone o no "perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales" (art. 325 CP) no es una cuestión de hecho, sino de derecho, que por tanto resulta perfectamente revisable por el Tribunal Supremo a través del cauce casacional del artículo 849.1 LECrim.

Más dudas podría presentar a priori el segundo aspecto planteado, en la medida en que pudiera resultar más discutible que la revisión sobre los elementos subjetivos del ilícito consista en un juicio valorativo, tal como asume la Sala Segunda y postula el Ministerio Fiscal, y no en un nuevo enjuiciamiento sobre los hechos, tesis que acoge el recurrente, enfatizando, además, que en los hechos probados de la Sentencia de instancia constaba expresamente que las concesiones fueron aprobadas por el demandante con el fin de poder controlar vertidos que ya se venían realizando previamente, con lo que la afirmación de un dolo prevaricador supondría una modificación de tales hechos probados. En cualquier caso tales dudas han sido ya resueltas por este Tribunal ante quejas de la misma índole. Al igual que en el supuesto resuelto por la STC 328/2006, de 20 de noviembre, en el fondo del citado argumento late de modo implícito la oposición por parte del recurrente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza fáctica o jurídica de los elementos subjetivos del hecho punible y, con ello, acerca del alcance revisor del concreto cauce casacional recogido en el artículo 849.1 LECrim, habiendo asumido la Sala Segunda de modo reiterado que el análisis de los elementos subjetivos parte de una valoración jurídica, y que dichos hechos pueden, por tanto, ser revisados en casación. "Mas tal discordancia, continúa afirmando la citada STC 328/2006, remitiéndose al ATC 332/1984, de 6 de junio, FJ 3, no alcanza relieve constitucional cuando, como en este caso, el método inductivo se utiliza para apreciar los elementos anímicos e ideales, el móvil y la

intención que guió a las personas, que es de imposible apreciación directa o aislada" (FJ 3). A ello añade otra consideración plenamente aplicable al presente caso: "A lo señalado no obsta que el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la Sentencia de instancia y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuridicidad de su conducta, que habían sido en él incluidos … Tal reestructuración de la Sentencia no supone una modificación de los hechos probados, sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el art. 849.1 LECrim conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como hemos expuesto, en tanto no desborda los límites de la simple interpretación de sus propias competencias, no nos corresponde enjuiciar por carecer de relieve constitucional" (FJ 3).

Aplicando al supuesto que nos ocupa el citado precedente, podemos rechazar esta primera vertiente del motivo de amparo que estamos analizando, concluyendo que el enjuiciamiento por parte del Tribunal Supremo tanto de la presencia de los elementos subjetivos exigidos por los tipos penales aplicados como de la relevancia típica del daño al medio ambiente producido no supone una extralimitación de las facultades revisoras de la casación penal ni, por tanto, ha existido infracción de las garantías del procedimiento. A mayor abundamiento no está de más enfatizar que es al Tribunal Supremo a quien corresponde la exégesis y aplicación de las normas que regulan el acceso a la casación penal (por todas, STC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 3), limitándose nuestro ámbito de revisión al análisis de si en dicha interpretación de la legalidad ordinaria se ha incurrido o no en un déficit de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por manifiesta irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente; cuestión a la que acabamos de responder negativamente.

La doctrina establecida a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, a la que el recurrente apela, proscribe la revocación de sentencias absolutorias o con pronunciamientos menos graves que el solicitado por el apelante sobre la base de una nueva valoración de pruebas personales practicadas sin atender a la citada garantía constitucional (por todas, STC 124/2008, de 20 de octubre, FJ 2), pero tal exigencia de inmediación no alcanza a la revisión de la calificación jurídica de los hechos, ni tampoco a la revisión de los hechos mismos, cuando ello se fundamente, o bien en una nueva valoración de pruebas documentales, o bien en un nuevo juicio de inferencia derivado de los hechos base declarados probados en la instancia (por todas, SSTC 196/2007, de 11 de septiembre, FJ 2; 64/2008, de 26 de mayo, FJ 3). Debido a ello en la STC 29/2008, de 20 de febrero (FJ 3.b) hemos podido afirmar que "las conclusiones alcanzadas por este Tribunal en la STC 167/2002, de 18 de septiembre … no son directamente extrapolables a la casación penal, dadas las diferencias que cabe establecer entre la revisión que se produce en dicha sede, de carácter limitado y tasado, y la que tiene lugar en apelación a través de un novum iudicium", toda vez que, cuando lo que se

somete a revisión es la calificación jurídica de los hechos, el alcance de la casación se establece precisamente a partir de los pronunciamientos de la sentencia de instancia (SSTC 183/2005, de 4 de julio, FJ 5; 124/2008, de 20 de octubre, FJ 2). En consecuencia podemos concluir que el derecho a un proceso con todas las garantías no se ha visto afectado por la revocación de la absolución efectuada por el Tribunal Supremo, dado que la misma no se funda en una nueva valoración de pruebas necesitadas de la garantía de inmediación. Tales razones nos permiten también rechazar la alegada merma del derecho de defensa, pues no sólo no se han modificado los hechos probados —presupuesto sobre el que el recurrente fundaba tal alegación—, sino que el actor ha gozado enteramente de la posibilidad de oponerse a la pretensión del Ministerio Fiscal y la acusación popular, tanto por vía de la impugnación de los recursos de casación como también en la vista oral celebrada ante la Sala Segunda.

Analizando la denuncia de la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), fundada en la falta de motivación sobre la existencia de prueba de cargo y en la arbitrariedad de la conclusión acerca de la existencia de dolo. Con la lectura de la Sentencia se aprecia que la revisión efectuada por el Tribunal Supremo no ha consistido en una nueva valoración directa de la prueba sino, o bien en una distinta calificación jurídica de los hechos declarados probados por el órgano de primera instancia, o bien —en lo relativo a los elementos subjetivos del ilícito— en una distinta inferencia acerca de la concurrencia de dolo en la actuación del recurrente, realizada sin alteración alguna en lo relativo a los hechos base. Así, en primer lugar, la Sentencia analiza la concurrencia de los elementos típicos del delito de prevaricación medioambiental del art. 329 CP, afirmando, frente al criterio seguido por la Audiencia Provincial, que las autorizaciones concedidas eran contrarias a la normativa medioambiental vigente (fj 1, apartados 3 a 9). Una vez afirmado que las autorizaciones eran "manifiestamente ilegales", pasa la Sentencia a argumentar que se han concedido "a sabiendas" —segundo requisito típico que la Sentencia de instancia había negado—; es decir, que la conducta se ha realizado con dolo (apartados 9 y 10 del fj 1). Y en su fundamento jurídico segundo se ocupa de los requisitos típicos del delito contra el medio ambiente recogido en el artículo 325 CP, considerando, como ya vimos, que la conducta realizada por el recurrente conlleva un riesgo susceptible de menoscabar el equilibrio del medio ambiente y que el actor es responsable directo. De todo lo anterior la Sala Segunda concluye que "el Alcalde Presidente del Ayuntamiento desarrolla una doble actividad; concede autorizaciones de vertidos, que suponen un aterramiento, actuando al margen y con vulneración de las obligaciones específicas de vigilancia y protección del medio ambiente y como consecuencia directa de ese comportamiento ilícito, ocasiona un daño medio ambiental específico, del que es responsable directo ya que, sin su autorización, no se habría llevado a cabo" (apartado 1 del fj 2).

Ninguna incidencia sobre el derecho a la presunción de inocencia tienen las cuestiones relativas a la infracción de normas medioambientales por parte del Alcalde, a la existencia de un daño medioambiental o a la atribución de tales daños al actor como autor directo, pues todas ellas atañen estrictamente a la calificación jurídica de los hechos. En consecuencia tales aspectos de la argumentación de la Sentencia impugnada encontrarían su cauce idóneo de revisión constitucional, en su caso, en el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), cauce impugnatorio que también ha utilizado el actor y sobre el que por tanto habremos de pronunciarnos posteriormente.

Distinta conclusión hemos de llegar respeto de la motivación sobre la concurrencia del dolo, pues el enjuiciamiento de dicha cuestión sí ha sido encauzado por este Tribunal desde los parámetros del derecho a la presunción de inocencia. Así hemos venido afirmando que el elemento subjetivo del delito ha de quedar asimismo suficientemente probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 4; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 11; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2 y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). En relación específicamente con los elementos subjetivos debe tenerse presente además que sólo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC 91/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2). Más concretamente, nuestro control de la razonabilidad de la argumentación acerca de la prueba indiciaria puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (por todas, SSTC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5; 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 5).

El Tribunal Supremo consideró “evidente que, el ahora recurrente, actuó a sabiendas, es decir, con dolo y a conciencia de la injusticia e ilegalidad de su decisión”, fundando tal conclusión en que “en este caso, era perfectamente factible que el autor conociese la realidad externa sobre la que, deliberadamente, estaba actuando. El objeto sobre el que recae la acción formaba parte de un mundo perfectamente accesible a la observación de sus circunstancias específicas” (fj 1, apartado 10). Así manifiesta que

"[e]l Alcalde de una localidad en la que existen, desde tiempo inmemorial, unas zonas húmedas, no puede alegar, en este contexto social, que la inexistencia de una normativa específica de carácter prohibitivo autoriza, sin límites ni condicionamientos, una actuación tan agresiva como el vertido de residuos sólidos … Cualquier persona que esté simplemente inmersa en su medio, sabe de antemano y con independencia de cualquier declaración formal, que las zonas húmedas constituyen un espacio singular en nuestra geografía y que, sólo por ello, cualquier actuación sobre las mismas, debe preservarlas de cualquier peligro concreto de desaparición" (fj 1, apartado 6). De ello concluye la Sentencia objeto de recurso que "[l]a actuación es contraria a las previsiones legales, que de forma inequívoca advertían a cualquiera y mucho más a un Alcalde, gestor de los intereses sociales, que no se podía actuar con autorizaciones agresivas como las que se describen en el hecho probado" (fj 1, apartado 9). A todo ello, añade una concreta discrepancia con la argumentación seguida por la Audiencia Provincial: "[s]e termina alegando por la sentencia absolutoria, como dato que evidencia la ausencia de dolo del Alcalde, el hecho de que al conocer la iniciación de las actuaciones judiciales suspendió las autorizaciones que había venido dando. Esta argumentación no podemos compartir, en cuanto que no elimina, por sí sola, la convicción, por las razones ya expuestas, de que el acusado conocía perfectamente la trascendencia ecológica de la zona que estaba bajo su jurisdicción … [l]a actuación a posteriori, cuando ya existía un requerimiento judicial para que suspendiese las autorizaciones, sólo es expresión de una decisión obligada que, en caso contrario, habría dado lugar a un delito de desobediencia" (fj 1, apartado 10).

A la vista del contenido de la Sentencia podemos descartar, sin mayores consideraciones, la queja referida a la falta de motivación. Y de igual modo hemos de concluir en relación con otros posibles déficits constitucionales vinculados a la presunción de inocencia: de una parte, y como ya habíamos puesto de manifiesto, el Tribunal Supremo se limita a rectificar la inferencia inductiva realizada por el órgano a quo, llegando, sin modificación alguna del soporte fáctico objetivo declarado probado por éste y desde el que se realiza la inferencia, a una conclusión contraria. De otra parte, no se aprecian en dicho razonamiento ni quiebras lógicas ni inferencias irrazonables, pues, en lo que a nuestro limitado juicio concierne, no puede entenderse irrazonable concluir que quien ocupa la Alcaldía en un Ayuntamiento en el que existen zonas medioambientalmente protegidas tiene que conocer el alcance de dicha protección y, con ello, las consecuencias de su acción para el medio ambiente. Por ello cabe concluir que el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo para considerar concurrente el dolo en los delitos por los que ha sido condenado, el ahora recurrente, satisface los estándares constitucionales. En contra de esta conclusión, y en apoyo de la alegada irrazonabilidad de la inferencia, aduce el demandante que el Tribunal Supremo no otorgó relevancia alguna a aspectos como que el Alcalde efectuara una consulta a la Dirección General de Desarrollo Sostenible, o que hubiera actuado bajo el asesoramiento del Arquitecto municipal. Olvida con ello el recurrente que el juicio que compete realizar a este Tribunal es un mero control externo sobre la concreta

motivación empleada por la resolución impugnada, limitándose a "la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo" (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3); por ello hemos reiterado que "entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos" (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13; 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 5).

Tal como ha resumido la reciente STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3, el derecho a la legalidad penal, desde la vertiente que el demandante invoca, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía in malam partem. No obstante este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con el derecho fundamental, dada la propia vaguedad y ambigüedad del lenguaje ordinario y la necesaria formulación abstracta del precepto. A dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional. (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3). Expresado en los términos de la STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada; son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (en igual sentido, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4).

No se puede compartir el reproche constitucional que el demandante de amparo formula a la Sentencia impugnada, por cuanto la misma está fundada en una exégesis de los tipos penales aplicados acorde a su tenor literal y sin que la subsunción de los hechos probados pueda calificarse de extravagante o axiológicamente irrazonable. Las alegaciones del actor emanan de una discrepancia acerca de cuál deba ser la interpretación más adecuada de determinados elementos típicos, pero tal reproche no adquiere relevancia constitucional, pues, como recuerda la citada STC 129/2008, FJ 3, no es competencia de este Tribunal la determinación de la interpretación más correcta de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. Y tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado. De un modo mucho más restringido, y con la perspectiva externa que le es propia como Tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se constriñe a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales desde los citados parámetros de razonabilidad semántica, metodológica y axiológica. Por ello forma parte del objeto de nuestro análisis la motivación judicial de tales interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad per se nos es ajena y sólo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada.

En la STC 91/2008, de 21 de julio, FJ 2, se ha recordado la doctrina acerca del citado principio, según la cual el mismo, en su vertiente material, impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. Igualmente se ha destacado que este Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, o incluso para analizarla directamente, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, pero siempre dentro del respeto a los límites de la jurisdicción de amparo, de modo tal que se han de comparar los ilícitos sancionados partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial (en igual sentido, STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5).

La cuestión acerca de si la aplicación conjunta de los delitos por los que ha sido condenado el demandante configura un concurso de normas o de delitos ha recibido una amplia argumentación en la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora se impugna, que,

después de efectuar un análisis de la jurisprudencia de la Sala Segunda, concluye que en el presente caso la regla concursal a aplicar es la del concurso ideal heterogéneo, fundando tal conclusión en que la acción delictiva se proyecta sobre dos bienes jurídicos distintos; así, la prevaricación atentaría contra el buen funcionamiento de la Administración mientras que el delito recogido en el artículo 325 CP protegería el medio ambiente (fj 2, apartado 9). Expresado en los términos propios de nuestro criterio de enjuiciamiento constitucional, la aplicación de ambos tipos delictivos se justifica en atención a que cada uno de ellos responde a un distinto fundamento, pues son diversos los intereses que cada precepto aspira a proteger. No concurriendo la triple identidad que presupone la infracción del principio non bis in idem, no podemos considerar que la Sentencia del Tribunal Supremo haya vulnerado el derecho a la legalidad penal.

Como recuerda la STC 21/2008, de 31 de enero, FJ 3, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 CE, y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE —conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad— resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 6; 108/2001, de 23 de abril, FJ 3; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 5; 170/2004, de 18 de octubre, FJ 2; 76/2007, de 16 de abril, FJ 7). Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de abril, FJ 3; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 6; 148/2005, de 6 de junio, FJ 4; 76/2007, de 16 de abril, FJ 7). El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión (SSTC 20/2003, de 10 de febrero, FJ 6; 136/2003, de 30 de junio, FJ 3; 170/2004, de 18 de octubre, FJ 2; 76/2007, de 16 de abril, FJ 7) y que éstas no sean incoherentes con los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exigen los preceptos legales relativos a la individualización de la pena (SSTC 148/2005, de 6 de junio, FJ 4; 76/2007, de 16 de abril, FJ 7).

XIV. SENTENCIA DEL TC 121/2009, DE 18 DE MAYO.

Ha de conocerse en el presente recurso de amparo de las vulneraciones del derecho a la utilización de la prueba pertinente (art. 24.2 CE) y a la prohibición del non bis in idem integrado en el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), que se atribuyen a la Sentencia de instancia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cantabria de 21 de mayo de 2004, que condenó al aquí recurrente a las penas de siete años y seis meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo, multa de quince meses con cuota diaria de 15 euros, y prohibición de acercarse a la víctima durante cinco años una vez cumplida la pena de prisión; todo ello como autor de los delitos de atentado a autoridad local y de lesiones, ambos en su modalidad agravada de los arts. 148.1 y 552.1 del Código penal (CP), en grado de concurso ideal del art. 77 CP. Asimismo, se dirige la demanda contra la Sentencia de 24 de enero de 2006, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, según el recurrente, al desestimar sendos motivos del recurso de casación interpuesto contra aquélla, no sólo dejó de reparar ambas lesiones sino que engendró otra nueva por incongruencia omisiva, puesto que la Sala casacional no ofreció respuesta alguna, ni expresa ni tácita, al motivo cuarto de su recurso, que trataba de la conculcación del art. 25.1 CE, promoviendo infructuosamente respecto de esta incongruencia ex silentio, incidente de nulidad de actuaciones.

El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal en cuya vulneración, para que tenga relevancia constitucional según nuestra doctrina, han de concurrir varias circunstancias. En primer lugar, el recurrente ha de haber respetado las reglas procesales de tiempo, lugar y forma de su proposición, pues en caso contrario no podrá considerarse menoscabado este derecho "cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, STC 133/2003, 30 de junio, FJ 3 a)]" (STC 86/2008, de 21 de julio, FJ 3.a; en el mismo sentido también SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; 190/1997, de 10 de noviembre, FJ 2; 52/1998, de 3 de marzo, FJ 2.a; 131/2003, de 30 de junio, FJ 3.b, y 121/2004, de 12 de julio, FJ 2.b). La denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial, por haberse inadmitido, por ejemplo, pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5, por todas)" de tal manera que "la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa … (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 219/1998, de 27 de enero, FJ 3)": STC 190/2006, de 19 de junio, FJ 5; y en el mismo sentido, entre otras,

SSTC 165/2004, de 4 de octubre, FJ 3.b; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 4;152/2007, de 18 de junio, FJ 2.

Finalmente, ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución … carga de la argumentación [que] se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2)" (STC 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 3.c; 152/2007, de 18 de junio, FJ 2, todas ellas en relación con la prueba penal).

Por otro lado, la congruencia no comprende "ya directamente la totalidad de la delimitación fáctica y jurídica de los hechos imputados, sino la legalidad del modo en que se ha resuelto en la resolución impugnada la calificación jurídica del hecho. Dicho de otra manera, lo que se ventila en un recurso de estas características no es una pretensión punitiva, que ya fue objeto de resolución en la primera instancia, ni siquiera su mantenimiento, pues ya la pretensión punitiva se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria, sino una pretensión completamente diferente consistente en la revisión de la legalidad de dicha respuesta judicial (STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5; y AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3; y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4) … el deber de congruencia debe ser predicado entre las concretas pretensiones revisoras de las partes deducidas en el recurso y el fallo" (STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 8, y en similares términos SSTC 183/2005, de 4 de julio, FJ 5; 247/2005, de 10 de octubre, FJ 4.b; 170/2006, de 5 de junio, FJ 2; 284/2006, de 9 de octubre, FJ 2; 203/2007, de 24 de septiembre, FJ 3 y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 6).

La garantía del non bis in idem, que se deriva del principio de legalidad punitiva ex art. 25.1 CE, resulta de obligada observancia nuestra doctrina sobre la exigibilidad de una respuesta judicial expresa, que no cabe sustituir por fórmulas alternativas como la motivación tácita ni por remisión, "y ello no tanto por la posición de subsidiariedad en que el constituyente ha situado este recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE), sino, sobre todo, en virtud del lugar ocupado por los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE). Al margen de ello, es claro que un resultado de incongruencia omisiva en esta materia frustra también el diseño del amparo de los derechos fundamentales previsto en el citado apartado segundo del art. 53 CE".

XV. SENTENCIA DEL TC 69-2010, DE 18 DE OCTUBRE.

La prohibición de incurrir en bis in idem procesal o de un doble proceso penal con el mismo objeto ha sido encuadrada por este Tribunal en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretándose dicha garantía en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada, ya que en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme, y se arrojaría sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento (SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 3; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 249/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9; 91/2008, de 21 de julio, FJ 2).

El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en bis in idem, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como, en lo que a este recurso de amparo interesa, de la proscripción de ulterior enjuiciamiento, cuando el mismo hecho ya ha sido enjuiciado en un primer procedimiento, en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos (art. 14.7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966; art. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1984) [STC 249/2005, de 10 de octubre, FJ 3].

En la función fiscalizadora de los pronunciamientos de los órganos judiciales en relación con la interdicción de bis in idem se ha de operar dentro del respeto a los límites de la jurisdicción de amparo, de modo tal que, respecto a la dimensión procesal de aquel principio, hemos de partir de la acotación de los hechos objeto del proceso penal realizada por los órganos judiciales, dado que, de conformidad con el art. 44.1 b)

LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer "de los hechos que dieron lugar al proceso" en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos la delimitación procesal de los hechos objeto del procedimiento (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; 91/2008, de 21 de julio, FJ 2).

XVI. SENTENCIA TC 77-2010, DE 19 DE OCTUBRE.

Ya en la STC 2/1981, de 30 de enero, se situó el principio non bis in idem bajo la órbita del art. 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones, y se delimitó su contenido como la prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que quepa apreciar una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento (FJ 4; así como, entre muchas otras, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14). La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura, así, como un derecho fundamental (STC 2/2003, FJ 3, citando la STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2), cuyo alcance en nuestra doctrina se perfila en concordancia con el expreso reconocimiento que del mismo han hecho los convenios internacionales sobre derechos humanos, tales como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU del 16 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el "BOE" núm. 103, de 30 de abril de 1977, en su art. 14.7, el Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el "BOE" núm. 249, de 15 de octubre de 2009, en su art. 4, o la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que recoge la prohibición de doble sanción en su art. 50. Tal como hemos afirmado, la citada triple identidad de sujeto, hecho y fundamento "constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento" [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 c)].

En su vertiente material -que es la que ahora nos ocupa-, el citado principio constitucional impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el

mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de las sanciones crea una respuesta punitiva ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6 b)].

Por otra parte, aunque este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para proscribir la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, esto no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos, sino que, en la medida en que el ius puniendi aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio non bis in idem opera también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente [STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 b)].

Se debe determinar ya si el precepto cuestionado incurre en tal prohibición constitucional. Como se ha manifestado con anterioridad, el objeto de las dudas del órgano judicial es el inciso final del art. 173.2 CP, que introduce una regla concursal según la cual debe imponerse, además de la pena prevista para el delito de violencia habitual, la sanción correspondiente a los delitos o faltas a que hubieran dado lugar los concretos actos de violencia física o psíquica que vienen a configurar la habitualidad. A tal efecto, y presupuesta la identidad de sujeto, debemos en primer lugar preguntarnos si la violencia habitual conforma una realidad independiente y distinta de los distintos hechos en que la habitualidad se funda. En segundo lugar, y en caso de que quepa concluir una identidad de hechos, habremos de analizar si las diversas sanciones previstas en el precepto responden o no a un fundamento común.

El rasgo definitorio del delito tipificado en el art. 173.2 CP es la relación de habitualidad que debe darse entre los actos de violencia física o psíquica realizados por el sujeto activo. Pero para declarar acreditada tal relación de habitualidad no basta con la sola realización de distintos actos de violencia, sino que es preciso que éstos se hallen vinculados por una proximidad temporal - tal como establece el art. 173.3 CP-, de modo que pueda declararse probada una situación de continuidad o permanencia en el trato violento en el entorno familiar, siendo por lo demás irrelevante si es una sola o son varias las víctimas del mismo. En este sentido, cabe afirmar ya que la realidad que el tipo penal pretende aprehender no es la mera acumulación o sucesión de actos violentos, sino -tal como viene asumiendo la doctrina y la jurisprudencia- la existencia de un clima de sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno familiar. Así, puede

decirse que el elemento típico de la habitualidad incorpora un componente añadido de lesividad que trasciende el que se derivaría de la suma de los actos aislados de violencia, en tanto en cuanto la continuidad en el trato violento hacia uno o varios de los miembros del grupo familiar comporta un elemento diferencial que se puede cifrar en el menoscabo de la seguridad y libertad tanto de la víctima o víctimas directas de los actos violentos como, en su caso, de los demás integrantes del grupo familiar, que quedan igualmente afectados por esa atmósfera de sometimiento y continua vejación.

De lo anterior se colige que el supuesto de hecho del precepto cuestionado no es equiparable a la mera suma aritmética de los ilícitos en que se hayan podido subsumir los actos de violencia, sino que estamos ante un aliud en el que lo relevante no es, por sí solo, la realización de los actos violentos, sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar. En este sentido, es perfectamente factible imaginar supuestos en los cuales se hayan realizado distintos actos de violencia por un agente sobre los sujetos pasivos descritos en el tipo y en los que, sin embargo, no concurra esa exigencia de conexión temporal, ni pueda declararse la existencia del citado clima continuado de dominación que caracteriza la particular lesividad del delito de violencia habitual, debiendo tal circunstancia ser apreciada en cada caso concreto. Entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de los delitos en que se han concretado los actos de violencia no concurre una exacta identidad, y que, por ello, no cabe apreciar quebranto alguno del principio non bis in idem. Ello presupone también rechazar el paralelismo que la Magistrada invoca entre el último inciso del art. 173.2 CP y el precepto cuestionado, por idénticos motivos, en el procedimiento que dio lugar a la STC 188/2005, de 4 de julio. En esta Sentencia declaramos contrario al citado principio el art. 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, que tipificaba como falta muy grave el hecho de “haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en el periodo de un año”, considerando que con dicho precepto el legislador había creado un tipo “autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor. Y es que en este tipo de supuestos, al no existir un hecho nuevo, se castigan realmente hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio non bis in idem” (FJ 4). Trasladando la citada aseveración al presente supuesto, entiende la Magistrada proponente que ello es exactamente lo que ocurre con la regla concursal plasmada en el art. 173.2 CP, concluyendo que en el mismo tampoco ha introducido el legislador un hecho nuevo que permita diferenciar el delito de violencia habitual de los delitos que conforman tal habitualidad.

De cara a establecer las diferencias existentes entre el objeto de la citada Sentencia y el asunto que ahora nos ocupa, no sobra resaltar, con carácter preliminar,

que el análisis sobre la concurrencia de la identidad en los hechos no debe venir presidido por una perspectiva puramente naturalística o aritmética, sino que, como ya afirmáramos en la STC 2/1981, de 30 de enero, "para la individualización de estos hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica" (FJ 6). Ello ha de ser necesariamente así, por cuanto lo que se compara no son meros acontecimientos de la realidad, sino la descripción que de tales acontecimientos ha efectuado el legislador en el supuesto de hecho de la norma correspondiente, descripción inevitablemente acotada a partir de elementos valorativos y según las finalidades que el legislador persigue con su regulación.

Sentado lo anterior, debe destacarse que el reproche de inconstitucionalidad que formulamos en la STC 188/2005 estaba basado en que la redacción del art. 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986 ni introducía expresamente ni de su exégesis podía inferirse elemento fáctico alguno diferente a la mera acumulación de tres sanciones graves, sin que el plazo de un año que fijaba el precepto incorporara un factor adicional de lesividad o desvalor desde el que, negando la identidad de hecho, poder despejar el reproche de desproporción con la sanción prevista en el precepto como una falta muy grave. Pues bien, a diferencia de la regulación de la conducta descrita en tal precepto, el supuesto de hecho del delito de violencia habitual sí lleva ínsita semejante interpretación, al incorporar el elemento de la habitualidad, que como ya hemos afirmado constituye el rasgo que caracteriza el ilícito penal y lo dota de su específico desvalor. Frente al automatismo del plazo de un año establecido en el ilícito administrativo, el tipo penal incorpora una serie de criterios materiales -número de actos de violencia acreditados, proximidad temporal entre ellos-, si bien dejando en manos del órgano judicial la concreción en cada caso del número y periodo en que los mismos se cometieron y, con ello, la apreciación del elemento de la habitualidad. En este sentido, y siguiendo la interpretación que del precepto han acogido doctrina y jurisprudencia, la habitualidad en el precepto cuestionado no se entiende como un requisito meramente formal o aritmético -en el sentido de que un determinado número de actos conformen sin más la misma-, sino que introduce un componente adicional y autónomo de lesividad, consistente en la citada atmósfera de dominación o sometimiento continuado, que debe considerarse acreditado para la aplicación del tipo penal. En virtud de lo afirmado podemos concluir que el concepto de habitualidad que utiliza el legislador en el precepto cuestionado no se identifica con la mera reiteración de conductas, por cuanto los citados requisitos materiales que lo conforman, y que el juzgador debe valorar en cada caso, implican el surgimiento de un hecho nuevo, valorativamente distinto -porque distinto es su potencial lesivo- a la suma de los actos de violencia aisladamente considerados como pone de manifiesto el art. 173.3 CP. Es la exigencia de tal elemento típico lo que permite concluir que su supuesto de hecho no es idéntico a la suma de los concretos actos de violencia realizados; y es, en suma, el componente adicional de lesividad que conlleva lo que permite rechazar que la doble sanción establecida en el

precepto cuestionado suponga un ejercicio desproporcionado del ius puniendi y, por ende, la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

XVII. SENTENCIA TC 126-2011, DE 18 DE JULIO.

La alegación de vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas carece de sentido cuando el procedimiento ya ha finalizado (por todas, STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 4), exigiéndose que el proceso ante el órgano judicial siga su curso (SSTC 152/1987, de 7 de octubre, FJ 2; 173/1988, de 3 de octubre, FJ 3; 83/1989, de 10 de mayo, FJ 3; 224/1991, de 25 de noviembre, FJ 2; 205/1994, de 1 de julio, FJ 3; 146/2000, de 29 de mayo, FJ 3). En otras ocasiones, y en relación con demandas de amparo similares a la presente, hemos dicho que no cabe denunciar ante este Tribunal las dilaciones indebidas una vez que ha concluido el proceso penal en ambas instancias, pues la apreciación en esta sede de las pretendidas dilaciones no podría conducir a que este Tribunal adoptase medida alguna para hacerlas cesar (STC 224/1991, de 25 de noviembre, FJ 2). Así, hemos declarado que, 'no siendo posible la restitutio in integrum del derecho fundamental, dado que el proceso ha fenecido, el restablecimiento, solicitado por la recurrente, en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación [art. 55.1 c) LOTC] sólo podrá venir por la vía indemnizatoria' (STC 180/1996, de 12 de noviembre, FJ 8).”

En consecuencia las demandas de amparo por dilaciones indebidas, formuladas una vez que el proceso ya ha finalizado, carecen de viabilidad y han venido siendo reiteradamente rechazadas por este Tribunal, por falta de objeto.

El Tribunal ha puesto de relieve en STC 69/2001, de 17 de marzo, que “la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida hace referencia exclusiva a la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho o libertad fundamental”. En efecto, “desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, este Tribunal ha afirmado la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales a través de una abundantísima serie de pronunciamientos que han declarado, en esencia, que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 107/1985, de 7 de octubre, 64/1986, de 21 de mayo, 80/1991, de 15 de abril, 85/1994, de 14 de marzo, 181/1995, de 11 de diciembre, 49/1996, de 26 de marzo, 81/1998, de 2 de abril, y 49/1999, de 5 de abril). La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que dicha admisión entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el Ordenamiento y de su afirmada

condición de inviolables (art. 10.1 CE). Para decirlo con las palabras expresadas en la STC 114/1984, antes citada, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias al proceso (art. 24.2 de la CE) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro." (FJ 26). Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales sustantivos, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional. Si tal afectación de un derecho fundamental no se produce … habrá que concluir en que la cuestión carece de trascendencia constitucional a efectos del proceso de amparo.

El Tribunal ha desestimado reiteradamente la identificación entre defecto o irregularidad procesal e indefensión, pues no toda infracción procesal es causante de la vulneración del derecho recogido en el art. 24.1 CE, sino que sólo alcanza tal relevancia aquella que, por anular las posibilidades de alegación, defensa y prueba cause una verdadera y real situación de indefensión material" (por todas, STC 122/2007, de 21 de mayo, FJ 3).

Por lo demás, el Tribunal ha afirmado que la interpretación y aplicación de la legalidad procesal penal es una cuestión de legalidad ordinaria, que corresponde resolver en exclusiva a los órganos judiciales en el ejercicio de la función que les encomienda el art. 117.3 CE, no siendo, además, irrazonables o arbitrarios los argumentos utilizados por los órganos judiciales intervinientes al pronunciarse sobre el tema objeto de estudio. En efecto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid pone de relieve que la Ley de secretos oficiales no puede haber incluido estos gastos como materia clasificada cuando "no son el medio de pago de actividades reservadas, sino, presuntamente, el objeto material de un delito de malversación"; estando la decisión de la Juez instructora reforzada por una serie de datos objetivos (la Administración del Estado ha colaborado en la investigación, también el Parlamento, no habiendo planteado ninguno de los Gobiernos que se han ido sucediendo conflicto alguno de jurisdicción, sin que el Abogado del Estado haya expuesto objeción alguna a su desarrollo); finalmente, no puede decirse que "se ha comprometido la seguridad del Estado, los intereses de la Nación, ni aún que se ha revelado secreto alguno digno de tal nombre" (fundamento jurídico 4 de su Sentencia). La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por su parte, confirma esta valoración, reseñando que "el Derecho no puede amparar el delito, pues otra interpretación haría depender de una autorización del ejecutivo la competencia de los jueces y tribunales para la investigación y persecución

de los mismos (art. 117.3 CE), lo que supondría una alteración fundamental del marco constitucional", debiendo "la Ley de Secretos Oficiales, así como las normas y acuerdos complementarios en esta específica materia, ser interpretados conforme a principios constitucionales. Si los gastos reservados, lo son por estar destinados a una finalidad concreta, apartados de esa finalidad, queda sin justificación la protección especial dispensada. La desvirtuación de la ratio legis de la norma, hace que cualquier actuación desviada, de naturaleza delictiva, quede al margen de la propia ley y desprovista de su protección" (fundamento jurídico tercero, 4, de la Sentencia de casación). En definitiva, subraya la Sala, "siendo uno de los valores del Estado de Derecho la Justicia, no puede una Ley (de Secretos Oficiales) servir de escudo protector para la comisión de delitos que nada tienen que ver con el cumplimiento de los objetivos que la propia ley establece. La ley no puede negarse a sí misma; pretender que la reserva no tenga límites sería tanto como crear injustificables espacios de impunidad, si sólo el Consejo de Ministros puede desclasificar una materia que, de hecho descubría la comisión de presuntos delitos por algunos de los miembros del Gabinete (Interior) o altos cargos dependientes del mismo" (fundamento jurídico décimo octavo, 2, de la misma Sentencia). Con estos antecedentes, podemos concluir que los órganos judiciales han resuelto la cuestión planteada de una manera en la que no se aprecian signos de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad, de forma motivada y congruente con las pretensiones de las partes, debiendo detenerse en este punto nuestro control, pues, como reiteradamente hemos afirmado, no corresponde a este Tribunal "ni constatar el acierto de una determinada resolución, ni indicar la interpretación que haya de darse a la legalidad ordinaria, función ésta última que se atribuye en exclusiva a los Tribunales del orden judicial correspondiente" (STC 198/2000, de 24 de julio, FJ 2, por todas).

Constituye jurisprudencia reiterada de este Tribunal que el art. 24 de la Constitución prohíbe que el inculpado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se "haya fraguado a sus espaldas", de forma que el objetivo y finalidad del art. 118 LECrim reside en informar al acusado acerca de su situación para que pueda ejercitar su derecho de defensa y evitar, de esta forma, una real indefensión derivada del desconocimiento de su condición procesal. Reiterando esta doctrina y extractando la anterior, en la STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6 (igualmente, SSTC 19/2000, de 31 de enero, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3; y 87/2001, de 2 de abril, FJ 3), hemos sostenido que la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa contradictoria ha sido concretada por este Tribunal en tres reglas ya clásicas (STC 273/1993, de 20 de septiembre): a) nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado; b) como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación; y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión

de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario. Ahora bien, si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión. Pero la materialidad de esa indefensión, que constituye el objeto de nuestro análisis, exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado.

El principio non bis in idem, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) hemos considerado, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), posee también una dimensión procesal (prohibición de duplicidad de procesos sancionadores en esos casos) a la que este Tribunal, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre, ha reconocido relevancia constitucional, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material. Como dijimos en la precitada STC 159/1987, FJ 2, "en el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar -a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional- un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior resolución firme". Por lo tanto el presupuesto para la aplicación de dicho principio es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada [SSTC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 b); y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3].

La revisión de las resoluciones judiciales acerca de si concurren o no las identidades a las que acabamos de referirnos la hemos de realizar respetando los límites de esta jurisdicción constitucional de amparo. Por tanto, ha de partirse de la acotación de los hechos llevada a cabo por los órganos judiciales y de la calificación jurídica de estos hechos realizada por ellos, "dado que, de conformidad con el art. 44.1 b) LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer 'de los hechos que dieron lugar al proceso' en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable" (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5).

No es ésta la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional aborda una queja relativa a la supuesta vulneración de la faceta procesal de la prohibición del bis in idem que se derivaría de haberse seguido un proceso penal pese a que con anterioridad se hubiera dictado un Auto de archivo de unas diligencias previas, dictadas en el llamado proceso penal abreviado, como respuesta a una denuncia más o menos genérica de unos hechos semejantes pero con escasa o nula actividad instructora. La respuesta dada en estos casos parte de la doctrina general de este Tribunal en relación con la apreciación de la cosa juzgada por los órganos judiciales, según la cual, la prohibición del bis in idem, invocado por el recurrente, sólo opera respecto de Sentencias o resoluciones firmes con efectos de cosa juzgada material [así, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 b); 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 246/2004, de 20 de diciembre, FJ 8; y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9]. Asimismo, recordábamos en esta última Sentencia que "la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables por la justicia constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurren en error patente ya que, en otro caso, el recurso de amparo se convertiría en una nueva instancia (entre las últimas, SSTC 177/2006, de 5 de junio, FJ 3, y 318/2006, de 15 de noviembre, FJ 2). Por otra parte hemos afirmado que igualmente son cuestiones de legalidad ordinaria que, conforme al art. 117.3 CE, corresponden exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, sobre las que este Tribunal sólo puede intervenir con arreglo a los parámetros antes establecidos, las decisiones judiciales sobre si ha de dictarse o no un Auto de sobreseimiento y, si así fuera, con base en qué supuestos de los previstos en la Ley (así, SSTC 63/2002, de 11 de marzo, FJ 3, y 72/2006, de 13 de marzo, FJ 2)."

Pues bien, la aplicación de la anterior doctrina a las resoluciones judiciales frente a las que se demanda amparo conduce inexorablemente a considerar la queja del demandante desasistida de razón. En efecto, la Audiencia Provincial desestimó la existencia de cosa juzgada en el referido Auto de 28 de septiembre de 2001, fundamento jurídico cuarto; también lo hizo en la Sentencia de condena, fundamento jurídico 2; y, por último, la Sala casacional, en el fundamento jurídico 2, puntos 5 y 6, de su Sentencia. En ellas se analiza el lacónico Auto de archivo de 26 de septiembre de 1994, de menos de un folio de extensión; en particular, el contenido de la denuncia (folios 195 y ss., con fecha de registro de 8 de abril de 1994) que dio lugar a la incoación de las diligencias previas 1429-1994, subrayándose el hecho de que no se realizara ni una sola diligencia de investigación (como con razón se afirma en el referido Auto desestimatorio de las cuestiones previas -ésta era una de ellas- de 28 de septiembre de 2001, "el procedimiento sale del Juzgado y vuelve a él tras un intento de inhibición") y, a renglón seguido, se archivan las diligencias incoadas indicando como hechos "que el denunciante no es perjudicado" y, como razonamiento jurídico, "que de las actuaciones practicadas (ninguna) no resulta la existencia de hechos delictivos". Es evidente que no incumbe a este Tribunal optar por una de las diferentes teorías existentes respecto de la

naturaleza de los Autos de archivo dictados por el Juez de Instrucción en las diligencias previas del denominado por la LECrim procedimiento abreviado, pues esa labor de interpretación de la legalidad ordinaria compete en exclusiva a los órganos judiciales ex art. 117.3 CE (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FFJJ 3 a 5), pero también lo es que las examinadas resoluciones judiciales han motivado de manera jurídicamente razonada y razonable acerca de la imposibilidad de que Autos como el examinado puedan producir los efectos materiales de la cosa juzgada al limitarse a inadmitir la denuncia en el umbral de las diligencias previas y sin realizar actividad de investigación alguna, lo que se refleja en la ausencia de hechos a analizar en la tantas veces citada resolución de archivo. Por lo demás, una concepción de los Autos de archivo de diligencias previas semejante a la que ponen de manifiesto las resoluciones impugnadas -que atiende sustancialmente a la existencia o no de una instrucción penal en sentido propio- fue avalada en nuestro ATC 264/2002, de 9 de diciembre (FJ 4), al sostener que "no cabe apreciar elementos de arbitrariedad, irrazonabilidad o error en la Sentencia de apelación que, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Supremo, argumenta que el Auto adoptado nada más presentarse la denuncia por la Guardia Civil tras la diligencia de entrada y registro, no es susceptible de producir un efecto de cierre del procedimiento propio de la cosa juzgada", sin que tengan así la eficacia de cosa juzgada material "las resoluciones judiciales por las que se rechaza una denuncia ni los Autos de sobreseimiento provisional o asimilados, incluso para los casos en que se estime que el hecho no es constitutivo de infracción penal".

Desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (FJ 2). Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que "no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los jueces y tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia" (por todas, STC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2). De este

modo hemos declarado con especial contundencia que el examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia "ha de partir de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad" [entre otras, SSTC 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 a) y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 4], advirtiendo que esta supervisión externa que hemos de realizar para apreciar la razonabilidad del expresado discurso ha de ser "extraordinariamente cautelosa", pues, en rigor, "la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él" (STC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 6). Esta imposibilidad de revisar por parte de este Tribunal Constitucional los diferentes elementos probatorios en que los Tribunales penales basan su convicción, en la forma expuesta, resulta fundamentada, además, tanto por la prohibición legal de que el Tribunal Constitucional entre a valorar los hechos del proceso [art. 44.1 b) LOTC], como por la imposibilidad material de que los procesos constitucionales puedan contar con las garantías de oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear a la valoración probatoria.

En relación con la suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, hemos resaltado (entre otras, SSTC 34/2006, de 13 de febrero, FJ 2 y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3) que éstas no poseen solidez plena como prueba de cargo suficiente cuando, siendo únicas, no están mínimamente corroboradas por algún hecho, dato o circunstancia externa, y ello porque el imputado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad sino que, por el contrario, le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente y no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad (SSTC 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4 y 198/2006, de 3 de julio, FJ 4). Esta exigencia de refuerzo, por otra parte, no está prefijada en términos generales, sino que se deja a la casuística la determinación de los casos en que puede estimarse que existe esa mínima corroboración, por lo que ha de atenderse a las circunstancias presentes en cada supuesto particular. Según esta doctrina, además, esa mínima corroboración ha de recaer, precisamente, sobre la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados (SSTC 340/2005, de 20 de diciembre, FJ 2 y 277/2006, de 25 de septiembre, FJ 2), resultando que los elementos de corroboración han de hallarse expuestos en las resoluciones judiciales recurridas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 91/2008, de 21 de julio, FJ 3 y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3).

En relación con quiénes han de ser considerados imputados a los efectos de entender aplicable la doctrina constitucional expuesta, hemos de precisar ahora que una concepción puramente formal de la condición de coimputado no resulta conforme con

los valores y principios constitucionales a cuya preservación se endereza la anterior doctrina. En efecto, aun cuando una concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de una mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración incriminatoria también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de los mismos hechos.

Desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, que también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, habiendo afirmado este Tribunal, entre otras en la STC 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, que el control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta esta prueba puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 24).

Constituye doctrina reiterada de este Tribunal (por todas STC 80/2003, de 28 de abril, FJ 9) que cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia "nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado,

concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1). En definitiva, a este Tribunal, ante la invocación del derecho a la presunción de inocencia en los supuestos en que las declaraciones incriminatorias de coimputados aparecen como la única prueba en la que se fundamente la condena, sólo le compete verificar la aptitud de dichas declaraciones para ser valoradas como prueba de cargo, lo que se producirá cuando existan hechos, datos o circunstancias externas que avalen mínimamente su contenido. No puede entrar, sin embargo, a analizar, ni la credibilidad que merezca dicha declaración, ni, más allá del control externo de la razonabilidad de las inferencias, si los hechos han quedado acreditados a partir de tales pruebas (STC 233/2002, de 9 de diciembre de 2002).”

A fin de abordar esta cuestión bueno será recordar con la STC 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3, que “según venimos sosteniendo desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), 'en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes' (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4).”

XVIII. SENTENCIA DEL TC 70-2012, DE 16 DE ABRIL.

El Tribunal ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías emanadas del art. 24.2 CE, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión (por todas, SSTC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2; 7/1998, de 13 de enero, FJ 5; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 7; 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; y 175/2007, de 23 de julio, FJ 3). El ejercicio de este derecho de defensa en el seno de un expediente sancionador presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa, previa a la toma de decisión; y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como de alegar lo que a su derecho convenga. En este sentido, en la STC 291/2000, de 30 de noviembre (FJ 4), ya declaró el Pleno de este Tribunal que los posibles defectos en la notificación o emplazamiento administrativo, cuando se trate, como en este supuesto acontece, de un acto administrativo sancionador, revisten relevancia constitucional desde la perspectiva del art. 24.2 CE.

En el presente caso, el examen de las actuaciones revela la concurrencia, en un primer momento, de las condiciones que con arreglo a nuestra propia jurisprudencia han de darse para que la falta de emplazamiento personal en un expediente sancionador genere una situación de indefensión real: que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; que haya mantenido una actitud diligente; y, por último, que pudiera ser identificado y emplazado a partir de los datos que obren en el expediente (SSTC 54/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 145/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; y 175/2007, de 23 de julio, FJ 4). En efecto, por un lado es evidente el interés legítimo de la entidad recurrente en el desarrollo y resultado del expediente sancionador, y también que ningún dato permite afirmar que tuvo conocimiento de su tramitación o que de cualquier otro modo mantuviera una actitud negligente. Por otra parte, es incontrovertible que su domicilio estaba plenamente identificado, tal y como se evidencia al comprobar que la resolución sancionadora sí fue notificada sin dificultad en el local en que se desarrollaba la actividad de la empresa y que es donde había tenido lugar la previa inspección. La infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) que, como es sabido, rige sin excepciones en el procedimiento administrativo sancionador y comporta la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del

interesado (por todas, SSTC 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4; y 74/2004, de 24 de abril, FJ 4) y ello sin perjuicio de que no corresponda a este Tribunal la revisión de la valoración del material probatorio, sino sólo llevar a cabo una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante (por todas, SSTC 117/2002, de 20 de mayo, FJ 9; 131/2003, de 30 de junio, FJ 7; y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 4).

Procede denegar el amparo solicitado, ya que las alegaciones de la entidad recurrente sobre la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) se realizan de forma general sin proyectarse en el alcance de la vulneración respecto al tenor legal del art. 108.2 b) 21, cuya aplicación motiva la presente queja. La carencia de una precisa invocación al respecto, tanto en la vía judicial como en la demanda de amparo, conduce a que proceda su desestimación.

No atañe al derecho a la legalidad sancionadora la falta de rango que ex art. 36 CE pueda tener la norma que integre los tipos infractores, pues la invocación de una específica previsión constitucional al respecto, la del art 36 CE ("La ley regulará … el ejercicio de las profesiones tituladas"), no convierte esta cuestión en una materia propia del art. 25.1 CE. Se trata de una cuestión que, por sí misma, es ajena al derecho fundamental concernido, por cuanto el mero hecho de que la norma de complemento aplicada para integrar la tipificación de una infracción careciese de rango legal, ello no incide en las garantías que acoge el art. 25.1 CE (por todas, SSTC 50/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5; y 181/2008, de 22 de diciembre, FJ 4).

XIX. SENTENCIA DEL TC 189/2013, DE 7 DE NOVIEMBRE.

Ya desde la STC 2/1981, de 30 de enero, que el principio non bis in idem veda la imposición de una dualidad de sanciones "en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento" (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre otras muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; o 2/2003, de 16 de enero, FJ 3).

El Tribunal Constitucional, por todas, en el fundamento jurídico 2 c) de la STC 188/2005, de 7 de julio, citada por las propias partes, con invocación de las relevantes SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5, y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3, los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE "consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento". Y es esta precisa —y por ende, excluyente— atención a la faceta sancionadora —que no fáctica—, de los pronunciamientos punitivos administrativos una de las circunstancias que delimitan, ya en este estadio de la resolución, los parámetros de atención a que se ha de circunscribir el examen de constitucionalidad de la norma cuestionada. Abstracción hecha, se insiste, de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, inherentes a la resolución jurisdiccional contencioso-administrativa ordinaria y, por cambiantes según unos u otros supuestos de hecho, innecesarias para la decisión constitucional sobre la presente cuestión.

El criterio de la interpretación conforme se puede encontrar ya en Sentencias tan tempranas como la STC 4/1981, de 2 de febrero, o la STC 122/1983, de 16 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 6 ya decíamos que "siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal". Este criterio, que constituye ya doctrina consolidada, se desarrolla igualmente en la STC 93/1984, cuyo FJ 5 señala que "es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación". En similar sentido, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 89/2004, de 25 de mayo, FJ 8, o 133/2006, de 27 de abril, FJ 14.

Cierto es que la salvaguarda del principio de conservación de la norma no puede lesionar la propia naturaleza de la Constitución como Ley Fundamental Suprema del ordenamiento jurídico, por lo que este Tribunal en toda actividad de interpretación conforme que acometa, debe respetar tanto la literalidad de la norma cuestionada como el contenido del mandato ínsito en la norma examinada. En términos acuñados por reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se erige en parámetro hermenéutico el que la interpretación conforme se pueda deducir "de modo natural y no forzado" del tenor literal del precepto, sin afectación de la seguridad jurídica (por todas, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 4; 74/2000, de 16 de marzo, FJ 3; o 56/2004, de 21 de septiembre, FJ 8).

A tales conclusiones sobre la necesaria selección, en su caso, de aquella interpretación que por su adecuación a la Constitución logra la subsistencia de la norma,

se ha de yuxtaponer la ulterior doctrina de este Tribunal según la cual podría discutirse la corrección o el acierto de los términos elegidos por el legislador autonómico pero, como señala el fundamento jurídico 6 de la STC 37/2002, de 14 de febrero, el juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional no es un juicio de técnica legislativa, de modo que "las deficiencias técnicas no representan en sí mismas tachas de inconstitucionalidad". Lo que lleva a afirmar la naturaleza agravante que en el precepto cuestionado ostenta la mención a las previas infracciones graves, en los términos de la STC 150/1991, de 29 de julio, en cuyo fundamento jurídico 8, sobre la agravante penal genérica, concluíamos que "es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera de círculo propio de principio non bis in idem. Finalmente, tampoco es aceptable el argumento de que no es conforme con la Constitución agravar la pena por hechos anteriores a la comisión del delito, que el Juez razona a partir de lo dispuesto en el art. 25.1 in fine CE. Basta con señalar, al efecto, que la exigencia del art. 25.1 CE se refiere a la vigencia, en el momento de cometerse el nuevo delito, de la norma sancionadora; por ello, lo determinante, a efectos de la adecuación a la Constitución, es que se aplique una norma reguladora de la reincidencia que esté vigente en ese momento, según la exigencia de previa lege; norma que, como se ha dicho, no sanciona hechos anteriores, sino los constitutivos del nuevo delito, agravando la correspondiente pena".

El precepto impugnado admite, por lo expuesto, una interpretación conforme con la Constitución si se entiende, como se ha venido razonando, que centra la sanción muy grave en la efectiva comisión de una tercera infracción grave, adicional, nueva y distinta a las dos igualmente graves previamente cometidas, no siendo ésas nuevamente sancionadas mediante este artículo, sino que son meramente incluidas en el tipo sancionador para ser tenidas en cuenta a los efectos de cualificar la nueva infracción que, empero, se erige en el objeto estricto del precepto cuestionado. Tal es el sentido que ha de darse al precepto para acomodarlo con el tenor y espíritu del 25.1 CE, lo que determina, en los términos expuestos la correspondiente referencia en el fallo para excluir cualquier otra interpretación que sería vulneradora del art. 25 CE y por lo tanto inconstitucional.

XX. SENTENCIA DEL TC 112/2015, DE 8 DE JUNIO.

El Tribunal Constitucional ha destacado la singularidad que plantea, a los efectos de la interdicción del bis in idem, la anulación de una Sentencia penal absolutoria con orden de retroacción de actuaciones, dada la diferencia que existe entre la acusación y los acusados desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal.

Así, en línea de principio, no cabe retroacción de actuaciones ante la vulneración de algún derecho fundamental de carácter sustancial que asista a las acusaciones, ya que ello impone al acusado absuelto la carga de un nuevo enjuiciamiento no destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional. Pero también ha expresado este Tribunal que el reconocimiento de esa limitación no puede comportar la negación a las acusaciones de la protección constitucional dispensada por el art. 24 CE, que asimismo les incumbe. Por tal motivo, en un decidido equilibrio entre el estatuto constitucional reforzado del acusado y la necesidad de no excluir a las acusaciones de las garantías del art. 24 CE, se admite constitucionalmente la posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que en ese escenario la ausencia de garantías no permite hablar de "proceso" en sentido propio, ni puede permitir tampoco que la Sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable (SSTC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3; 220/2007, de 8 de octubre, FJ 4; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5, o 4/2004, de 16 de enero, FJ 4). En suma, la excepción afecta a aquellas resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado sobre un proceder lesivo de las más elementales garantías procesales de las partes (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1, 168/2001, de 16 de julio, FJ 7, o 12/2006, de 16 de enero, FJ 2).

El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Cierto es que el señalado deber de motivación adquiere mayor importancia cuando la Sentencia es condenatoria que cuando resulta absolutoria, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales, ya que en el segundo caso la tutela judicial efectiva se ve reforzada por la presunción de inocencia. Ahora bien, semejante afirmación en modo alguno significa que las Sentencias absolutorias aparezcan exoneradas del deber general de motivación, pues ésta, como indica el art. 120.3 CE, es requerida "siempre". De modo que la Sentencia absolutoria no puede quedar limitada al puro decisionismo de

la absolución, sin dar cuenta del porqué de la misma, ya que en tal caso se vería afectado el principio general de interdicción de la arbitrariedad como garantía frente a la irrazonabilidad. Así pues, la resolución, cualquiera que sea su fallo, habrá de contener aquellos elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios que la fundamentan, sin acoger una aplicación arbitraria de la legalidad, manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incursa en un error patente, por la que la aplicación de la legalidad haya sido tan sólo una mera apariencia (SSTC 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 6; 30/2006, de 30 de enero, FJ 5; 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6, o 107/2011, de 20 de junio, FJ 2.

Siendo lo anterior doctrina de carácter general, la particularidad del caso que nos ocupa reside en el órgano encargado de decidir: un Jurado. El art. 61.1.d), de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo (en adelante, LOTJ), dedicado al acta de votación del veredicto, impone la inclusión en la misma de un apartado cuarto, cuyo específico cometido será que los jurados describan los elementos probatorios desde los que han formado su convicción y bajo la expresa exigencia de una "sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados". Por lo tanto, según se desprende del propio tenor literal del precepto, la necesidad de una "sucinta explicación" aparece vinculada no sólo a lo declarado probado, sino también al rechazo de tener determinados hechos por probados. En realidad, dicho deber no es sino emanación de la previsión constitucional de que las Sentencias sean siempre motivadas; de modo que, tal y como recordaba la STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 5, por remisión a lo decidido por el Pleno de este Tribunal en la STC 169/2004, de 6 de octubre, no puede sostenerse que la motivación sea una mera formalidad prescindible en supuestos de absolución, como tampoco que la ausencia de motivación bastante en la decisión del Jurado carezca de toda trascendencia: la falta de la apuntada explicación sucinta afecta al contenido del art. 120.3 CE, proyectado al Jurado, y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, integran el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, SSTC 188/1999, de 25 de octubre; 169/2004, de 6 de octubre, y 246/2004, de 26 de diciembre, entre otras).

La dificultad de que un órgano integrado por personas legas en Derecho motive sus decisiones, aun mediante esa mitigada exigencia de que la explicación sea "sucinta", no ha pasado desapercibida al legislador. Así lo revela la propia exposición de motivos de la LOTJ cuando deja constancia de la opción por un sistema en el que "el Jurado debe someterse inexorablemente al mandato del legislador. Y tal adecuación sólo es susceptible de control en la medida en que el veredicto exterioriza el curso argumental que lo motivó". A esa exteriorización del curso argumental que motiva el veredicto atiende la Ley —según sigue indicando la exposición de motivos— al exigir del Jurado,

entre otros extremos, que "su demostrada capacidad para decidirse por una u otra versión alcance el grado necesario para la exposición de sus motivos. Bien es cierto que la exposición de lo tenido por probado explicita la argumentación de la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad. Pero hoy, la exigencia constitucional de motivación no se satisface con ello. También la motivación de estos argumentos es necesaria. Y desde luego posible si se considera que en modo alguno requiere especial artificio y cuenta en todo caso el Jurado con la posibilidad de instar el asesoramiento necesario" (apartado V, el veredicto, núm. 1, sobre el objeto). De modo que el legislador ha optado por imponer a los jurados, a los efectos que interesan para la resolución del presente recurso de amparo, la exigencia de explicar en el acta del veredicto las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

Del cuerpo jurisprudencial que queda expuesto, se pueden extraer algunas ideas rectoras del análisis de la suficiencia constitucional de cualquier veredicto pronunciado por un Jurado. La primera de ellas, que el deber de motivación impuesto legalmente no puede desconectarse de la condición de sus integrantes, no forzosamente conocedores del Derecho, por lo que no resulta exigible de los jurados un exhaustivo análisis de toda la actividad probatoria desplegada, como tampoco una exégesis jurídica equivalente a la del profesional en Derecho. En segundo lugar, que el nivel de exigencia habrá de modularse también en función de que el Jurado suscriba un pronunciamiento de culpabilidad o inculpabilidad, menos riguroso en este último caso. Ninguna de estas dos premisas excluye, sin embargo, el deber de coherencia y racionalidad intrínsecamente exigible a su decisión, como a cualquier otra resolución judicial de fondo, ex art. 24.1 CE, en tanto que garantía frente a la arbitrariedad y a la irrazonabilidad en la actuación de quien asume tal poder de decisión.

Debe también tenerse en cuenta una reiterada doctrina de este Tribunal que expresa que la apreciación o no de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad es una cuestión de estricta legalidad penal cuya resolución corresponde a los órganos judiciales competentes, y cuyo control en esta sede se limita a comprobar que la respuesta de éstos sea suficientemente motivada y no arbitraria, irrazonable o patentemente errónea (STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 3, por remisión a las SSTC 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 5; 133/1994, de 9 de mayo, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 11; 239/2006, de 17 de julio, FJ 5; 5/2010, de 7 de abril, FJ 5, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 7; en igual sentido, SSTC 5/2010, de 7 de abril, FJ 5, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 7).

En consecuencia, el control constitucional que, desde el prisma de la tutela judicial efectiva, cabe efectuar en estos casos quedará limitado a los supuestos en los que bien el veredicto, bien la resolución judicial que lo recoge se muestren

manifiestamente infundados, arbitrarios, irrazonables o irrazonados, o bien sean fruto de error patente (SSTC 169/2004, de 6 de octubre, FJ 7, y 246/2004, de 20 de diciembre, FJ 5).

Cabe asimismo recordar que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en su perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, por lo que, para desplegar sus efectos, requiere un pronunciamiento de condena, inexistente en este caso. Sólo desde una situación preliminar de condena cabe valorar si el derecho a la presunción de inocencia ha sido vulnerado, derecho que una consolidada doctrina de este Tribunal (SSTC 107/2011, de 20 de junio, FJ 4, o 68/2010, de 18 de octubre, FJ 4, entre otras muchas) configura, en tanto que regla de juicio y con la perspectiva constitucional, como "el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos". De modo que, como también declaró la STC 189/1998, de 28 de septiembre, "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (FJ 2).

XXI. SENTENCIA DEL TC 23/2016, DE 15 DE FEBRERO.

Con carácter general, la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona, sino que meramente es titular del ius ut procedatur, es decir, del "derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho" (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), limitándose la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el ius ut procedatur del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor le reconocen, como ha establecido la doctrina constitucional en SSTC 45/2005, de 28 de febrero, FJ 2; 45/2009, de 15 de junio, FJ 4, y 94/2010, de 15 de noviembre, FJ 3.

En la STC 218/2007, de 8 de octubre, este Tribunal Constitucional se pronunció sobre la procedencia de la repetición de un juicio penal en que había recaído sentencia absolutoria por haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación

particular. Se planteaba allí una posible situación de conflicto de derechos fundamentales entre el derecho a la presunción de inocencia de los acusados y el derecho a la tutela judicial efectiva de los acusadores: el ius ut procedatur o derecho a ejercitar la acusación particular en defensa de sus intereses de las demandantes, en que el Tribunal Supremo se decantó por hacer prevalecer el derecho a la presunción de inocencia.

Aquella Sentencia concluyó señalando que la decisión del Tribunal Supremo "implicó desconocer que toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales y, por tanto, de acuerdo con nuestra doctrina, supuso una nueva violación del derecho a la tutela judicial efectiva de las demandantes (art. 24.1 CE), que se sumó a la que ya había sido reconocida por los propios órganos jurisdiccionales" (FJ 5).

Este caso presenta transcendencia constitucional (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.a) al concurrir rasgos bien diferenciados, lo que dará a este Tribunal ocasión para pronunciarse sobre una nueva faceta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Partiendo del marco de un proceso penal de menores, por un lado, el archivo de tal proceso se produce una vez que el menor expedientado había cumplido una medida educativa, y, por otro, el conflicto, a juicio de la resolución impugnada, no se produce con el derecho a la presunción de inocencia sino con el derecho a no sufrir bis in idem y el "interés del menor", bienes jurídicos que la decisión recurrida considera que han de prevalecer.

No es posible descartar, y de ello se hace eco la jurisdicción constitucional con cita del art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (STC 311/2006, de 23 de octubre, FJ 6), que la reparación ordinaria o común a través de la nulidad con retroacción de actuaciones (reposición en los términos del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de la lesión de derechos fundamentales procesales, entre en conflicto con otros derechos, bienes y valores también constitucionales y dignos de tutela. En tales supuestos, por exigencia derivada de la eficacia propia de tales derechos y valores, así como del valor "justicia" (SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7; 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 3; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6), la solución habrá de adoptarse previa ponderación de los derechos y valores constitucionales en conflicto, con respeto a su contenido, observancia del principio de proporcionalidad, y motivación del juicio de ponderación (SSTC 85/1992, de 8 de junio FJ 4, y 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2), "pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar,

después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental" (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8).

Por ello, no hemos de aceptar que la reparación de la infracción de los derechos fundamentales procesales del demandante que se declararon vulnerados exija indeclinablemente, sin excepción, la nulidad del procedimiento judicial y la repetición del mismo, y que carezca de toda eficacia reparadora la declaración de la existencia de la lesión, que la parte recurrente califica de "simple declaración bienintencionada". Este Tribunal ha venido entendiendo, en determinados supuestos de conflicto, que un pronunciamiento como el que nos ocupa "constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental invocado, sin que su carácter declarativo le prive de su efecto reparador, ya que a través del mismo no sólo se obtiene el reconocimiento del derecho, sino que, además de proporcionar esta reparación moral, puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización" (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 21/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). A este último modo de reparación es al que apunta expresamente el Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 31 de marzo de 2014 aquí impugnado, sin que pueda olvidarse que se encuentra también presente en el sistema diseñado por el Convenio europeo de derechos humanos (art. 41 CEDH).

e. EL ACOSO LABORAL EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, EN LA LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LO SOCIAL.

A pesar de todos los esfuerzos que se han hecho por algunos grupos políticos, lo cierto, es que en la legislación laboral no aparece tipificado el "mobbing" o acoso laboral. No hay ningún artículo del Estatuto de los Trabajadores[5] que expresamente lo defina y sancione.

A lo largo del articulado encontramos algunos preceptos que protegen diversos derechos de los trabajadores, que serían vulnerados por el acoso laboral:

Artículo 4. Derechos laborales.

[5] Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

a) A la ocupación efectiva.

b) A la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.

c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

d) A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo."

Algunos otros preceptos donde aparecen derechos del trabajador que se ven vulnerados por el acoso laboral serían; derecho que quede salvaguardada su intimidad al entrarse una copia básica del contrato de trabajo a los representantes de los trabajadores, recogido en el art. 8.3; en caso de practicarse un registro sobre el trabajador, efectos personales o taquilla, deberá realizarse como establece el art. 18; la facultad de vigilancia y control del empresario, no son ilimitadas, uno de los límites es la dignidad humana, art. 20.3. Aunque el título del precepto estatutario se refiera a la inviolabilidad de la persona del trabajador, permite realizar registros sobre la persona del trabajador, sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa. Establece un límite locativo y temporal, dentro del centro y en horas de trabajo, prevé contar, cuando fuera posible, con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia, de un trabajador de la empresa, y obliga en su realización a respetar al máximo la dignidad e intimidad del trabajador.

Sin embargo la Sentencia del TC 142/1993 establece que la intimidad del trabajador no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada.

El Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS),

tampoco tiene una referencia exacta al acoso laboral. En el Art. 2. Sujetos responsables de la infracción, lo que hay es una remisión a la LPRL, en su apartado 8 “Los empresarios titulares de centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa de prevención de riesgos laborales”. De manera muy genérica, en el art. 8.11, se considera como infracción muy grave los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debidas a la dignidad de los trabajadores, en el 8.12, las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua del Estado Español, o por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales. En el art. 8.13, se recoge el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma.

La sentencia de 28 de mayo de 2004 del T.S.J. de Asturias señala, remitiéndose a su vez a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26-2-02 , que es necesario deslindar adecuadamente las conductas calificables de acoso de otros posibles desafueros cometidos por el empresario ejercitando de forma abusiva sus poderes de dirección y organización de la empresa, pues no resulta factible llegar a la conclusión de que todo ejercicio abusivo de estas potestades puede calificarse de acoso y ello objetivamente sin perjuicio de las respuestas que desde la legalidad puedan obtener en contra de esas actuaciones antijurídicas de modo que no es comparable el acoso moral con el ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial que se diferencian en que los motivos que inducen al empresario a emplear arbitrariamente sus potestades directivas son distintos de los que mueven al sujeto activo del acoso moral a hostigar a la víctima y, de otro lado, en que en aquel caso pueden verse afectados los derechos laborales sobre lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo mientas que en el acoso moral se ve afectada la integridad física y la salud mental del trabajador. Esta diferencia exige que quien invoque acoso moral no sólo acredite posibles arbitrariedades empresariales ejerciendo su poder directivo sino que debe demostrar que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso era perjudicar la integridad psíquica del trabajador y que se le han causado unos daños psíquicos lo que a su vez requiere la existencia de una clínica demostrativa de dicha patología. Se exige la sistematicidad de dichas conductas. Y aunque por otro lado, podría concluirse también que manifestaciones de maltrato esporádico, de sometimiento a inadecuadas condiciones laborales o de otro tipo de violencias en el desarrollo de la relación de trabajo son equiparables al propio y verdadero acoso moral, ello no obstante, no es la línea seguida en el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo firmado el 26-4-2007 entre las principales organizaciones empresariales y sindicales de la Unión Europea, el cual define el acoso como el que se produce cuando "uno o más

trabajadores o directivos son maltratados, amenazados o humillados, repetida y deliberadamente, en circunstancias relacionadas con el trabajo". La reiteración o continuidad sigue siendo definitiva para definir el acoso, de manera que las conductas aisladas o esporádicas, por graves que sean, no merecen la calificación de acoso y no son destinatarias de las medidas previstas en el Acuerdo.

La Sentencia de la Sala de lo Social de TS[6], de fecha 26/06/2012, establece: "Entiende la Sala que también los riesgos psicosociales se encuentran en el ámbito de aplicación de la Ley 35/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, y en el caso particular del acoso, el empresario tiene la obligación de prevenir la aparición de posibles conductas de hostigamiento psicológico en la empresa,…, la evolución legislativa ha puesto el acoso en el centro de la prevención, como hace la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres; y en el mismo sentido, el Criterio Técnico 69/2009 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de Seguridad sobre actuaciones de la Inspección reconoce ahora, frente a la 34/2003, que tales conductas pueden considerarse infracciones de prevención de riesgos laborales. En este caso la actora realiza su trabajo en la oficina técnica y consistía en realizar proyectos de troqueles; ha recibido un trato vejatorio y humillante parte del jefe de taller en varias ocasiones, dirigiéndose a ella con expresiones reprobables; dicha situación se ha producido sólo con la actora, si bien el jefe de taller fue sancionado por increpar al director de la empresa. En suma, la situación de acoso de la trabajadora era conocida por la empresa, que no adoptó medida alguna para evitarla, aunque sí actuó cuando se increpó al director, lo que lleva a entender aplicable el recargo en el grado medio fijado en la instancia.

Esta sentencia considera que hay acoso laboral debido a las acciones de hostigamiento que tenían lugar contra la víctima, sin causa objetiva ni ninguna justificación, en cambio no dice que sea preciso que se realicen en unos plazos determinados. La sentencia de 10 de julio de 2002 el Juzgado de lo Social n. º 33 de

[6] Entiende la Sala que , en efecto , el daño a la salud por conductas de acoso en una empresa es evitable, en la medida en que están previstos mecanismos que, a modo de cortafuegos, permitan que el trabajador quede alejado de la situación tóxica que lo provoca; pero que para que proceda la imposición del recargo es necesario determinar si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y si ésta, de haberse cumplido, hubiera evitado o minorado el daño. En este asunto, no existía en mayo de 2002 norma legal o convencional que obligara a incluir los riesgos psíquicos en la evaluación; que el reducido tamaño de la empresa y las condiciones en las que el trabajo se desarrollaba (en un único espacio para todos los trabajadores, salvo el titular, separado por una cristalera) no favorecían su existencia, que no consta hubiera antecedentes en la empresa de patologías de ese tipo, tampoco consta que en esas fechas en ese sector laboral se dieran conductas de acoso generadoras de daños a la salud. Así pues, no se está en presencia de una patología generada por la ausencia de un plan de prevención laboral en la empresa, ya que no se hubiera evitado el trastorno de la demandante, puesto que el plan de prevención no hubiera evaluado el acoso como probable y por ello no se hubieran adoptado medidas preventivas, sino que se trata de un ejemplo de incumplimiento preventivo patente, pero irrelevante para la imposición del recargo.

Madrid[7], establece que algunos comportamientos, que son denigrantes, hostiles y causantes de lesiones en el trabajador, pero que no son acoso laboral. La misma, estimó parcialmente la demanda, declarando que la conducta del demandado don José Vicente C.B. había constituido un atentado a la integridad moral de la demandante, condenándole al pago de una indemnización de 25.000 € por daños morales, absolviéndole del resto de los pedimentos y absolviendo también a la codemandada Perfumerías GAL, S.A., de las pretensiones deducidas contra ella.

La Sentencia establece que el denunciado comportamiento del Sr. C.B. ha quedado demostrado a la vista de las manifestaciones de los distintos testigos propuestos por la demandante, pues todos ellos ofrecen sin fisuras un mismo panorama de gritos, golpes y malos modales. Tal comportamiento no puede ser encuadrado, a juicio de la Sentencia, en el concepto técnico de acoso laboral o moral (mobbing), dado que el Sr. C.B. tenía la misma actitud con todos sus subordinados y su comportamiento estaba vinculado a órdenes necesarias y útiles para el trabajo, no a órdenes innecesarias o absurdas orientadas a la destrucción de la actora, rasgo éste identificador del acoso moral. Lo relevante en este caso es su exceso en la forma y en el contenido, respondiendo a una personalidad irascible, incapaz de atemperar su conducta en sus relaciones con los demás, y dictatorial, porque cuanto sólo lo demuestra ante sus

[7] Sentencia del TC, de fecha 16/04/2007, en relación a esta sentencia. La demandante de amparo reprocha también la vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la integridad moral (art. 15 CE) a la Sentencia de 10 de junio de 2002 del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, por no haber declarado la responsabilidad de la empresa Perfumerías GAL, S.A., en los hechos imputados al Sr. C.B., en base a su falta de conocimiento sobre los mismos. A juicio de la demandante, la atribución de responsabilidad a la mercantil demandada no depende única y exclusivamente de que se determine si hubo conocimiento o no de la situación sino de la existencia de un deber de prevención que recae sobre la entidad demandada, con independencia y con anterioridad a que los empleados incurran o no en estos comportamientos vulneradores de los derechos fundamentales. Según la resolución impugnada, para que de este tipo de conductas trasgresoras de un derecho fundamental como consecuencia de la directa actuación de un compañero de trabajo se derivara una imputación, a través del especial procedimiento de tutela de derechos fundamentales, de responsabilidad a la empresa, como entidad y lugar en el que tales prácticas se desenvolvieron, sería preciso que el empresario tuviera, si no pleno conocimiento, al menos una sospecha fundada de esos comportamientos y que, advertidos, al menos los alentara pasivamente al no impedirlos. Y ello porque, prosigue la Sentencia, resulta impensable que la empresa mandatara al Sr. C.B. para ejercer su poder de dirección delegado en los términos en que lo desempeñaba, siendo, por tanto, preciso acreditar que la empresa era conocedora de los comportamientos descritos. Sin embargo, de la prueba practicada no se acredita, a juicio de la resolución recurrida, ese conocimiento con un mínimo rigor, no siendo suficiente el hecho demostrado de que la conducta del Sr. C.B. fuera algo habitual y que afectara a varios trabajadores, máxime cuando ha quedado acreditado que el propio comité de empresa no dio razón de estos hechos a la entidad codemandada. Por lo que concluye la Sentencia que la responsabilidad de lo acontecido en lo que respecta al procedimiento de tutela de derechos fundamentales sólo puede recaer en el trabajador demandado, sin perjuicio de que si las lesiones que padece la demandante resultasen constitutivas de accidente laboral resultase de ello algún tipo distinto de responsabilidad empresarial.

subordinados, y no en relación con quienes están en el mismo o superior nivel. Queda, en todo caso, acreditado, prosigue la Sentencia, que la Sra. L.M. padece un cuadro ansioso depresivo por estrés laboral, causado por el comportamiento que de forma habitual y desde hace años le ha venido dispensando en la práctica laboral diaria su jefe inmediato. Partiendo de esa realidad fáctica, el juzgador considera que, del elenco de posibles derechos fundamentales que la actora esgrime como vulnerados en su demanda, sólo debe atenderse por su conexión con el supuesto enjuiciado al del art. 15 CE. A su juicio, se ha lesionado ese derecho porque la demandante presenta una patología psíquica causada en el marco laboral por la conducta reiterada ejercida por su jefe directo, razón por la cual condena al Sr. C.B. por atentado a la integridad moral de la actora, imponiéndole una indemnización de 25.000 euros

En la Sentencia de la Sala de lo Social del TS, de fecha 06/11/2012, se excluye la existencia de acoso laboral, puesto que la eliminación de la actora del organigrama de la empresa, la privación del teléfono móvil o el cambio del ordenador portátil por uno fijo no pueden considerarse agresiones personales a la trabajadora .

Una de las sentencias que recoge de manera más completa los requisitos del acoso, es la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias[8], de fecha 07/05/2012,

[8] La Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996, al referirse al acoso moral, habla de "actos condenables o explícitamente hostiles dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo" y la Comisión Europea, en 14 de mayo de 2001, señala, también como característica esencial del acoso, "los ataques sistemáticos y durante mucho tiempo de modo directo o indirecto". Las Directivas de la Unión Europea, la 43/2000, de 19 de mayo, y la 78/2000, de 27 de noviembre, al referirse al acoso moral, desde la perspectiva jurídica de la igualdad de trato en el empleo y con independencia del origen étnico, lo consideran como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo. El acoso moral debe tener, siempre, unos perfiles objetivos como son los de las sistematicidad, la reiteración y la frecuencia, requisito éste el de la permanencia en el tiempo tradicionalmente aceptable en nuestra doctrina judicial (STSJ País Vasco 20.4.02, STSJ Galicia 8.4.03, STSJ Canarias/Las Palmas 28.4.03) y al propio tiempo, otros subjetivos como son los de la intencionalidad y el de la persecución de un fin. Con todo, tanto el requisito de la intencionalidad como el de la duración en el tiempo parecen suavizarse en el Derecho Comunitario (Directivas 2000/43 del Consejo, de 19 de mayo de 2000; 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000; 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de Septiembre de 2002). Así, la duración o reiteración deberá determinarla el intérprete en cada supuesto concreto, y no resulta imprescindible que quienes acosan lo hagan por una intencionalidad u objeto, es suficiente los efectos producidos contengan un ataque contra la dignidad de la persona que lo padece o se haya creado un entorno hostil, degradante o humillante. Lo que caracteriza al acoso moral es, sin duda alguna, la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona (se le ningunea, hostiga, amilana, machaca, fustiga atemoriza, amedrenta, acobarda, asedia, atosiga, veja, humilla, persigue o arrincona), en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad personal con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando su autoexclusión. En definitiva y con base también en la definición que nos ofrecen los artículos 27 y siguientes de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social, el acoso en el trabajo también denominado mobbing o bossing puede ser definido como

recoge expresamente que el acoso moral, es objeto de un estudio pluridisciplinar en el

---

aquella conductas reiteradas en un periodo de tiempo más o menos prolongado en por medio de agresiones verbales, aislamiento social, difusión de críticas o rumores sobre el trabajador, se crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para quien es objeto de la misma con la consiguiente lesión de su dignidad e integridad moral. Tres son los elementos esenciales del acoso moral:1- La existencia de comportamientos hostiles hacia el trabajador. 2-Su reiteración o sucesión a lo largo de un periodo más o menos largo de tiempo (dependiendo de las circunstancias concretas del caso y de la intensidad de la conducta). La reiteración de comportamientos no es más que la consecuencia lógica de un plan, de una actitud tendente a un resulta, pero será en el caso concreto, y solo en él, donde se analizará esa reiteración de comportamientos como evidenciadores de dicho fin. 3-La producción de un efecto lesivo de la integridad moral de la persona y degradante de su ambiente u otras condiciones de trabajo. Configurado así el acoso, a la hora de analizar la situación concreta planteada, hay que precisar los actos concretos y la intención perseguida, para acertar confundir aquel instinto con otras figuras que afectando al trabajador y pudiendo incluso constituir un trato incorrecto, e, incluso, degradante, no son sin embargo, verdadero acoso. Así, se diferencia el mobbing de figuras afines como el síndrome del quemado o burn-out, el síndrome de stress laboral (manifestación del anterior), o la existencia de alteraciones psíquicas que suponen que el trabajador se cree acosado sin estarlo, y el ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial. Pero como tal lesión de un derecho fundamental (art. 15 de la Constitución), ha de ser evidenciada por quien la alega mediante unos indicios suficientes, a fin de que, acreditados estos, corresponda a quien se imputa la lesión presentar una prueba suficiente de que su conducta hacia el interesado ha sido objetiva. Y así el TC en su sentencia 168/2006, de 5 de junio , determino lo siguiente: "Como recordábamos en la STC 29/2002, de 11 de febrero , FJ 3, sistematizando y resumiendo nuestra reiterada doctrina anterior, la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario, bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Bajo estas premisas ha venido aplicando nuestra jurisprudencia la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FFJJ 2 y 3; 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3 ; y 136/1996, de 23 de julio , FJ 6). Por ello, hemos señalado la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo , FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5 ; 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3 ; 266/1993, de 20 de septiembre, FJ 2 ; 180/1994, de 20 de junio, FJ 2 ; y 85/1995, de 6 de junio , FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio , FJ 4). La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4 ; 136/1996, de 23 de julio , FJ 4).

que participan la psicología, la psiquiatría, la sociología y, el Derecho. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define el verbo acosar como acción de perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona. El añadido del calificativo moral viene a incidir en que el acoso persigue conseguir el desmoronamiento íntimo, psicológico, de la persona.

La Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996, al referirse al acoso moral, habla de "actos condenables o explícitamente hostiles dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo" y la Comisión Europea, en 14 de mayo de 2001, señala, también como característica esencial del acoso, "los ataques sistemáticos y durante mucho tiempo de modo directo o indirecto".

Las Directivas de la Unión Europea, la 43/2000, de 19 de mayo, y la 78/2000, de 27 de noviembre, al referirse al acoso moral, desde la perspectiva jurídica de la igualdad de trato en el empleo y con independencia del origen étnico, lo consideran como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo.

El acoso moral debe tener, siempre, unos perfiles objetivos como son los de las sistematicidad, la reiteración y la frecuencia, requisito éste el de la permanencia en el tiempo tradicionalmente aceptable en nuestra doctrina judicial (STSJ País Vasco 20.4.02, STSJ Galicia 8.4.03, STSJ Canarias/Las Palmas 28.4.03) y al propio tiempo, otros subjetivos como son los de la intencionalidad y el de la persecución de un fin. Tres son los elementos esenciales del acoso moral:

1- La existencia de comportamientos hostiles hacia el trabajador.

2- Su reiteración o sucesión a lo largo de un periodo más o menos largo de tiempo (dependiendo de las circunstancias concretas del caso y de la intensidad de la conducta). La reiteración de comportamientos no es más que la consecuencia lógica de un plan, de una actitud tendente a un resulta, pero será en el caso concreto, y solo en él, donde se analizará esa reiteración de comportamientos como evidenciadores de dicho fin.
3- La producción de un efecto lesivo de la integridad moral de la persona y degradante de su ambiente u otras condiciones de trabajo.

Así, se diferencia el mobbing de figuras afines como el síndrome del quemado o burn-out, el síndrome de stress laboral (manifestación del anterior), o la existencia de alteraciones psíquicas que suponen que el trabajador se cree acosado sin estarlo, y el ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2006, se tiene por acreditada la situación de acoso a la

trabajadora con base en hechos tales como que los responsables de la empresa le han retirado el saludo a la trabajadora, no se dirigen a ella, le han cambiado el horario, no le permiten disponer de tiempo para el desayuno, inspeccionan en su ausencia los cajones, carpetas y ordenador de su despacho, derivan sus clientes a otros trabajadores, le niegan la participación en reuniones con aquéllos, le prohíben el uso del scanner al que todos los empleados tiene acceso, y le recriminan cualquier trabajo o actuación laboral, sin incrementarle tampoco el sueldo como al resto de la plantilla. La actora permaneció de baja por ansiedad, y encontrándose en esta situación, la empresa contrata a detectives privados para hacerle un exhaustivo seguimiento incluso de su vida familiar. Para la Sala, la situación expuesta afecta a la dignidad de la afectada, a su integridad moral y al libre desarrollo de su personalidad, siendo procedente el abono de una indemnización complementaria a la legal por extinción del contrato, que compense los daños y perjuicios causados a la actora. En consecuencia, se confirma la sentencia de instancia que declaró vulnerados por la empresa Acinco Consultores SL los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y a la salud de la trabajadora, resolviendo el contrato de trabajo por incumplimiento empresarial y condenado a la empresa a abonar a la actora una cantidad en concepto de indemnización por la resolución contractual, y además a reparar los daños morales causados mediante el abono de otra cantidad.

La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, e fecha 13/06/2012, también resulta muy instructiva, en la misma se recoge que los arts. 4.2.e), 20.3 y 50.1.a) del vigente ET reconocen expresamente al trabajador frente al empresario el derecho al respeto a la dignidad personal, reconociendo al trabajador el referido art. 50.1.a) el derecho a obtener la rescisión indemnizada del contrato de trabajo en caso de menoscabo de su dignidad por consecuencia de la actitud del empresario.

En la actualidad ha alcanzado gran predicamento las conclusiones obtenidas de distintos estudios psicológicos referentes a determinadas conductas intencionadamente dañosas seguidas, en la esfera de las relaciones de trabajo, por empresarios contra determinados trabajadores. Se trata del acoso laboral, designado con el término anglosajón de "mobbing".

Como dice la sentencia de 23 de diciembre de 2003 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco , la psicología ha definido el acoso laboral como situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad, y en ocasiones consiguen el abandono del trabajador del empleo al no poder soportar el estrés al que se encuentra sometido.

El acoso se manifiesta a través de muy variados mecanismos de hostigamiento con ataques a la víctima por medio de implantación de medidas organizativas no asignar

tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc., medidas de aislamiento social impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc., medidas de ataque a la persona de la víctima críticas hirientes,vejaciones, burlas, subestimaciones, etc. , medidas de violencia física, agresiones verbales insultos, críticas permanentes, amenazas, rumores sobre la víctima, etc. .

Ahora bien, resulta preciso deslindar adecuadamente las conductas calificables de acoso de otros posibles desafueros cometidos por el empresario ejercitando de forma abusiva sus poderes de dirección y organización de la empresa, pues no resulta factible llegar a la conclusión de que todo ejercicio abusivo de estas potestades puede calificarse de acoso y ello obviamente sin perjuicio de las respuestas que desde la legalidad puedan obtenerse en contra de esas actuaciones antijurídicas.

Y no es parangonable el acoso moral al ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial, pues mientras que con aquél el empresario suele simplemente buscar por medios inadecuados un mayor aprovechamiento de la mano de obra imponiendo condiciones de trabajo más favorables a sus intereses, con el acoso lo que se busca es causar un daño al trabajador socavando su personalidad. El interés organizativo de la empresa no se presenta en primer plano pues resulta obvio que la existencia de un clima hostil en el lugar de trabajo no lo procura, como tampoco la utilización del trabajador en actividades inútiles, irrealizables o repetitivas.

Por tanto los motivos que inducen al empresario a emplear arbitrariamente sus potestades directivas son distintos de los que mueven al sujeto activo del acoso moral a hostigar a la víctima.

El acoso moral ("mobbing") consiste en un agresión del empresario, o de alguno de sus empleados con el conocimiento y tolerancia de aquél, mediante hechos, órdenes o palabras, repetida y duradera en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, que puede llegar incluso a deteriorar su salud, con objeto de conseguir un auto-abandono del trabajo, produciendo un daño progresivo y continuo a su dignidad. La resistencia del trabajador ante este ataque depende de su fortaleza psicológica y de su capacidad de sobreponerse a la adversidad.

Se caracteriza por una transferencia de proyecciones o energías negativas de empresario a trabajador con ánimo de victimizar a este. Una sublimación de la perversión, mezquindad y bajeza del sujeto activo en su tendencia a afrentar la dignidad del sujeto pasivo, cuya victimización, de una manera u otra, con una amplia posibilidad de manifestación, se busca, hasta producir la sensación de que es inútil o indeseable, intentando degradarle, en su expresión más antijurídica, ruin, mezquina y baja, a una supuesta dimensión de cosa, abiertamente incompatible con lo más elemental de lo que

es derecho y en caso alguno compatible con él, que nace, en su expresión esencial, de la dignidad humana.

Es más, aunque fuese posible, a la luz de un conjunto de criterios (lingüísticos, psicológicos, sociológicos, jurídicos, etc.), configurar una diversidad de graduaciones o formas de "mobbing", desde el genuino, probablemente radicado en o surgido de un sujeto activo colectivo o plural, téngase en cuenta que "mob", del inglés, es traducible, en determinados contextos, como banda; y "mobbing", como ataque ejecutado por un grupo desordenado y/o descontrolado (o banda, cuadrilla, turba, etc.), cerco o acoso; hasta otras manifestaciones, posiblemente menos características, entre las que estaría el "bullying" o intimidación y el "bossing" o dominación por el jefe (hasta anular la personalidad), lo trascendente es la finalidad perseguida, de victimización.

De otra parte, parece enfatizarse este carácter colectivo o plural del sujeto activo, en relación con determinadas áreas y momentos lingüísticos del uso del inglés, donde es elocuente y esclarecedora la expresión "mob law" o "Lynch law", traducible a nuestro idioma, según contexto, como ley de Lynch y, traslaticiamente, como ley de linchar o ley de linchamiento (que implica la participación de una banda, cuadrilla, turba, grupo desordenado y/o descontrolado), y, en tales términos, cabría concluir que el "mobbing", en su pluralidad de manifestaciones y grados podría caracterizarse como acoso, cerco, linchamiento, intimidación o dominación, referido con enfática preferencia a un plano moral o psicológico y, en su expresión más genuina, ejecutado en grupo, (vid. sentencia de 23 de junio de 2003, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia).

Una, actualmente, amplia doctrina de suplicación señala como elementos fundamentales del fenómeno estudiado:

1) El bien jurídico protegido, que no es otro sino el derecho a la dignidad personal del trabajador, de ahí su directo enlace con el derecho constitucional tutelado en el art. 15 de la Constitución.

2) La forma en que se produce la lesión de ese derecho, lo que implica por parte del sujeto activo (empresario u otros trabajadores compañeros del ofendido) una conducta caracterizada por:

a) un acoso u hostigamiento a un trabajador mediante cualquier conducta vejatoria o intimidatoria de carácter injusto;

b) reiteración en el tiempo de dicha conducta, siguiendo una unidad de propósito;

c) perseguir una finalidad consistente de modo específico en minar psicológicamente al acosado, logrando así de modo efectivo algún objetivo que de otro modo no hubiera conseguido el acosador.

3) La intención de dañar, ya sea del empresario o de los directivos, ya sea de los compañeros de trabajo.

4) La producción de un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales.

En relación al mobbing como accidente de trabajo, la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León[9], de fecha 06/06/2013, recoge que el artículo 115

[9] Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación. Ejemplo, el obrero que convaleciente en el hospital por una baja laboral ingiere alimentos no prescritos por el facultativo, introducidos clandestinamente por la negligencia de porteros y enfermeros, contrae una disentería pertinaz, a consecuencia de la cual fallece tres días después. La STS 28-3-1947 consideró que se trataba de un accidente de trabajo.

La conexión entre el trabajo y la lesión se produce generalmente cuando el trabajo se ejecuta bajo la dirección del empresario, en actos preparatorios al desarrollo del trabajo como el aparcamiento o en las pausas del trabajo (accidente sufrido por un camionero en el descanso). Las actividades marginales se incluyen si se encuentran relacionadas de algún modo con el trabajo, por ejemplo cursos de perfeccionamiento profesional organizado por la empresa, prácticas de deportes cuando sean organizados por el empresario pero no cuando se organizan por los propios trabajadores en su tiempo libre.

Es doctrina apodíctica del Tribunal Supremo (SS. de 29.9.1986 [RJ 1986 , 5202] , 28.12.1987 [RJ 1987, 9046] y 4.7.88 [RJ 1988, 5752] entre otras muchas) al interpretar este último requisito que basta con que el nexo causal, indispensable en algún grado, concurra sin precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiéndose otorgar dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento excepto cuando resalten hechos que rompan con total evidencia aquella relación. O lo que es lo mismo, «cabe demostrar que el trabajo no ha tenido la menor incidencia en su aparición o en la generación de la lesión de que se trate» (Sentencia del TSJ de Madrid de 15.2.94). La expresión «con ocasión» elimina la hipótesis de una causalidad rígida, flexibilizando la relación hasta el punto de admitir tanto las relaciones directas como las indirectas (Desdentado Bonete-Nogueira Gustavino). No se exige, por tanto, que el trabajo sea la causa determinante directa de la lesión, sino que basta, simplemente, con que el desarrollo de una actividad profesional determine, bajo la forma de una vulnerabilidad específica, la exposición del sujeto protegido a una serie de riesgos inherentes al trabajo o conectados con él. En todo caso, siempre se exige la existencia de una relación causal directa o indirecta con el trabajo, lo que excluye la ocasionalidad pura, es decir, fuera del radio de influencia racional del trabajo.

Se presumirá, dice el artículo 115.3 de la LGSS (RCL 1994, 1825) , salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

LGSS incluye dentro del concepto de accidente de trabajo al un listado de enfermedades:

Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente (enfermedad profesional) que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

El que los daños psíquicos no aparezcan contemplados en el listado de enfermedades profesionales hace que la jurisprudencia los trate como accidentes de trabajo cuando dan lugar a una situación de incapacidad o invalidez. De ahí que el síndrome de desgaste personal, estar quemado (caracterizado por que el trabajo se realiza en contacto con otras personas, profesores, sanitarios viendo el trabajador defraudadas las expectativas que tenía depositadas en su trabajo, por falta o insuficiencia en la definición de tareas, desproporción entre funciones -responsabilidad-retribución, careciendo de margen de maniobra para modificar su situación personal, poniendo en práctica sus ideas con respecto a cómo ha de ser realizado su trabajo, cuyas manifestaciones se producen de forma larvada produciendo cansancio, sentimiento de ineficacia, incompetencia), el acoso moral en el trabajo o mobbing (caracterizado por la concurrencia de un elemento intencional de lesivo por conductas hostigadoras sistemáticas malintencionadas y perversas ejercidas sobre el trabajador bien por parte del empleador o superiores jerárquicos o por compañeros de igual nivel, con el propósito de socavar su voluntad y forzar su salida de la organización) se hayan demostrado como figuras causantes de graves problemas de salud laboral en los países de la Unión Europea, carentes de regulación jurídica, encajándolos los tribunales como supuestos de accidentes de trabajo.

Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Se trata pues de

---

En los supuestos de aparición súbita de la dolencia en el tiempo y lugar de trabajo, el lesionado o sus causahabientes únicamente han de justificar esa ubicación en el tiempo y en el espacio laboral, recayendo sobre el patrono o las correspondientes entidades subrogadas la carga de justificar que la lesión, trauma o defecto no se produjo a consecuencia de la realización de la tarea. O lo es mismo, y como dice la STJ de Madrid, Sección 3ª, de 7-11-2002 (AS 2003, 1809) , requiere por parte de los presuntos responsables la prueba en contrario que acredite de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión, y es evidente, como ha señalado la doctrina unificadora del TS en sentencia de 15 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1022) , de acuerdo con esa presunción del precepto, que en principio no se puede descartar la influencia de los factores laborales en la formación y desencadenamiento de una crisis cardiaca o cardiovascular, pudiendo incardinarse igualmente el que se produce en el cerebro. Cualquier lesión como las indicadas aunque tenga una etiología común, pueden estar en su desencadenamiento relacionadas casualmente con el trabajo, y el hecho de que exista con anterioridad la dolencia no excluye la actuación del trabajo como factor desencadenante. Debiéndose recordar que, conforme al artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , las presunciones que la Ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

enfermedades o defectos fisiológicos preexistentes, que el accidente agrava, agudiza, desencadena o saca de su estado oculto o latente (Por ejemplo, un esfuerzo, violento, un esfuerzo físico o emocional).

f. EL INSHT[10] Y LAS NOTAS TÉCNICAS DE PREVENCIÓN.

[10] Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales. Art. 8 1. El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo es el órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado que tiene como misión el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción y apoyo a la mejora de las mismas. Para ello establecerá la cooperación necesaria con los órganos de las Comunidades Autónomas con competencias en esta materia. El Instituto, en cumplimiento de esta misión, tendrá las siguientes funciones: a) Asesoramiento técnico en la elaboración de la normativa legal y en el desarrollo de la normalización, tanto a nivel nacional como internacional. b) Promoción y, en su caso, realización de actividades de formación, información, investigación, estudio y divulgación en materia de prevención de riesgos laborales, con la adecuada coordinación y colaboración, en su caso, con los órganos técnicos en materia

Según Jesús Pérez Bilbao, del Centro Nacional de Verificación de Maquinaria - INSHT, en su artículo, Lan Osasuna, nº 2. Diciembre 2001, el término mobbing es el empleado para identificar un estresor social muy potente; situaciones en las que una persona o grupo de personas ejercen un conjunto de comportamientos caracterizados por una violencia psicológica, de forma sistemática, durante un tiempo prolongado, sobre otra persona en el lugar de trabajo.

Según este autor, todos los términos hacen referencia básicamente a los siguientes aspectos:

- a la utilización de la forma de violencia más refinada de que es capaz el ser humano; aquella que excluye la violencia física y recurre a la manipulación psicológica y
- al encadenamiento a lo largo del tiempo de las acciones hostiles.

Así, podríamos señalar los siguientes elementos como aquellos que identifican al fenómeno que describimos:

- la continuidad; la exposición a las conductas de acoso no es algo temporalmente puntual, sino prolongado en el tiempo (se suele hablar de mobbing a partir de una duración de seis meses).
- el sujeto paciente; normalmente suele ser una persona concreta, es decir, una única persona, y muy raramente, varias personas o un grupo de ellas.

---

preventiva de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus funciones en esta materia. c) Apoyo técnico y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el cumplimiento de su función de vigilancia y control, prevista en el artículo 9 de la presente Ley, en el ámbito de las Administraciones públicas. d) Colaboración con organismos internacionales y desarrollo de programas de cooperación internacional en este ámbito, facilitando la participación de las Comunidades Autónomas. e) Cualesquiera otras que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines y le sean encomendadas en el ámbito de sus competencias, de acuerdo con la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo regulada en el artículo 13 de esta Ley, con la colaboración, en su caso, de los órganos técnicos de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. 2. El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en el marco de sus funciones, velará por la coordinación, apoyará el intercambio de información y las experiencias entre las distintas Administraciones públicas y especialmente fomentará y prestará apoyo a la realización de actividades de promoción de la seguridad y de la salud por las Comunidades Autónomas. Asimismo, prestará, de acuerdo con las Administraciones competentes, apoyo técnico especializado en materia de certificación, ensayo y acreditación. 3. En relación con las Instituciones de la Unión Europea, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo actuará como centro de referencia nacional, garantizando la coordinación y transmisión de la información que deberá facilitar a escala nacional, en particular respecto a la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo y su Red. 4. El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo ejercerá la Secretaría General de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, prestándole la asistencia técnica y científica necesaria para el desarrollo de sus competencias.

- la finalidad: normalmente es la destrucción, el aislamiento de la víctima, su marginación y exclusión de la organización.
- las conductas: éstas suelen ir dirigidas a atacar distintos aspectos de la persona; su dignidad, su capacidad profesional, su vida privada e incluso sus cualidades físicas y morales.
- la manifiesta injusticia de la situación y de las conductas.

Las Notas Técnicas de Prevención (NTP) elaboradas por el INSHT (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo) establecen una serie de criterios preventivos básicos que facilitan a empresarios, técnicos en prevención, trabajadores y Delegados de Prevención, soluciones para la adecuada y correcta gestión de los riesgos laborales.

INSHT "La colección de Notas Técnicas de Prevención (NTP) se inició en 1982 con la vocación de convertirse en un manual de consulta indispensable para todo prevencionista y obedece al propósito de INSHT de facilitar a los agentes sociales y a los profesionales de la PRL herramientas técnicas de consulta. Éstas no son *nunca vinculantes, ni de obligado cumplimiento*. La empresa está obligada a cumplir con las disposiciones normativas que le sean aplicables en cada momento, sean estatales, autonómicas o provenientes de la administración local. La colección de NTP pretende ayudar al cumplimiento de tales obligaciones, facilitando la aplicación técnica de las exigencias legales.

El contenido de la colección es pluridisciplinar. En sus documentos se desarrollan aspectos temáticos de las cuatro disciplinas preventivas y, complementariamente, otros asuntos imprescindibles par aun correcto cumplimiento con criterio técnico del marco normativo, como son los aspectos de gestión de la PRL, la formación e información, las técnicas y métodos específicos de análisis y evaluación, etc."

g. NTP 421/1996. "TEST DE SALUD TOTAL" DE LANGNER-AMIEL: SU APLICACIÓN EN EL CONTEXTO LABORAL.

El Test de Salud Total tiene por objeto detectar la falta de salud del trabajador, se trata de un cuestionario específico para evaluar la posible sintomatología psicosomática que tiene su origen en procesos estresantes que afectan al trabajador.

El TST, es un indicador de salud mental, pero no es un test que evalúa la salud mental de un sujeto, es un medidor que sirve para detectar la existencia, probable pero no cierta, de desordenes psíquicos no directamente revelados por el trabajador.

Se compone de 22 items, voluntariamente anodinos e imprecisos. Son ítems sintomáticos, entre las opciones de respuesta se considera una de ellas como indicadora de posible alteración psicológica. Si la respuesta es positiva a 4 o menos preguntas, no debe llamar la atención, si las respuesta positivas están entre 5 y 7 puede ser señal de aviso, y si son positivas 8 o más, tiene posibilidades de indicar riesgo de disfunción.

En la NTP 421, se establecen las condiciones de aplicación. Se trata de un instrumento que proporciona resultados fiables cuando se aplica bajo unas condiciones determinadas relativas al medio ambiente, al aplicador y a los sujetos.

Condiciones externas:

- Local:
  - Amplio, que permita separación entre las mesas.
  - Buenas condiciones acústicas, de iluminación y ventilación-calefacción.
  - Lugar tranquilo, limpio, alejado de lugares que distraigan al sujeto.
- Horario: Cualquier hora del día.
- Número de sujetos: Orientativamente, no exceda de cuarenta personas.
- Material: Los necesarios para escribir.

Condiciones del sujeto

- Se ha de buscar la colaboración e interés del sujeto, y que lo realice con tranquilidad.

Condiciones del aplicador

- Deberá estar familiarizado con el test, evitando que su personalidad influya en los sujetos, explicándoles en que consiste el test, evitando términos como “examen”, “prueba”, o “enfermedad”, así como cualquier otra que conlleve carga emocional.

Es de aplicación sencilla y rápida. A cada ítem se presentan unas opciones de respuesta: si o no, y en otros casos se pide el grado de frecuencia en que ocurre el síntoma.

Una puntuación elevada no indica necesariamente la existencia de alteraciones, sólo establece que son probables, sin indicar la causa. El TST no es un test de diagnóstico ni un test de pronóstico, es un test de detección o screening.

La NTP 421 establece como Criterios prácticos de interpretación:

"No se puede utilizar este cuestionario para inferir o determinar la estructura de personalidad. El TST indica sintomatología psicosomática, fundamentalmente relacionada con el estrés. Habla de cómo, en un momento determinado, la relación con el contexto donde se encuentra puede ser motivo de disfunción para la persona. Aquí es donde, mediante otras herramientas de evaluación, es posible detectar cómo y dónde se producen esas tensiones para el individuo. Fundamentalmente en el trabajo se referirán a aspectos organizativos y en consecuencia, de relación con el entorno físico y humano de la organización.

Los resultados de este test no indican enfermedad o patología. Si dicho resultado (T mayor o igual a 8) está relacionado con el entorno de trabajo (condiciones psicosociales) y no se toman medidas, se resentirá el individuo y la organización.

No se debe utilizar como herramienta de selección, pues no estudia la personalidad ni ofrece datos de potenciales o rendimientos.

Lo que sí es posible es establecer hipótesis, para un estudio más profundo, relacionando una determinada condición psicosocial de trabajo a la sintomatología presentada.

Concluir que las personas que dan puntuaciones bajas tienen menor probabilidad de estar enfermas sería un error de interpretación, puesto que el test define una sintomatología que podemos asociar a falta de salud en un contexto y en: un momento dado. No evalúa el grado de vulnerabilidad de los individuos.

Se podrá usar como semáforo, donde la luz roja (GE, puntuación sintomática T mayor o igual a 8) nos indicaría la alerta. Así, si se tienen puntuaciones altas, indicativas de menor salud en los trabajadores, existen grandes probabilidades de disfunción en la organización a todos los niveles. Se podrían traducir en tensiones interpersonales, absentismo, falta de rendimiento... que redundarán en una menor eficacia de la organización. Igualmente, "semáforo en ámbar", se debería prestar atención a puntuaciones sintomáticas intermedias, que podrían reclamar cierta atención.
Evidentemente, el cuestionario no delimita el ámbito laboral del extralaboral, puesto que lo que persigue es evaluar la no salud, y no son separables a este nivel dichos campos, puesto que la salud es un continuo. No obstante, la posibilidad de que unos resultados altos puedan relacionarse con el contexto laboral es lo que debe importar. Y este hecho ya está demostrado en diversos estudios.

Como análisis individual no sería tan aconsejable utilizarlo, si no es con fines de relacionarlo, mediante autoaplicación, con el medio laboral. Así, nos llevaría, en su caso, a tomar medidas sobre la organización del trabajo o sobre variables psicosociales.

El TST, desde la exploración sintomática, está relacionado con el momento de su utilización y refleja posible sintomatología depresivo-neurótica. No así psicótica, por ejemplo. No es un test que valora la salud mental de la persona, pero sí nos habla de ella en cuanto valora, a través de la sintomatología descrita, situaciones de sufrimiento por encima de lo que es normal o deseable.

Su aplicación puede resultar eficaz, pues es un buen indicador de una situación inespecífica (estrés), base de disfunciones más complejas de orden interactivo.

Así, podemos concluir que: es por lo anteriormente expuesto por lo que se utiliza este test para evaluar los aspectos ya descritos. Esencialmente se consigue fotografiar una situación. Se aconseja acompañarlo de evaluaciones complementarias de condiciones psicosociales específicas, según los resultados, su análisis y el posterior planteamiento de hipótesis.

Estas hipótesis se relacionarán, por ejemplo, con las exigencias del trabajo, el control del mismo, el apoyo social, la capacidad de decisión, etc. La intervención sobre la disfunción detectada ha de dar una "fotografía de salud", si utilizamos este test, que represente un "semáforo en verde" (T mayor o igual a 4).”

Cuestionario del Test de Salud Total de Langner-Amiel

h. NTP 476/1998: EL HOSTIGAMIENTO PSICOLÓGICO EN EL TRABAJO: MOBBING.

Esta nota define el mobbing como “una situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema (en una o más de las 45 formas o comportamientos descritos por el Leyman Inventory of Psychological Terrorization, LIPT), de forma sistemática (al menos, una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de 6 meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo, según definición de H. Leyman.

La NTP siguiendo a Leyman distingue 45 comportamientos hostiles de distinta naturaleza:

- Acciones contra la reputación o la dignidad de la víctima.
- Acciones contra el ejercicio del trabajo de la víctima.
- Acciones de manipulación de la comunicación o de la información de la víctima.
- Acciones que dan lugar a situaciones de inequidad.

NTP 476. Algunas conductas concretas de mobbing clasificadas por factores (Zapf, Knorz y Kulla, 1996)

Ataques a la víctima con medidas organizacionales

- El superior restringe a la persona las posibilidades de hablar
- Cambiar la ubicación de una persona separándole de sus compañeros
- Prohibir a los compañeros que hablen a una persona determinada
- Obligar a alguien a ejecutar tareas en contra de su conciencia
- Juzgar el desempeño de una persona de manera ofensiva
- Cuestionar las decisiones de una persona
- No asignar tareas a una persona
- Asignar tareas sin sentido
- Asignar a una persona tareas muy por debajo de sus capacidades
- Asignar tareas degradantes

Ataques a las relaciones sociales de la víctima con aislamiento social

- Restringir a los compañeros la posibilidad de hablar con una persona
- Rehusar la comunicación con una persona a través de miradas y gestos
- Rehusar la comunicación con una persona a través de no comunicarse directamente con ella
- No dirigir la palabra a una persona
- Tratar a una persona como si no existiera

Ataques a la vida privada de la víctima

- Críticas permanentes a la vida privada de una persona
- Terror telefónico
- Hacer parecer estúpida a una persona
- Dar a entender que una persona tiene problemas psicológicos

- Mofarse de las discapacidades de una persona
- Imitar los gestos, voces... de una persona
- Mofarse de la vida privada de una persona

Violencia física

- Ofertas sexuales, violencia sexual
- Amenazas de violencia física
- Uso de violencia menor
- Maltrato físico

Ataques a las actitudes de la víctima

- Ataques a las actitudes y creencias políticas
- Ataques a las actitudes y creencias religiosas
- Mofarse de la nacionalidad de la víctima

Agresiones verbales

- Gritar o insultar
- Críticas permanentes del trabajo de la persona
- Amenazas verbales

Rumores

- Hablar mal de la persona a su espalda
- Difusión de rumores

Considera al mobbing como una forma de estrés laboral que tiene la característica de que no ocurre exclusivamente por causas directamente relacionadas con el trabajo, sino que tiene su origen en las relaciones interpersonales que se establecen entre individuos. Y además, se da una situación conflictiva asimétrica entre las partes, donde el acosador tiene una posición superior a la de la víctima.

El origen del mobbing, recoge que es muy variado, pero existe una relación directa entre una organización pobre del trabajo y la aparición del mobbing, con deficiencias en la organización del mismo, con conflictos de rol, estilos de dirección autoritarios, etc.

Fases del fenómeno del mobbing.

-1ª Fase, fase de conflicto.

En toda organización laboral hay conflictos, por motivos de distribución del trabajo, o bien por razones personales, Los mismos pueden resolverse o cronificarse, dando lugar en este último supuesto a la siguiente fase.

-2ª Fase, fase de mobbing o de estigmatización.

Uno de los sujetos del conflicto comienza a realizar los comportamientos de hostigamiento descritos anteriormente. Pudiendo implicarse múltiples personas desde el lado del hostigador, bien también con un comportamiento activo de acoso, bien como "testigos mudos", que no quieren intervenir en ningún sentido.

-3ª Fase, fase de intervención de la empresa.

Cuando la empresa se da cuenta o más bien, quiere darse cuenta que hay un problema, intenta atajarlo, más que solucionarlo. Y paradójicamente, la solución suele ser desembarazarse de la víctima, bien con bajas médicas temporales, baja por invalidez permanente o despido. La víctima acaba culpabilizándose.

-4ª Fase, fase de marginación o exclusión de la vida laboral.

El trabajador víctima, sufre largas temporadas de baja, alternándolas con reincorporaciones al trabajo, donde vuelve a ser acosado, o bien se encuentra en una situación de baja definitiva. Padeciendo, por regla general secuelas, psicosomáticas, del acoso laboral.

Llegados a esta fase, el trabajador víctima del acoso, debido a los padecimientos que sufre, suele ser irrecuperable para el mundo laboral.

Consecuencias del mobbing

Para el trabajador víctima.

A nivel psíquico: Cuadro de ansiedad, que puede ir acompañado de depresión, y trastornos paranoides. Consumo de sustancias drogodependientes de todo tipo, desde el alcohol, medicamentos, estupefacientes, etc. En caso de patologías o adicciones previas, estas también se verían muy agravadas.

A nivel físico: Múltiples patologías psicosomáticas.

A nivel social: Conductas de aislamiento, evitación y retraimiento. Por simple instinto de supervivencia, a veces agresividad, y deseos de venganza.

Por regla general, quedan fuera del mercado laboral, difícilmente van a sentirse nuevamente motivados en un trabajo.

Para la organización del trabajo.

Sobre el rendimiento: Disminución de la cantidad y calidad del trabajo, no sólo para el trabajador/s afectado/s, tanto víctima como acosador, sino sobre el resto de los trabajadores que son testigos de lo que ocurre, ya que de una manera o de otra, les acaba afectando.

Sobre el clima social: Estas situaciones afectan a las relaciones humanas que son la base de toda organización laboral.

Sobre la accidentalidad: Incremento de los accidentes laborales, por negligencias, descuidos o voluntarios.

Para el núcleo familiar y social.

El trabajador víctima ya padece diversas patologías, pero su familia cercana y entorno, también, se trata de un problema que acaba afectando a múltiples personas.

Para la comunidad.

Se pierde fuerza productiva, y además hay que tener en cuenta los costes económicos que suponen el tratamiento, de las patologías del trabajador. Y finalmente, en caso de baja laboral definitiva, la pensión que se le ha de abonar.

Intervención

Hay que partir de la consideración del conflicto como una circunstancia normal y no excepcional de una organización humana. En toda empresa, es necesario planificar y diseñar un sistema de solución de conflictos, evitando que vayan a más y lleguen a cronificarse. Y la solución no es despedir a la víctima, todo lo contrario, debe sentirse en primer lugar comprendida y luego apoyada.

La actuación preventiva es fundamental, si se da lugar a que se produzca la situación de conflicto sin resolverse, se va produciendo una escalada en el hostigamiento, que va a tener difícil solución, ya que acaba afectando a toda la

organización. La primera condición de la prevención, es conocer los síntomas del mobbing para su reconocimiento, y la protección de la víctima. Estableciendo sistemas de resolución de conflictos que garanticen la queja y el anonimato, y prevea mecanismos de mediación y/o arbitraje.

i. NTP 489: VIOLENCIA EN EL LUGAR DE TRABAJO.

La violencia en el lugar de trabajo, es una situación distinta al mobbing. De conformidad con esta NTP es necesario que este fenómeno se produzca en el curso de una actividad laboral dependiente del empresario, o en otros lugares donde los trabajadores desempeñen su trabajo, o bien se les requiera que estén presentes como condición del desempeño de su trabajo, incluso cabe la posibilidad que ocurra fuera del lugar de trabajo, y en horario no laboral, pero sea consecuencia del trabajo.

Clasificación de los tipos de violencia.

Siguiendo la clasificación elaborada por la California Division of Occupational Health and Safety, distingue los episodios de violencia en tres grupos en función de quienes sean las personas implicadas y el tipo de relación existente entre ellas.

Violencia tipo I.

Quienes llevan a cabo las acciones violentas no tienen ninguna relación legítima de trato con la víctima. Ejemplo habitual es el robo.

Violencia tipo II.

Existe alguna relación profesional entre el causante del acto violento y la víctima. Se daría normalmente en los trabajos consistentes en prestación de servicios, un paciente que agrede al médico, el alumno al profesor, el administrado al funcionario, etc.

Violencia tipo III.

El autor de la misma tiene algún tipo de implicación laboral con el lugar en que ocurre o con el trabajador contra el que la lleva a cabo.

Las situaciones de mayor violencia y más peligrosa para la víctima son las del tipo I, las del tipo II y III, suelen ser agresiones físicas leves, agresiones verbales y amenazas. Las del tipo I, en cuanto a ocurrencia y periodicidad, suelen ser irregulares, las del tipo II suelen ser más frecuentes, y a veces suponen un riesgo constante.

En cuanto al análisis del problema de la violencia y su sistema de clasificación, recoge la matriz Haddon, que se inserta a continuación.

La matriz Haddon tiene como objetivo recoger los hechos de violencia que ocurren con el objeto de ser investigados, su característica fundamental es que combina los factores epidemiológicos con la secuencia temporal del episodio de violencia en tres fases: preevento, evento violento y post-evento, de esta forma se identifican las interacciones de riesgo de cada fase, pudiéndose adoptar medidas para evitar nuevos episodios de violencia.

Matriz Haddon

FASES	FACTOR HUMANO	FACTOR VEHÍCULO/ AGENTE	FACTOR ERGONÓMICO	FACTOR ENTORNO SOCIOCULTURAL
Preincidente	Ausencia de formación en manejo de conflictos. Persona confiada	Cliente que llevaba 2 horas esperando a presentar una reclamación	Ausencia de sala de espera confortable	Extrarradio urbano
Incidente	Resistencia de la víctima a las demandas	Brazos y piernas del agresor. Uso de un cenicero para uso del público.	Mostrador de muy baja altura. Mobiliario de oficina obstaculizando la huida de la víctima	Lenguaje como barrera entre víctima y agresor
Post-incidente	Múltiples contusiones. Pérdida de conocimiento	Agresor identificado	Huida rápida. Ausencia de vigilancia de seguridad.	Retraso asistencia sanitaria por lejanía del centro asistencial.

La Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo[11], establece que el concepto de violencia "exterior" en el trabajo comprende por lo general los insultos,

[11] Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo. http://agency.osha.eu.int. FACTS 24. Mayo de 2013. Los actos concretos de violencia pueden ser impredecibles, sin embargo, las situaciones en las que so probables las conductas violentas no lo son. Es posible señalar los factores de riesgo más frecuentes para los trabajadores: 1-Manipulación de mercancías, dinero en efectivo y objetos de valor. 2-Trabajo en solitario. 3-Funciones de inspección, de control y de "autoridad" en general. 4-Contacto con algunos clientes, desde personas que piden créditos, hasta pacientes con un historial de violencia, pasando por los que se encuentran bajo la influencia del alcohol o las drogas. 5-Organizaciones con mala gestión, pues esto puede acrecentar la agresividad en los usuarios, tales como errores de facturación, cuando los productos no se corresponden con lo anunciado, o la falta de existencias o de personal. La prevención del daño tiene lugar a dos niveles. En el primer nivel, el objetivo consiste básicamente en evitar que se produzcan actos de violencia, o al menos reducirlos. En el segundo nivel, si ya se ha producido un acto de violencia, hay que prestar apoyo a la persona que lo ha sufrido. Con este apoyo se intentará reducir al máximo los efectos perjudiciales del incidente y prevenir los sentimientos de

las amenazas o la agresión física o psicológica, ejercidos contra un trabajador por personas ajenas a la organización en la que trabaja, incluidos los usuarios y clientes, y que ponen en peligro la salud, la seguridad o el bienestar del trabajador, pudiendo haber en esa violencia un componente racial o sexual. Los actos agresivos o violentos adoptan la forma de:

0 - comportamiento incívico, falta de respeto por los demás.
1 - agresión física o verbal, intención de herir.
2 - ataques, intención de hacer daño a la otra persona.

j. NTP 823: SISTEMA DE ANÁLISIS TRIANGULAR DEL ACOSO (SATA): UN MÉTODO DE ANÁLISIS DEL ACOSO PSICOLÓGICO EN EL TRABAJO.

Parte de la base empírica, el acoso es un fenómeno social, y además de gran relevancia social, precisamente por eso, existen múltiples conceptualizaciones del acoso, cada una lo contempla desde un punto de vista distinto. Es necesario un instrumento que permita identificar los supuestos de acoso, y por supuesto, su prevención.

Establece que el acoso no puede explicarse sólo por la víctima, o sólo por el acosador, o solo por las condiciones laborales. Es SATA establece un concepto del acoso como riesgo laboral psicosocial derivado de un fenómeno social relacional que se establece en un contexto organizacional. Así, considera al acoso como un proceso de conflicto escalado y como un estresor mantenido en el tiempo, se dan procesos de acoso, más que situaciones de acoso.

El SATA es una herramienta preventiva para la evaluación del acoso laboral, consiste en varios criterios de evaluación agrupados en función de la relación que tienen entre si los tres elementos del sistema: Organización, Afectado y Acosador, formando

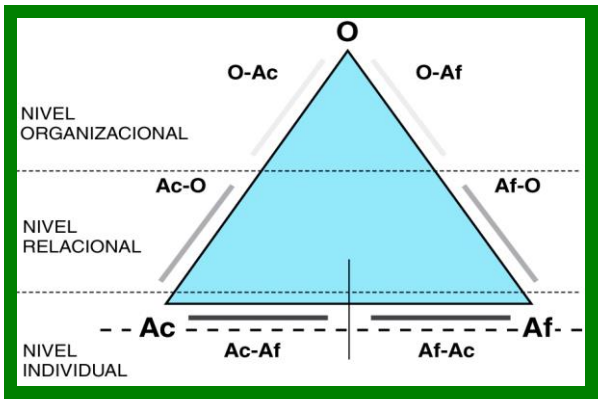
---

culpa que pueden aparecer en la víctima después de un acto de agresión, los cuales puede impedir que denuncie. Antes del acto violento, el objetivo es prevenir la violencia detectando los peligros, evaluando los riesgos y adoptando medidas preventivas cuando sea necesario. Habrá que tener en cuenta como está organizado el trabajo y el entorno en el que se desarrolla. Una vez que se ha producido el acto violento es necesario minimizar el daño. Hay que contar con procedimientos bien conocidos que se puedan seguir en caso de que se produzca algún incidente violento. El objetivo básico es evitar nuevos daños y limitar los perjuicios sufridos. El incidente se deberá investigar a fondo, dentro de un ambiente de "no culpabilización" para la víctima. Se deberán registrar los hechos, incluidos los incidentes de orden psicológico, y hacer una evaluación de cómo sucedieron a fin de poder mejorar medidas de prevención.

una triángulo. Cada ángulo lo forman uno de los elementos anteriores, y entre estos hay relaciones dinámicas, dándose las siguientes:

- Relaciones entre la organización y los potenciales afectados.
- Relaciones entre la organización y los potenciales acosadores.
- Relaciones entre los potenciales acosadores y los potenciales afectados.

Estas agrupaciones se dividen, obteniendo seis segmentos, que constituirán las agrupaciones de criterios de análisis



Siguiendo a esta NTP 823:

a- Los criterios a evaluar en la línea que representa la relación entre la organización y los potenciales acosadores se dividen en dos: los primeros responden a la cuestión de hasta que punto la organización es un elemento facilitador-limitador de la existencia de los acosadores, y los segundos responden a la pregunta de hasta que punto un potencial acosador interacciona con la organización de una forma que determine su papel.
b- Los criterios a evaluar en la línea que representa la relación entre la organización y los potenciales afectados se divide en dos: los primeros responden a la cuestión de hasta que punto la organización evita-facilita la existencia de afectados por el acoso, y los segundos responden a la cuestión de hasta que punto las personas potencialmente afectadas por el acoso se relacionan con la organización y esta relación es determinante de su papel.
c- Los criterios a evaluar en la línea que representa la relación entre los potenciales acosadores y los potenciales afectados se divide en dos: los primeros responden a la cuestión de cuáles son los modos de interacción que establecen los acosadores con los afectados y la trazabilidad de dichos modos de interacción, los segundos responden a la cuestión de cuáles son los modos de interacción que establecen los afectados con los acosadores y si estos son detectables y modificables.

Es necesario el análisis global, ya que la concurrencia de uno o varios de estos criterios, por si solos, no constituyen una situación de acoso psicológico.

Cada ítem contestado es un indicio sobre la posibilidad de acoso, a mayor número de ítems, mayor posibilidad de acoso. Hay que distinguir entre información primaria y secundaria, en función de un criterio de preexistencia de la información: si la información se consigue expresamente para el análisis, sería primaria, y secundaria si ya existía cuando el proyecto se inicio. También se distingue entre información interna y externa, en función de la fuente de procedencia, la propia organización o fuera de la misma. Siendo necesaria la integración en el diagnóstico general mediante el sistema de Triangulación Metodológica:

a- Triangulación entre métodos: combinación de dos o más estrategias de investigación diferentes en el estudio de una unidad empírica o varias.
b- Triangulación dentro de métodos: combinación de dos o más recopilaciones de datos, para medir una misma variable.

La lista de comprobaciones SATA establece una sistemática de recogida de indicios en base a una lista de criterios, a su vez, cada criterio tiene por objeto valorar parte de un segmento de análisis concreto, que puede ser agrupado en áreas temáticas. Lo importante para determinar la existencia de situaciones de acoso es la valoración global de la situación en términos del triángulo y de los segmentos del acoso.

El objetivo de la lista de comprobaciones del SATA, es determinar la existencia de procesos de acoso, conflictos, percepción subjetiva de acoso, e identificación de vulnerabilidades de la organización. Con los datos se realiza un análisis global de los puestos de trabajo. Esto se realiza mostrando el total por segmento mediante gráficos y con índices:

- Resultados por segmento: cada segmento se evalúa en función de los datos relativos a la existencia o no de prueba de problemas actuales o vulnerabilidades de conformidad con los criterios de evaluación. Cada segmento tiene una puntuación entre 0 y 15, derivada del total de no conformidades que tenga.

- Resultado global o "SATA index": índice compuesto por la suma de las puntuaciones de cada segmento (comprendido entre 0 y 90 puntos). Indica una aproximación a la situación global de la organización en relación al acoso laboral.

- Perfil gráfico: representación del triángulo con sus segmentos.

- Tipificación temporal: existencia de acciones de agresión como mínimo una vez a la semana y durante al menos seis meses.
- Indicador compuesto de agresiones (marcadores de agresión): un acercamiento valorativo de una situación de acoso desde el análisis de las agresiones, el tiempo, la intensidad y la frecuencia.

La NTP, establece las siguientes Fases de Análisis:

- Análisis de la demanda: hay que establecer el objetivo y alcance del estudio, y los recursos de que se dispone.
- Indicadores: es necesario comprobar la presencia de indicadores psicosociales como, índice de absentismo, conflictividad, episodios de violencia, denuncias, etc.
- Valoración: es necesario obtener información de todas las forma posibles, como entrevistas, observación, estudio documental, etc.
- Evaluación: si se obtuviesen indicios de una organización vulnerable o situaciones de acoso, es necesario utilizar una herramienta informatizada para establecer el alcance de la situación y los niveles de riesgo.

k. NTP 854: ACOSO PSICOLÓGICO EN EL TRABAJO: DEFINICIÓN. (ACTUALIZA LA NTP 476).

Se diferencia, en primer lugar, de la NTP 476, que tenía por título "El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing". Como novedad, presenta una definición del acoso psicológico en el trabajo, desde la prevención de riesgos laborales, de tal modo que permita al especialista identificar y discriminar este fenómeno de otros tipos de situaciones de violencia. Se trataría de dar un enfoque preventivo primario, que cumpliera las siguientes condiciones:

- Debe partir y tener en cuenta la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y la normativa que se deriva de la misma, teniendo en cuenta el concepto de riesgo, como daño potencial a la salud, y al ámbito laboral de aplicación.

- Se ajustase a la descripción de lo que es un peligro para la salud del trabajador, sin elementos interpretativos, y sin necesidad de exposición a conductas de riesgo que ya conlleven daños asociados.

- Descripción precisa de los elementos del acoso psicológico en el trabajo.

Establece que con independencia del nombre que le dé al acoso, que hay muchos, las definiciones del mismo, hacen referencia a un proceso que no todos los autores describen de igual modo, todas las descripciones tienen distintos matices.

Sigue partiendo de la definición de Leymann, el mobbing es una forma de violencia psicológica extrema que se puede producir en el ámbito de una organización en una o más de las cuarenta y cinco formas o comportamientos que describe, que se ejercen de forma sistemática, al menos una vez por semana y durante un tiempo prolongado, más de seis meses, sobre otra persona en el lugar del trabajo.

Después recoge la definición de Hirigoyen, acoso moral en el trabajo, es cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo. Sin criterio temporal de exposición o duración del proceso.

Finalmente, la definición que adopta de acoso psicológico en el trabajo como riesgo laboral es: "Exposición a conductas de violencia psicológica dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacía una o más personas por parte de otra/s que actúan frente a aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud".

Recoge una tabla donde describe los elementos que describen el acoso psicológico en el trabajo.

1. ¿QUÉ?	➔	EXPOSICIÓN A "TIPOS DE CONDUCTAS"
2. ¿QUIÉN?	➔	IDENTIFICACIÓN DE "LAS PARTES IMPLICADAS"
3. ¿CUÁNDO?	➔	EXISTENCIA DE "FRECUENCIA Y/O DURACIÓN "
4. ¿CÓMO?	➔	TIPO DE RELACIÓN "ASIMETRÍA DE PODER"
5. ¿DÓNDE?	➔	EN EL MARCO DE LA "RELACIÓN LABORAL"
6. ¿POR QUÉ?	➔	ES UN "RIESGO PARA LA SALUD"

Tipos de conductas

Se recoge un sistema abierto, en el sentido de que cabe cualquier conducta aunque no se encuentre tipificada un inventario. Las conductas de violencia psicológica que pueden afectar a la salud del trabajador pueden ser:

- ataques a la víctima con medidas organizativas.
- ataques a las relaciones sociales de la víctima.
- ataques a la vida privada de la víctima.
- ataques a las actitudes de la víctima.
- agresiones verbales.
- rumores.

Partes implicadas

Hay dos partes, parte acosadora y parte acosada, a su vez cada una de estas partes puede estar compuesta por una o varias personas. No es necesaria relación jerárquica entre las partes, y puede darse en sentido descendente, pero también ascendente, y horizontal.

Pudiendo concurrir otros terceros como testigos, neutros en el sentido de indiferencia, o apoyando a cualquiera de las partes.

Frecuencia y duración de la exposición

Las conductas de acoso deben producirse de forma reiterada, sin tener en cuenta hechos aislados, que aun cuando supusiesen un riesgo psicosocial, no constituirían una situación de acoso.

Además las situaciones de acoso, deben prolongarse en el tiempo, aunque hay que tener en cuenta, que de terminadas acciones, aun no siendo repetitivas, tienen cuna continuidad que se prolonga en el tiempo.

Tipo de relación

Entre las partes acosadora y acosada, debe existir una asimetría de poder, formal o informal

Marco donde se produce

La situación de acoso deberá darse dentro de una relación laboral, en sentido amplio, comprensiva tanto de trabajo por cuenta ajena como de una relación estatutaria. Lo determinante es que se produzca bajo la dirección del trabajador.

Quedan excluidas los conflictos que se dan en la vida privada de los trabajadores, pero si tuviesen relación directa con el trabajo, sería necesario adoptar las medidas de prevención, evaluación e intervención, para evitar que se produzcan en el trabajo.

Si se incluirían aquellas situaciones que se producen en horario laboral, aunque el origen o causa de las mismas fuese extralaboral, ya que es responsabilidad del empresario garantizar la salud de todos los trabajadores durante la jornada de trabajo.

Riesgo para la salud

Las situaciones de acoso tienen potencial para causar daños en un doble sentido, sobre la salud del trabajador y sobre el ambiente de trabajo, la estructura organizacional. A veces, debido a las particulares condiciones individuales del trabajador afectado, puede que no se produzcan daños en su salud, ni tampoco para la organización, pero esto no quiere decir que no se dé una situación de acoso psicológico en el trabajo, de conformidad con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Otros elementos que pueden estar presentes en una situación de acoso psicológico en el trabajo

Condiciones de trabajo

Por si solas, no son determinantes, pero a veces, pueden favorecer la aparición del acoso. Si habría que tener en cuenta las condiciones de trabajo, en cuanto indicadores, de una mayor probabilidad de que se produzcan situaciones de acoso.

Intención o finalidad

Normalmente, por la parte acosadora que realiza estas conductas, existe una intencionalidad o finalidad. Sin embargo, a efectos de la existencia del acoso, desde un punto de vista objetivo, esta intencionalidad, esta finalidad de dañar, es intrascedente. Si se produce el acoso, no tiene importancia los motivos por los que actúa la parte acosadora. Pudiera ser un elemento a tener en cuenta desde un punto de vista jurídico, pero no para la existencia del mismo.

Percepción de la situación

Es la otra cara de la moneda del elemento anterior, la situación de acoso es objetiva, con independencia de la percepción que de la misma tenga la víctima. Debe considerarse el acoso desde el punto de vista del potencial de daño sobre la salud, que puede suponer la conducta, sin tener en cuenta las características personales del afectado.

Perfil del acosador o de la víctima

Los factores o características de la personalidad del acosador y acosado, son indiferentes. Muchos de los estudios de esta materia tratan de realizar un perfil del acosador y de la víctima, sin embargo esto no tiene importancia a efectos de la existencia de una situación de acoso.

Daños a la salud

Los cuadros clínicos que la literatura científica asocia a este tipo de situaciones, suelen ser cuadros ansiosos y depresivos, a veces con un síndrome por estrés postraumático, acompañados de trastornos psicosomáticos.

Sin embargo, la inexistencia de este cuadro clínico, no determina la ausencia de acoso. Aunque los daños a la salud, en caso de exposición al acoso, son habituales, no

son una condición necesaria para determinar la presencia de una conducta de acoso, ya que las condiciones personales de resistencia de la víctima puede dar lugar a que esta sintomatología no se produzca.

Diferencias del acoso psicológico en el trabajo con otras situaciones

Situaciones que no tienen la consideración de acoso:

- Un hecho violento singular y puntual, sin prolongación en el tiempo.
- Acciones irregulares organizativas que afectan al colectivo.
- La presión legítima de exigir lo que se pacta o lo que las normas establecen.
- Un conflicto.
- Críticas constructivas, explícitas, justificadas.
- La supervisión-control, así como el ejercicio de la autoridad, siempre con el debido respeto interpersonal.
- Los comportamientos arbitrarios o excesivamente autoritarios realizados a la colectividad.

I. LOS CRITERIOS TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

A pesar de la polémica doctrinal que se ha suscitado en relación a los mismos, no es objeto de este trabajo, entrar en la misma, brevemente tan sólo destacar el carácter obligatorio de los Criterios Técnicos.

Por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, se aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo, en el apartado 1 del artículo 9 se recoge:

Artículo 9. Obligaciones.

1. Los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social servirán con objetividad los intereses generales y actuarán de acuerdo con los principios constitucionales de eficacia y jerarquía, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con sujeción a los criterios técnicos y directrices establecidos por las autoridades competentes.

El Tribunal Supremo, Sala de los Contencioso-Administrativo, mediante Sentencia de fecha 10/02/2003, se pronuncio sobre el anterior artículo, que fue, entre otras cuestiones objeto de Recurso por parte de la Unión Progresista de Inspectores de Trabajo. Estableciendo el alto Tribunal que los Criterios Técnicos son vinculantes para los Inspectores de Trabajo, tal y como establece el anterior artículo 9 del Real Decreto 138/2003, de 4 de febrero[12].

[12] Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 10/02/2003. Fundamento de Derecho Cuarto: "CUARTO.- La siguiente impugnación se dirige contra el apartado 1 del artículo 9. En particular, en cuanto somete a los miembros de la Inspección a "los criterios técnicos y directrices establecidos por las autoridades competentes. El texto del citado apartado dice así: Artículo 9. Obligaciones. 1. Los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social servirán con objetividad los intereses generales y actuarán de acuerdo con los principios constitucionales de eficacia y jerarquía, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con sujeción a los criterios técnicos y directrices establecidos por las autoridades competentes. (...) La recurrente considera que ese sometimiento impuesto reglamentariamente vulnera el artículo 6.1 de la Ley 42/1997, cuyo texto es el siguiente "Artículo 6. Unidad de función, autonomía técnica, especialización y carácter de autoridad competente de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social. 1. Los inspectores de Trabajo y Seguridad Social están facultados para desempeñar todas las competencias que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene atribuidas en el artículo 3 de esta Ley, y en su ejercicio gozarán de plena autonomía técnica y funcional y se les garantizará su independencia frente a cualquier influencia exterior indebida en los términos de los artículos 6 del Convenio número 81 y 8 del Convenio número 129 de la Organización Internacional del Trabajo." En particular, la demanda indica que el Reglamento ignora, mejor dicho, vacía de contenido la autonomía técnica y funcional que, por exigencia del artículo 6 del Convenio nº 81 y del artículo 8 del Convenio 129 de la Organización Internacional del Trabajo, ha reconocido la Ley a los funcionarios de la Inspección de Trabajo. Asimismo, entiende la actora que el precepto reglamentario también desconoce el artículo 18.3.7 de la Ley, conforme al cual:"3. La Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene las siguientes competencias:(...) 3.7. La definición de los criterios técnicos y operativos comunes para el desarrollo de la función inspectora en aplicación de los objetivos de carácter general que defina la Conferencia Sectorial". Ese desconocimiento deriva, para la actora, del hecho de que esta previsión legal ya es atendida por el artículo 24.1 y 2 del Reglamento. Aduce, igualmente, la indeterminación de la que hace gala el Reglamento al referir la habilitación para fijar los criterios técnicos y las directrices a las "autoridades competentes". En fin, cita en apoyo de sus tesis la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1990 en la que se estimó el recurso de amparo de una Inspectora de Trabajo que fue sancionada por negarse a formular una propuesta de sanción. No compartimos la interpretación que hace la recurrente. El artículo 11.1 del Reglamento no incurre en las infracciones que menciona la demanda. Someter a los funcionarios de la Inspección a los criterios técnicos y a las directrices que fijen las autoridades competentes no vacía de contenido la autonomía ni la independencia que les atribuye la Ley. Al contrario, es razonable pensar que si el legislador ha configurado la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como un sistema (artículo 1 de la Ley 42/1997), la unidad de cuya función predica sin perjuicio de la especialización necesaria (artículo 6), al tiempo que proyecta en su organización ese sentido unitario e integral (artículo 15) y, además, expresa

II. CRITERIO TÉCNICO 34/2003

Los Criterios Técnicos han sido objeto de debate doctrinal, al considerarse que en ocasiones atienden más a razones políticas que a criterios de necesidad legislativa y argumentos técnicos. Para Molina Navarrete C.[13], este CT 34/2003, es manifiestamente ilegal.

La estructura del mismo es la siguiente:

a-Concepto de mobbing.

b-Legislación a aplicar por la Inspección de Trabajo.

---

su dependencia de la autoridad central (artículo 18.2), disponiendo que funcione observando el principio de trabajo programado y en equipo (artículo 19.1) y pretende garantizar su actuación coherente (artículo 21.3) y eficaz (artículo 15.3), sean imprescindibles el establecimiento y la observancia de criterios técnicos comunes y la determinación de directrices sobre la forma de actuación. Y la propia Ley lo prevé en su artículo 18.3.7 sin que deba entenderse que solamente ofrece cobertura a las normas del artículo 24 del Reglamento, pues mientras este artículo enfoca la autonomía técnica y funcional de los Inspectores al regular el desarrollo de su actuación, el artículo 9.1 lo hace al tratar de las obligaciones de los miembros de la Inspección. Además, el artículo 18.3.12 aporta elementos adicionales en este mismo sentido cuando se refiere a la definición de los principios interpretativos y técnicos comunes a la actuación del sistema de la Inspección de Trabajo que compete hacer a la Autoridad Central. En definitiva, el conjunto de la regulación legal y la previsión expresa del artículo 18.3.7 y 12 ofrecen a la norma reglamentaria cuestionada la cobertura suficiente y, desde luego, el artículo 9.1 no incurre aquí en exceso respecto de ellos. Ni siquiera por lo que la actora considera indeterminación de la expresión "autoridades competentes", pues por ellas no puede entenderse otra cosa que las que la propia Ley 42/1997 establece en la estructura que define y desarrolla el Reglamento en preceptos que no han sido recurridos. Por último, la Sentencia del Tribunal Constitucional que se invoca no puede servir para justificar la pretensión de la actora pues, según se ha dicho, resuelve un recurso de amparo que contempla unas circunstancias muy específicas de las que no pueden deducirse la consecuencia de que no cabe sujetar la actuación inspectora a criterios técnicos determinados ni sentar directrices orientadoras de la misma. Por tanto, esta impugnación debe ser desestimada."

[13] Molina Navarrete Cristóbal, "Del silencio de las Ley a la Ley del silencio: ¿Quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el acoso Moral en las Administraciones Públicas?. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, n. 242, Mayo 2003. "…quizás no sea ocioso recordar algo tan obvio como olvidado, en muchas ocasiones por este tipo de "opiniones interpretativas" de los órganos superiores de la Administración – los criterios técnicos no son normas -. Como se sabe, y el propio precepto reglamentario recoge con precisión, muy por encima de estos criterios está otro, éste si expresivo de una regla-principio jurídico general, como es el relativo al "sometimiento pleno a la ley y al derecho", según un imperativo inexcusable no ya por designio legal sino constitucional, art. 103.3 C.E. , "a la ley y al derecho". Por eso, cuando un criterio técnico es manifiestamente ilegal – incluso inconstitucional -, como entendemos es este, o bien se entiende no vinculante, so pena de incurrir en una actuación contra legem y contra ius, o bien debe buscarse una interpretación correctora de su tenor literal, de modo que se respete el referido principio de efectividad de la norma legal y el derecho constitucional que desarrolla – el derecho a la salud y a la integridad psico-física ex art. 15C.E.-".

c-Informes de la Inspección de Trabajo.

d-Conclusiones.

Parte de la definición de Heinz Leymann, "una situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo", acciones que persiguen la autoexclusión o el abandono del puesto de trabajo por la víctima.

En el CT 34/2003, Criterio Técnico sobre "Mobbing" (Acoso Psicológico o Moral), de la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se recoge que en España, las conductas de mobbing han sido consideradas por la Inspección de Trabajo, como vulneraciones, infracciones de carácter laboral, al entender que se daba un incumplimiento del empresario a los derechos básicos de la relación laboral, incluyéndose en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, como el respeto a la intimidad del trabajador y la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a las ofensas verbales o físicas, artículo 4.2.e, el derecho a la no discriminación para el empleo, artículo 4.2.c, y el derecho a la ocupación efectiva, artículo 4.2.a.

Pero al mismo tiempo, reconoce que hay una nueva corriente que considera al mobbing como una infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, constituyendo un incumplimiento del artículo 4.7, en relación a los apartados 2º y 3º, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con los artículos 14, 15, y 16, justificándolo, al considerar que el artículo anterior, cuando define el concepto de condiciones de trabajo, que han de ser objeto de evaluación, esta incluyendo cualquier característica del mismo que pueda influir de manera significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, comprendiendo también las características concernientes a la organización y ordenación del trabajo cuando influyan en la magnitud de los riesgos a los que se encuentra expuesto el trabajador. Hay que tener en cuenta el Art. 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales[14].

[14] Artículo 9. Inspección de Trabajo y Seguridad Social**.** 1. Corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. En cumplimiento de esta misión, tendrá las siguientes funciones: a) Vigilar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, así como de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, aunque no tuvieran la calificación directa de normativa laboral, proponiendo a la autoridad laboral competente la sanción correspondiente, cuando comprobase una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo previsto en el capítulo VII de la presente Ley. b) Asesorar e informar a las empresas y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones cuya vigilancia tiene encomendada. c) Elaborar los informes solicitados por los Juzgados de lo Social en las demandas deducidas ante los mismos en los

Este CT 34/2003, sigue recogiendo la existencia de una tendencia, por parte de los Tribunales de la jurisdicción social, a considerar los casos de acoso psicológico como determinantes para la calificación de los hechos como accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, a efectos de la correspondiente prestación de la Seguridad Social.

Considera las conductas empresariales de acoso psicológico como infracciones de carácter laboral, al considerarlas contrarias a los derechos de los trabajadores establecidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, infracción tipificada como muy grave en el artículo 8.11 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, concretamente "los actos del empresario que fueren

---

procedimientos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. d) Informar a la autoridad laboral sobre los accidentes de trabajo mortales, muy graves o graves, y sobre aquellos otros en que, por sus características o por los sujetos afectados, se considere necesario dicho informe, así como sobre las enfermedades profesionales en las que concurran dichas calificaciones y, en general, en los supuestos en que aquélla lo solicite respecto del cumplimiento de la normativa legal en materia de prevención de riesgos laborales. e) Comprobar y favorecer el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los servicios de prevención establecidos en la presente Ley. f) Ordenar la paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores. 2. Las Administraciones General del Estado y de las comunidades autónomas adoptarán, en sus respectivos ámbitos de competencia, las medidas necesarias para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesarios a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que, en el ámbito de la Administración General del Estado serán prestados por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Estas Administraciones públicas elaborarán y coordinarán planes de actuación, en sus respectivos ámbitos competenciales y territoriales, para contribuir al desarrollo de las actuaciones preventivas en las empresas, especialmente las de mediano y pequeño tamaño y las de sectores de actividad con mayor nivel de riesgo o de siniestralidad, a través de acciones de asesoramiento, de información, de formación y de asistencia técnica. En el ejercicio de tales cometidos, los funcionarios públicos de las citadas Administraciones que ejerzan labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo anterior, podrán desempeñar funciones de asesoramiento, información y comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo, con el alcance señalado en el apartado 3 de este artículo y con la capacidad de requerimiento a que se refiere el artículo 43 de esta Ley, todo ello en la forma que se determine reglamentariamente. Las referidas actuaciones comprobatorias se programarán por la respectiva Comisión Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a que se refiere el artículo 17.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para su integración en el plan de acción en Seguridad y Salud Laboral de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 3. Cuando de las actuaciones de comprobación a que se refiere el apartado anterior, se deduzca la existencia de infracción, y siempre que haya mediado incumplimiento de previo requerimiento, el funcionario actuante remitirá informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que se recogerán los hechos comprobados, a efectos de que se levante la correspondiente acta de infracción, si así procediera. A estos efectos, los hechos relativos a las actuaciones de comprobación de las condiciones materiales o técnicas de seguridad y salud recogidos en tales informes gozarán de la presunción de certeza a que se refiere la disposición adicional cuarta, apartado 2, de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 4. Las actuaciones previstas en los dos apartados anteriores, estarán sujetas a los plazos establecidos en el artículo 14, apartado 2, de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores", recogiendo expresamente la siguiente fundamentación:

1- Las conductas de acoso u hostigamiento psicológico en el trabajo suponen, en cualquier caso, una lesión de los derechos básicos reconocidos al trabajador en el marco de la relación laboral que le vincula con el empresario, y están expresamente tipificados en la Sección 1ª, Subsección 1ª, del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como infracción en materia de relaciones laborales, considerándose infracción muy grave.

2- Ante la posible tipificación alternativa de las conductas como infracción en materia de prevención de riesgos laborales, ha de tenerse en cuenta:

   a. Tal infracción no aparece expresamente tipificada en el artículo 12, ni en el artículo 13 del Real Decreto Leg. 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la L.I.S.O.S., ni entre las infracciones graves ni entre las muy graves, en materia de prevención de riesgos laborales. El tipo que se podría aplicarse sería el establecido en el artículo 12.16 del anterior R.D Legislativo 5/2000, siempre y cuando se pruebe que el incumplimiento crea un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores, y pudiera constituir una infracción grave si se acredita su similitud con los supuestos incluidos en el mismo artículo. En casos excepcionales en que el empresario adscribiera deliberadamente a estos trabajadores a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales o con sus condiciones psico-físicas, o a tareas peligrosas o nocivas para la salud, sin tener en cuenta su capacidad profesional, en materia a seguridad y salud en el trabajo, podrían ser de aplicación los artículos 12.7 y 13.4 de la L.I.S.O.S.

   b. Si se diese concurrencia de hechos que pudiesen dar lugar simultáneamente a infracciones laborales y de prevención de riesgos laborales, sería de aplicación el artículo 4.4 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, en el que se recoge que "En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida", y por tanto, se debería imponer la sanción correspondiente a la infracción de normas laborales, por ser esta la recogida como muy grave, y con carácter específico, frente a una aplicación extensiva y más problemática, en relación a los supuestos tipificados como infracción de prevención de riesgos laborales.

c. La Cortes Generales rechazaron en fecha cinco de marzo de dos mil dos, la toma en consideración de un Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, que incluía la modificación en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la LISOS, para incluir el acoso moral como infracción específica de de riesgos laborales. El motivo del rechazo radicaba en que en la Comisión Europea se había constituido un grupo de trabajo para estudiar el fenómeno de la violencia en el ámbito laboral, definir la figura del acoso moral, y sus líneas para prevenirlo, a efectos de actuaciones que deban aplicar los Estados miembros.

d. Los trabajos preparatorios de la anterior Comisión dirigidos a elaborar la Comunicación sobre "la nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad para el periodo 202-2006", preveía inicialmente la elaboración de una Directiva sobre el mobbing en materia de seguridad y salud laboral, sin embargo, la elaboración de la Directiva fue rechazada por la Comisión Europea por las dificultades que tenía encajar la violencia en el trabajo en los supuestos generales de evaluación de riesgos y planificación preventiva, y en el documento definitivo de la Comunicación de la Comisión de las CC.EE. de fecha 11/03/2002, sobre la estrategia europea se sustituyó el compromiso de elaborar la citada Directiva, estableciéndose que "la Comisión estudiará la conveniencia y el ámbito de aplicación de un instrumento Comunitario sobre el acoso psicológico y la violencia en el trabajo"

De conformidad con lo anterior, sería de aplicación la LPRL, cuando se adscribiese deliberadamente trabajadores apuestos de trabajo incompatibles con sus características personales o con sus condiciones psico-físicas, o a tareas peligrosas o nocivas para su salud.

Uno de los puntos más polémicos, e injustificados para la mayoría de la doctrina, es la exclusión de los funcionarios públicos, sean del administración central, autonómica o local, dándose la curiosa paradoja, de que es precisamente en este colectivo donde se produce un mayor número de casos de acoso laboral. No hay que olvidar que el bien jurídico protegido no es la dignidad del trabajador, sino la integridad moral y la salud de la víctima, y entonces, ¿es que los funcionarios no tienen integridad moral y derecho a la salud?.

En este CT 34/2003, relativo al mobbing, se recoge la situación en relación a los funcionarios públicos y personal asimilado, estableciéndose que la Inspección de Trabajo carece de competencias, para actuar, al considerar al acoso laboral, como un incumplimiento en materia de relaciones laborales, estando excluidos los funcionarios del ámbito de aplicación del Estatuto de los trabajadores. Y además, los funcionarios dispondrían de la vía prevista en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en

materia de Responsabilidad Patrimonial, con el fin de solicitar la indemnización de daños y perjuicios por los actos de otros funcionarios o de sus superiores.

Recogiendo que la Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 23 de julio de 2001, reconoce a un funcionario de la Administración Local el derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de los daños morales y psicológicos ocasionados al mismo por la actuación de la Corporación Local, al estimar que los actos llevados a cabo por el Ayuntamiento constituyen una forma de acoso moral sistemáticamente dirigido contra el funcionario público reclamante, carentes de toda justificación.

Pero lo anterior, no impide, que el acoso psicológico, pueda ser causante de una enfermedad que sea calificada como accidente de trabajo, a efectos de su protección social.

En efecto, el Art. 115 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por R.D.Leg. 1/94 de 20 de junio, al que se remite la Disposición Adicional 1 a de la Ley 31195 de Prevención de Riesgos Laborales, a los efectos del Régimen jurídico establecido para esta contingencia, considera como accidente de trabajo en el apartado 2 d) *"las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de lo realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo"*, no impidiendo tal calificación, incluso, según el apartado 5 b) del mismo Artículo *"la concurrencia de culpabilidad' civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo... salvo que no guarde relación alguna con el trabajo."*

Por todo ello, y a petición de los Órganos competentes de la Seguridad Social, o en su caso de la jurisdicción Social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitirá los informes correspondientes a efectos, en su caso, de calificación como accidentes de trabajo de las posibles enfermedades que tengan por origen situaciones y comportamientos relacionados con el "mobbing", valorando en cada caso las circunstancias concurrentes que compruebe, y adjuntando las actas de infracción extendidas conforme a los criterios señalados anteriormente.

La Agencia Europea para la Seguridad y la Salud del Trabajo[15], pone de manifiesto que las empresas normalmente no corren con todos los gastos ocasionados por

[15] Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo. http://agency.osha.eu.int/publications/factsheets/. FACTS 27. Mayo de 2013. La salud y la seguridad en el trabajo pueden influir en los resultados de la empresa de muchas formas, los trabajadores que gozan de buena salud rinden más y pueden ofrecer mayor calidad en su trabajo, un menor número de accidentes y enfermedades relacionadas con el trabajo dará lugar a menos bajas por enfermedad, que se traduce en unos costes más reducidos y en una menor interrupción de los procesos de producción, el material y el

enfermedades profesionales, afecciones relacionadas con el trabajo o lesiones producidas por los accidentes laborales. Los accidentes ocasionan costes para otras empresas, para los trabajadores y para el conjunto de la sociedad. Puede ocurrir que la empresa no sufragué los gastos de asistencia sanitaria de los trabajadores, o que las pensiones por incapacidad corran a cargo de mutuas de seguros. La normativa de algunos países remiten los costes ala empresa o a la persona que los ha causado, lo que se llama "internalización de los costes", sirviendo esto de incentivo económico para prevenir futuros accidentes de trabajo. La prevención de los accidentes laborales y de las lesiones y enfermedades profesionales no sólo reduce los costes, sino que también contribuye a mejorar los resultados de la empresa.

En las Conclusiones de este CT 34/2003, se establece:

a) Considerar como infracción incluida dentro de la Sección 1a del Capítulo 2° del Texto Refundido de la LISOS (R.D. Leg. 5/2000) "Infracciones en materia de relaciones laborales" aquellos casos en los que se compruebe la existencia de conductas empresariales consistentes en actos de "mobbing", "acoso moral" o "acoso u hostigamiento psicológico en el trabajo" y, en consecuencia, únicamente se practicarán las actuaciones que resulten oportunas cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena en el ámbito de la relación laboral ordinaria.

b) Las posibles denuncias presentadas ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por funcionarios de cualquier ámbito de la Administración, ya sea General del Estado, Autonómica o Local, respecto a hechos que merezcan, tal calificación, habrán de ser devueltas al denunciante, informándole acerca de la posibilidad de proceder conforme a lo dispuesto en el ya mencionado Real Decreto 429/ 1993 de 26 de Marzo (Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial).

Sólo excepcionalmente en casos muy relevantes en que se pudiera apreciar la posible aplicación del artículo 13.4 de la LISOS, es decir, cuando de los hechos denunciados pueda presumirse una actitud deliberada de colocar en situación de riesgo grave e inminente al funcionario víctima del acoso, mediante la adscripción del trabajador a un puesto de trabajo notoriamente incompatible con su estado *y* características psico-físicas *y* por tanto pueda tipificarse como infracción muy grave, en materia de prevención de riesgos laborales, los Órganos de jefatura de la Inspección de Trabajo y Seguridad

---

entorno de trabajo que se adaptan al máximo a las necesidades del proceso de trabajo y que se someten a un adecuado mantenimiento favorecen una mayor productividad, una mayor calidad y una disminución de riesgos para la salud y la seguridad, la reducción de lesiones y enfermedades supone menos daños y menos riesgos.

Social correspondiente ordenarán el inicio del procedimiento, conforme a lo establecido en el R.D. 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre Procedimiento Administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo *y* Seguridad Social *y* para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.

c) Cuando así lo solicite un Órgano competente de la Seguridad Social o de la Jurisdicción Social, en materia de posible calificación de los hechos que motiven una determinada enfermedad como accidente de trabajo, se evacuará el informe al respecto, con remisión de cuantos antecedentes y actas procedan.

Por parte de algunas organizaciones sindicales de las Administraciones públicas se criticó este CT 34/2003, ya que el mismo rechazaba la consideración del acoso moral como una materia de prevención de riesgos laborales, que establecía que no había un expreso desarrollo en la vigente normativa preventiva, ni tipificarse expresamente tal conducta como infracción grave o muy grave en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, concibiendo el acoso moral únicamente como infracción laboral. De aquí se deriva la consecuencia de la incompetencia de la Inspección de Trabajo para actuar respecto de los funcionarios públicos, al estar excluidos los mismos del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores. Las organizaciones representativas de los funcionarios entendían que la obligación de prevenir el acoso moral, entendida como obligación de prevención de riesgos laborales, estaría integrada en el deber genérico de prevención de la Administración, la propia LPRL establece la necesidad de evaluar y prevenir riesgos los riesgos psicosociales, cuando en el art. 4.7, en relación con los arts. 14, 15 y 16, al definir el concepto de condiciones de trabajo, incluye en el mismo cualquier característica del trabajo que pueda influir de manera significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, de modo que comprendería las características relativas a la organización y ordenación del trabajo cuando influyan en la magnitud de los riesgos a los que puede estar expuesto el trabajador.

Para C. Molina Navarrete[16], el CT 34/2003, "por revelarse opuesto frontalmente a la legalidad vigente, no puede ser vinculante para los Inspectores.".

[16] Molina Navarrete Cristóbal, "Del silencio de las Ley a la Ley del silencio: ¿Quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el acoso Moral en las Administraciones Públicas?. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, n. 242, Mayo 2003. "A tenor del Derecho positivo español, cuando un criterio técnico es manifiestamente contrario a la Ley y al Derecho, como entendemos es el aquí analizado, o bien ha de entenderse no vinculante, so pena de incurrir en una actuación contra legem y contra ius, o bien debe buscarse una interpretación correctora de su tenor literal, de modo que se respete el referido principio de efectividad de la norma legal y el derecho constitucional

Para Gimeno Lahoz R., "La presión Laboral tendenciosa, Mobbig"[17], debe concluirse:

- Afirmar que el mobbing en un proceso de desestabilización emocional y psicológica de la persona, que donde más se da el mobbing es en la Administración, y concluir que la ITSS, no debe intervenir en las denuncias por mobbing en la Administración, es un contrasentido absoluto.
- El hecho de que el art. 3 LPRL establezca la aplicación de su normativa preventiva de riesgos laborales la Administración, …, y que reconociendo el riesgo para la salud que supone el mobbing para sus víctimas, se concluya que la ITSS debe desentenderse del mobbing dentro de la Administración, como regla general, no constituye la interpretación de una norma, sino la derogación parcial tácita de la LPRL.
- Prohibir la intervención de la ITSS respecto al mobbing que se lleva a cabo en la Administración remitiéndoles a la indemnización de su daño, es un fraude a la ley, porque la ley no quiere daños indemnizados, sino la evitación de esos daños.

III. CRITERIO TÉCNICO 69/2009.

Según recoge, el objetivo de este Criterio Técnico, es fijar los criterios de actuación de la ITSS, teniendo en cuenta la experiencia acumulada por los Inspectores en los últimos años. Como consecuencia de las nuevas disposiciones, posteriormente, se

---

que desarrolla – el derecho a la salud y a la integridad psico-física ex art. 15 C.E. -. En cambio, de prosperar una interpretación rígida del autodenominado "criterio técnico" no se respetarían tales derechos.

[17] Gimeno Lahoz Ramón, Tesis Doctoral "La presión laboral tendenciosa, (mobbing)". Universidad de Girona, 2004. 1- Plantear el mobbing de una forma alternativa, o una infracción en materia de relaciones laborales o una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, para después decantarse por la primera, es plantear la cuestión de una forma errada, dado que la presión laboral tendenciosa puede llevar aparejada una infracción en materia de relaciones laborales y además una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, con lo que ya tendría obligación de intervenir la ITSS. 2- El CT a su vez, no es coherente consigo mismo en este punto cuando excluye la intervención de la ITSS en la Administración por ser materia de relaciones laborales, pues él mismo afirma que determinados casos de mobbing pueden ser subsumidos en determinados preceptos o infracciones en materia de prevención de riesgos laborales,…., con lo que esto ya seria argumento más que suficiente para no poder desentenderse la ITSS respecto a las denuncias que recibiera por parte del personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario de la Administración. 3.- El Criterio Técnico utiliza en su discurso, el argumento de que en caso de concurrencia de infracciones en materia laboral y en materia de prevención de riesgos laborales, se deberá sancionar por la más grave, la primera, por lo que al no poderse aplicar a la Administración no procede la actuación de la ITSS; pero este argumento olvida que dicha concurrencia no se puede dar nunca en la Administración.

dictó el Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo. El mismo se justifica, estableciendo que desde el CT 34/2003, ha habido novedades, la OIT aprobó en el año 2003, un Repertorio de Recomendaciones sobre violencia en el Trabajo en el Sector Servicios, abordando las situaciones desde la perspectiva de las relaciones laborales así como de la prevención de riesgos laborales. Se aprobaron las leyes 51/2003 y 62/2003, que suponían la trasposición de diversas Directivas Comunitarias sobre Igualdad de Trato y no discriminación, en las que regulaba por primera vez el acoso, sin embargo, limitado a las conductas con un móvil discriminatorio.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en el artículo 28 establece que es acoso psicológico en el trabajo toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, discapacidad, la edad o la orientación social de un apersona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio u ofensivo.

Expresamente se dice que desde el ámbito jurisprudencial, se reconoce a las enfermedades derivadas de acoso moral como accidente de trabajo, STSJ Navarra de fechas 30/04/2001, 18/05/2001 y 15/06/2001, considerándose el acoso moral y el estrés laboral como riesgos laborales, siendo obligación del empresario su prevención de conformidad con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, STSJ País Vasco de fecha 20/02/2007.

Sistematiza las conductas en lo que llama violencia psicológica en el trabajo, que comprendería todas las formas de acoso y maltrato en el trabajo, incluyendo, por razones sistemáticas, la violencia física interna, mientras que la violencia física externa, es objeto de otro Criterio Técnico.

Las conductas que considera acoso y violencia en el trabajo son:

-Violencia física Interna. Se deben entender como conductas de violencia física interna aquellas que suponen una agresión de esta naturaleza que se practican entre personas pertenecientes a la propia empresa o entre personas de distintas empresas que presten servicios en un mismo centro de trabajo. Quedan excluidas de este concepto las agresiones realizadas por personas que no formen parte de esas empresas o cuya presencia en el centro de trabajo sea ilegítima, ya que en este supuesto estamos ante un caso de violencia física externa.

-Violencia Psicológica. Distingue:

-Acoso Sexual: El artículo 7.1. de la c L.O. 3/2007 lo define como "cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual, que tenga el

propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo".

-Acoso moral y acoso discriminatorio: estas conductas se pueden clasificar en tres modalidades, en primer lugar, conductas de abuso del poder de dirección de los mandos o responsables de la empresa en lo que se ha venido denominado tradicionalmente por la doctrina y alguna legislación en el pasado como "abuso de autoridad", en segundo lugar, la conducta vejatoria o de maltrato hacia un trabajador que se produce entre personas que no mantienen entre si una relación de mando o jerarquía, o que, si la mantuvieran, esta no sería relevante, y en tercer lugar, la que se prevé en nuestra legislación vigente y se tipifica de modo expreso por el Art. 8.13 bis LISOS como infracción muy grave, que es el acoso discriminatorio.

Al igual que en el Criterio Técnico 34/2003, establece que las infracciones en el orden social, consecuencia de conductas de acoso y violencia en el trabajo, pueden ser:

- A. De carácter laboral.
- B. De prevención de riesgos laborales.

A. Infracciones laborales por las conductas de acoso y violencia en el trabajo.

Las infracciones laborales por conductas de acoso y violencia en el trabajo vienen marcadas por el incumplimiento de lo dispuesto en el Art. 4.2.e) ET en el que se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones; discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo".

Sujeto responsable de las infracciones laborales.

El sujeto responsable de las infracciones laborales solamente puede ser el empresario en la relación laboral: (Art. 2.1 TRLISOS). Quedan excluidas de la responsabilidad por infracciones laborales las conductas de acoso en las Administraciones Públicas respecto al personal con relación funcionarial o estatutaria.

La responsabilidad del empresario puede ser tanto por acción como por omisión. En el primer caso, se considera conducta activa la llevada a cabo por el empresario o por la persona en que este delegue sus facultades de dirección, dependiendo la mayor o

menor amplitud de esta responsabilidad del ámbito que establezca el propio precepto sancionador.

La responsabilidad del empresario por conductas omisivas deriva de su posición de garante del pleno disfrute por los trabajadores que se encuentren a su servicio de los derechos básicos que componen la relación laboral. En estos casos, la conducta no es practicada por el empresario o personas en las que este delegue sino por otros sujetos y aquel será responsable por omisión o inacción cuando habiendo conocido o debido conocer los hechos no haya tomado las medidas suficientes y adecuadas para evitar la violación de los derechos de los trabajadores.

Las infracciones pueden ser:

- a. Por acoso sexual.
- b. Por acoso discriminatorio.
- c. Por atentar a la consideración debida a la dignidad del trabajador.
- d. Por violar clausulas normativas de convenios colectivos o derechos básicos de la relación laboral.

a. Infracción por acoso sexual.

El Art. 8.13. TRLISOS prevé como infracción muy grave "el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma".

El empresario es responsable por la conducta activa de todos los trabajadores que ejerciten facultades de dirección empresarial, cualquiera que fuera su rango en la organización de la empresa.

El empresario también puede ser responsable por omisión por una conducta de acoso sexual que hubiera tenido lugar en el ámbito de las relaciones laborales de su empresa cuando el sujeto causante de dicha conducta fuera uno de los trabajadores a su servicio que no ejerciera facultades directivas o incluso cuando se tratase de personal externo a la empresa siempre que habiendo tenido conocimiento de esa conducta, o debiendo haberlo tenido, no hubiera adoptado las acciones o medidas necesarias para evitarla.

b. Infracción por acoso discriminatorio.

El TRLISOS distingue entre los actos discriminatorios (Art. 8.12) y las conductas de acoso discriminatorio (Art. 8.13.bis). La diferencia es que en el primer caso nos encontramos ante "decisiones unilaterales de la empresa" y, en el otro supuesto estamos ante una conducta que engloba varios actos.

El Art. 8.13 bis TRLISOS establece como infracción muy grave "el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad edad, y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo'.

La conducta activa de acoso por parte del propio empresario siempre será constitutiva de infracción mientras que respecto a la responsabilidad por omisión, la responsabilidad del empresario solo se produce en un segundo grado ante su conducta pasiva una vez que tuviera conocimiento de los hechos.

La conducta omisiva cubriría, por tanto, todas las conductas de acoso discriminatorio que se dirijan frente al personal al servicio de la empresa en el ámbito de las relaciones laborales, tanto las que sean obra del propio personal de la empresa corno las realizadas por personas que tengan una relación con la misma.

Hay que tener en cuenta el carácter tasado de las causas de discriminación que son constitutivas de esta infracción. De conformidad con lo previsto en el Art. 129.4 LRJPAC "las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica". No cabe, por tanto, considerar que el listado de causas discriminatorias sea meramente enunciativo.

La Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo[18], recoge que existe una fuerte segregación ocupacional entre los géneros en el mercado laboral de la Unión Europea, las mujeres y los hombres están expuestos a diferentes entornos de trabajo y diferentes tipos de exigencias y tensiones, incluso cuando están empleados en el mismo sector, y ejercen la misma profesión. Existe una fuerte segregación entre sectores y

[18] Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo. http://agency.osha.eu.int/publications/facts/209/en/index.htm. FACTS 42. Mayo de 2013. Las diferencias entre géneros en las condiciones de empleo también repercuten sobre la seguridad y la salud en el trabajo. En los trabajos mal pagados y precarios se concentran un número más importante de mujeres, lo que afecta a sus condiciones de trabajo y los riesgos a los que están expuestas. Las mujeres tienden también a mantenerse en el mismo trabajo más tiempo que los hombres, por lo que sufren una exposición más prolongada a los riesgos inherentes. La desigualdad entre los géneros tanto dentro como fuera del lugar de trabajo también afecta a la seguridad y la salud laborales de las mujeres, y existen importantes conexiones entre aspectos de discriminación en su sentido más amplio y la salud.

empleos, también hay segregación vertical en las empresas, teniendo los hombres más posibilidades de ocupar puestos más altos.

c. Infracción por atentar a la consideración debida a la dignidad del trabajador.

El Art. 8.11 TRLISOS establece que son constitutivos de infracción laboral muy grave "los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores".

Dentro de este tipo caben, por tanto, todos los actos del empresario contrarios a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad del trabajador, ya sean actos concretos y aislados, en este caso de la suficiente relevancia o entidad, o bien se trate de las conductas definidas como constitutivas de acoso moral en el trabajo, bien ya sea por abuso de autoridad o por conducta vejatoria.

Dentro de los actos concretos y aislados de suficiente relevancia y entidad, siempre se encontrarían las agresiones físicas dirigidas hacia el trabajador (violencia física interna). En lo que se refiere a la responsabilidad del empresario por conductas activas y omisivas ante el acoso sufrido por sus propios empleados en su relación laboral, ya sea a manos de personal de su empresa o relacionado con ella, se considera más apropiado aplicar el criterio de imputabilidad establecido en el Art. 8.13 bis TRLISOS para el acoso discriminatorio por existir plena identidad de razón entre ambos supuestos.

d. Infracción por violar clausulas normativas de convenios colectivos o derechos básicos de la relación laboral.

Lo dispuesto en el Art. 48 LO 3/2007 forma parte del contenido básico del derecho previsto en el Art. 4.2ie) ET sin llegar a estar su incumplimiento tipificado como infracción muy grave por el Art. 8.11, 8.13 y 8.13 bis TRLISOS, cuando no exista una constatación del acoso.

Sin perjuicio de que el incumplimiento de estos preceptos pueda ser considerado como infracción de prevención de riesgos laborales, también constituye infracción laboral grave prevista por el Art. 7.10 TRLISOS por "establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el Art. 4 ET, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el articulo siguiente".

B. Infracciones de Prevención de Riesgos Laborales por acoso y violencia en el trabajo.

La violencia y el acoso en el trabajo también pueden constituir un incumplimiento e infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.

Además de los argumentos legales que ya establecía el CT 34/2003 basados en los Art. 4.7.d), Art. 15.1.g) y 25.1 LPRL y del reconocimiento explícito como disciplina preventiva de la Ergonomía y Psicosociología Aplicada (Anexo VI RSP), el Tribunal Constitucional en el FJ 5a de su sentencia 160/2007 reconoce la aplicación del Art. 14 de la LPRL ante situaciones de riesgo psicosocial. Estas situaciones se definen como las resultantes de la interacción entre los trabajadores y la organización de la empresa y tienen como básicas manifestaciones los errores humanos debidos a la organización del trabajo, el estrés laboral y la violencia en el trabajo. Estrés y violencia son situaciones que se interrelacionan y que con frecuencia se manifiestan de forma sucesiva o simultánea.

Las medidas de prevención que el empresario debe aplicar ante los supuestos de acoso y violencia en el trabajo de los que tenga conocimiento o debiera haberlo tenido son las que mejor se adapten a cada situación concreta, aplicando las obligaciones generales de los Art. 14,15, 16,18, 22 y 25 LPRL.

Sujetos responsables de las infracciones preventivas

El sujeto responsable de las obligaciones preventivas es el empresario en la relación laboral (Art. 14.2. LPRL), pero en la legislación de riesgos laborales esta responsabilidad puede ser compartida por el empresario principal de la propia actividad (Art. 24.3. LPRL) o por otros empresarios presentes en el centro de trabajo con los que debe coordinar las medidas adecuadas (Art. 24.1 LPRL y RD 171/2004, por el que se desarrolla el art. 24 de la LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales) o por el empresario titular del centro (Art. 24.2. LPRL).

Las infracciones pueden ser:

- a. Por falta de prevención de los riesgos psicosociales.
- b. Por falta de intervención ante la identificación de los riesgos psicosociales.
- c. Por falta de protección de las personas especialmente sensibles.

a. Infracción por falta de prevención de riesgos psicosociales.

El primer paso de la prevención de riesgos laborales consiste en la evaluación de los mismos, es decir en su identificación.

a) La evaluación o identificación de riesgos psicosociales

La falta de evaluación o identificación de riesgos psicosociales , su falta de revisión ante la en ellas se establezcan puede ser una infracción grave de las previstas en el Art. l2.l.b) TRLISOS, mientras que la falta de planificación de esas medidas puede ser una infracción grave de las previstas en el Art. 12.6. TRLISOS.

b) Otras medidas preventivas

Otras medidas preventivas que también afectan a los riesgos psicosociales son aquellas que ya no afectan a la organización de la empresa sino solo a los individuos. La vigilancia sanitaria prevista en el Art. 22 LPRL se realiza en función de los riesgos existentes en el puesto de trabajo, y en el caso de que en el mismo se detecten riesgos psicosociales, los exámenes de salud también comprenderán la salud psíquica de los trabajadores cuyo incumplimiento puede ser infracción grave (Art. 12.2 TRLISOS).

La obligación de formación e información sobre los riesgos de su puesto de trabajo está prevista en el Art.l8 y 19 LPRL, y su incumplimiento constituye infracción grave (Art. 12.8 TRLISOS).

b. Infracciones por falta de intervención ante la identificación de riesgos psicosociales.

Pueden ser por:

I-Incumplimiento del deber general del artículo 14 de la LPRL.
II-Falta de investigación de los daños para la salud del trabajador.
III-Falta de medidas de coordinación y cooperación.

I.- Incumplimiento del deber general del artículo 14 de la LPRL.

El apartado 4 del Acuerdo Europeo sobre el Estrés Laboral señala que “si se identifica un problema de estrés ligado al trabajo, se deben tomar medidas para prevenirlo, eliminarlo o reduciría”. Dispone además que “la determinación de las medidas adecuadas es responsabilidad del empleador” y que “estas medidas serán aplicadas con la participación y colaboración de los trabajadores y/o de sus

representantes Y en el apartado 5 se dispone que “todos los trabajadores tienen el deber general de respetar las medidas de protección definidas por el empleador”.

Lo que supondría una clara infracción del Art. 14.2 LPRL es tanto la conducta activa del empleador que propicie estas situaciones como su pasividad ante las mismas. La medida más común de intervención ante los problemas de violencia en el trabajo es la implantación de los sistemas de resolución interna de conflictos, y que también pueden ser arbitrados de forma unilateral por el empresario como medida de intervención, bien ya sea por propia iniciativa o como resultado de la evaluación de riesgos psicosociales.

La falta de intervención del empresario ante un problema relacionado con la violencia en el trabajo puede suponer una infracción en materia de prevención de riesgos laborales que puede ser leve (Art. 11.4 TRLISOS), grave (Art. 12.16. TRLISOS) o muy grave (Art. 13.10 TRLISOS) de acuerdo con cuál sea la valoración del riesgo para la salud del trabajador

II.- Falta de investigación de los daños para la salud del trabajador.

Se trata del supuesto en que el empresario conozca o razonablemente sospeche que la baja por enfermedad del trabajador puede deberse a una situación de estrés o violencia en el trabajo. En este caso, el deber del empresario es, de acuerdo con lo previsto en el Art. 16.3. LPRL, llevar a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos. El incumplimiento de este precepto puede constituir una infracción grave conforme al Art. 12.3. TRLISOS.

III.- Falta de medidas de coordinación y cooperación.

Se da en el caso de que la intervención sobre estos hechos deba ser llevada a cabo por varios de los empresarios presentes en el centro de trabajo, se tendrán que arbitrar entre ellos las medidas de coordinación y cooperación necesarias.

La falta de adopción de estas medidas puede suponer una infracción grave (Art. 12.13 TRLISOS) o muy grave (Art. 13.7. TRLISOS) cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales

c. Infracciones por falta de protección de las personas especialmente sensibles.

Se refiere a las medidas de protección frente a las personas que presentan una incompatibilidad, debidamente acreditada por un facultativo o técnico competente, con el puesto de trabajo que se les ha asignado o que se les pretende asignar debido a sus características o condiciones psíquicas.

Esta situación es la que se encuentra regulada en el Art. 25.1 LPRL, el incumplimiento de este precepto puede dar lugar a la comisión de una infracción grave (Art. 12.7. TRLISOS) o muy grave (Art. 13.4. TRLISOS) cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

Concurrencia de infracciones en el orden social

La complejidad en el tratamiento jurídico de las conductas de acoso y violencia en el trabajo reside en su carácter pluriofensivo, ya que las mismas pueden suponer al mismo tiempo una violación de derechos básicos de [a relación laboral y del derecho a la prevención y protección de la salud del trabajador.

En estos casos se han producido hechos constitutivos de varias infracciones que se refieren a los mismos hechos y los mismos sujetos y por tanto entran en juego las reglas del concurso de sanciones administrativas previstas en el Art. 4 apartados 4 y 6 del RD 1398/1993 que prescribe la imposición de la infracción más grave, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 4.4.

Se dan así dos posibles situaciones de concurso. La primera sería la del predominio de las infracciones laborales muy graves (Art. 8.11, 8.13 y 8.13 bis TRLISOS) cuando concurran con las infracciones preventivas graves, y la segunda la del predominio de las infracciones preventivas muy graves sobre las infracciones laborales muy graves, cuando concurran los hechos y circunstancias que tipifican los artículos 13.4. y 13.7 TRLISOS.

Otro supuesto de concurrencia seria aquel en que el Inspector no haya podido constatar la existencia de conductas de acoso y violencia imputables al empresario pero si ha podido comprobar la falta de medidas preventivas o de intervención ante la identificación de riesgos psicosociales.

Ante este supuesto, la concurrencia de infracciones laborales y preventivas se podría dar entre la infracción laboral grave del Art. 7.10 TRLISOS y las infracciones de prevención de riesgos laborales de los Artículos l2 yl3 de esta norma que antes hemos descrito.

En este caso, como regla general, serán de predominante aplicación las infracciones graves preventivas sobre las infracciones graves de carácter laboral

conforme a lo dispuesto en el Art. 4.4. RD 1398/1993 puesto que las sanciones que se derivan de las primeras serían, por lo general, más gravosas.

Concurrencia con ilícitos penales y el orden jurisdiccional penal.

Las conductas de acoso y violencia en el trabajo pueden dar lugar a hechos constitutivos de ilícito penal. Esto ocurre en los supuestos de lesiones (tanto físicas como psíquicas), atentado contra la integridad moral (Art, 173 del Código Penal, aprobado por la L.O. 10/95, de 23 de noviembre, en adelante CP), coacciones (Art. 172 CP), acoso sexual (Art. 184 CP).

Se debe tener en cuenta, en primer lugar, que la tipificación de los ilícitos penales no tiene el mismo contenido que las sanciones administrativas en el orden social y que por regla general la definición de las conductas infractoras suele ser más amplia y precisa. Por otra parte, el requisito de dolo y gravedad suele ser la regla dominante en los ilícitos penales mientras que en las sanciones administrativas no es sino un mero factor agravante de la sanción.

En cualquiera de los casos, y de acuerdo con la legislación vigente y las instrucciones y
criterios técnicos de la DGITS S, el inspector actuante debe extender el Acta de Infracción por los hechos que haya constatado y el contenido de dicha Acta debe ser comunicada al Ministerio Fiscal en el caso de que el Jefe de Inspección apreciase la posible concurrencia de hechos presuntamente delictivos.

La paralización del expediente administrativo sancionador por el inicio de actuaciones penales debe ser acordada cuando haya plena coincidencia de sujetos, hechos y fundamento entre el ilícito penal y la sanción administrativa que se pretende imponer.

Control y requerimiento en las administraciones públicas.

Las acciones de control y vigilancia en las administraciones públicas sobre las situaciones de acoso y violencia presentan especial complejidad por cuanto que la legislación a la que están sometidos puede ser laboral y de función pública para distintos colectivos que con frecuencia prestan servicios de fonna simultánea en los mismos lugares de trabajo.

También se deben tener en cuenta a este respecto las exclusiones en la aplicación del Art. 3.2. LPRL y del ámbito de la acción inspectora (Art. 4 LOITS S)

Para el personal laboral es de aplicación todo lo ya mencionado en este CT sobre infracciones laborales, mientras que para el personal funcionario y estatutario estas normas no resultan de aplicación. La legislación sobre función pública ha establecido sus propias normas a favor de los derechos de los empleados públicos y la protección frente a conductas de acoso y violencia (Art. 14 h), 95.2.b) y o) de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público). También el Art. 62 L0 3/2007 ha establecido la obligación de implantar un protocolo de actuación ante las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo sometido en su vigencia a plazos especiales para la Administración General del Estado (DF 6“).

Es importante tener en cuenta que respecto a las situaciones de acoso y violencia que sufran los funcionarios y personal estatutario concurren las competencias de distintos órdenes administrativos y jurisdiccionales. De esta forma:

a. El ejercicio de las facultades de control y vigilancia de los derechos de protección frente a las conductas de acoso y violencia solo corresponde a la propia Administración a través de sus propios servicios y el ejercicio de su potestad disciplinaria.

b. El control de legalidad de las resoluciones administrativas es competencia exclusiva del orden jurisdiccional contencioso administrativo

c. La labor de control de la ITSS se circunscribe al requerimiento de medidas en materia de prevención de riesgos laborales (Art. 45 LPRL) que ha de ejecutar la propia Administración a través de sus recursos preventivos y, en su caso, a las acciones que antes hemos contemplado en materia de seguridad social y de manera muy excepcional a la orden de paralización de trabajo.

- Que la Inspección sólo es competente para realizar actuaciones relacionadas con la prevención de riesgos laborales y el derecho de los trabajadores a la protección de su integridad física y no para atender los supuestos de simple violación del derecho a la consideración debida a la dignidad.
- Que el objeto del control y vigilancia de la ITSS es la Administración empleadora y no la conducta de las personas que en ella prestan servicios.

A la vista de estos criterios, las actuaciones inspectores relativas al conocimiento de los hechos y circunstancias que concurran en cada caso solamente han de ir dirigidas a comprobar aquellos que sean relevantes para el ejercicio de la actuación de requerimiento o en su caso orden de paralización o actuación en materia de seguridad

social, y en ningún caso el Inspector debe suplantar el papel disciplinario de la propia Administración.

Para los casos en que se deba hacer uso de la aplicación general del Art. 14.2. LPRL la responsabilidad de determinar las medidas solo corresponde a la propia Administración empleadora sin perjuicio de las recomendaciones o asesoramiento técnico que pueda llevar a cabo el Inspector con ocasión de su actuación (Art. 3.2.1. LOITSS).
Orden de paralización.

Se prevé la posibilidad de que el Inspector dicte una orden de paralización de las actividades del trabajador cuando "compruebe que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos' laborales implica, a su juicio, un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores" (Art. 44 LPRL).

La aplicación de esta orden de paralización a los supuestos de acoso y violencia en el trabajo resulta muy excepcional pero no imposible. Para dictar esta orden el Inspector tiene que tener elementos de juicio suficientes para estimar la existencia de un riesgo cierto, grave y previsible para la salud del trabajador si la empresa no adopta con carácter inmediato medidas que puedan impedirlo o evitarlo.

Para ello deber concurrir una situación laboral que objetivamente pueda ser considerada como de riesgo grave e inminente para la persona afectada, teniendo particularmente en cuenta su particular vulnerabilidad ante esas circunstancias, de acuerdo con los informes o antecedentes médicos de los que el Inspector pueda tener conocimiento.

La paralización describirá los "trabajos" (incluyendo también dentro de este concepto la completa o parcial ausencia de tareas asignadas) que supongan un riesgo grave e inminente para la salud del trabajador, y la advertencia de que la paralización tendrá efectos hasta que no cese dicha Situación.

Este CT deroga el CT 34/2003, "Criterio Técnico sobre mobbing (acoso psicológico o moral)".

Para Velázquez Fernández M.[19], las formas de intervención de la Inspección de Trabajo ante una situación de acoso moral serían:

[19] Velázquez Fernández Manuel. Inspector de Trabajo y Seguridad Social. "La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o "mobbing".

1- Requerimiento. Se trata de la posibilidad de resolución positiva y no traumática del conflicto, si hubiere buena disposición y acuerdo de todas las partes implicadas.

2- Inicio de procedimiento administrativo sancionador.

   a. Frente a una conducta de acoso empresarial. Podría darse la concurrencia de dos infracciones, una de carácter laboral, Art. 8.11 de la LISOS, infracción muy grave por atentar contra la intimidad y dignidad del trabajador, y otra infracción de prevención de riesgos laborales, Art. 12.16 de la LISOS, infracción grave, las conductas empresariales que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de os trabajadores afectados. De conformidad con el Art. 4.4 del R.D. 1398/1993 de 4 de agosto, que regula el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, debería sancionarse la infracción más grave, la del Art. 8.11 de la LISOS.

   b. Frente a una conducta de pasividad empresarial ante el acoso laboral realizado por otro trabajador/es.
      i. Conocida la situación de acoso no se evaluase el riesgo, se incurriría en la infracción grave del Art. 12.1 LISOS.
      ii. Si evaluado el riesgo, no se adoptan las medidas adecuadas, se incurriría en la infracción grave del Art 12.6 LISOS.

   c. Frente a la falta de cooperación o coordinación para la prevención de situación/es de acoso, cuando concurran en un mismo lugar de trabajo. En caso de coincidencia en un mismo centro de trabajo, de trabajadores de distintas empresas, estas tienen la obligación de cooperación y coordinación para evitar situaciones de riesgo para los trabajadores de cualquiera de las empresas. Si una de ella, con conocimiento del riesgo, no adopta las medidas oportunas, incumpliría el Art. 24.1 de la LPRL, constituyendo una infracción grave del Art. 12.13 de la LISOS.

3- Inicio del procedimiento especial ante las Administraciones públicas. No se puede iniciar procedimiento administrativo sancionador ordinario cuando afecta al ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas, Art 45 LPRL. Por personal civil ha de entenderse tanto al laboral como el de relación administrativa o estatutaria. Este

procedimiento especial consiste en un auto de fiscalización de la propia administración y previo requerimiento de la Inspección de Trabajo.

Las actuaciones inspectoras reactivas

Actuaciones reactivas son las que el Inspector efectúa por previa denuncia de un trabajador, solicitud de mediación o arbitraje o por investigación de accidente de trabajo. La particularidad de estas actuaciones reside en que las mismas se han de orientar hacia la resolución del problema concreto y no hacia la vigilancia de la gestión preventiva en general.

1- Investigación de los hechos. El Inspector debe investigar los hechos concretos que son objeto de la actuación y para ello puede valerse de los instrumentos que considere oportunos siguiendo los CT 69/2009 y 87/2011.
2- Las medidas de intervención. Estas son algunas de las medidas de intervención ante situaciones reactivas que el Inspector puede requerir o supervisar:
    a. La investigación de los daños a la salud. Si se supiera que el trabajador afectado hubiera sufrido un daño para la salud que hubiera podido causarse como consecuencia de su actividad laboral la empresa está obligada a llevar a cabo una investigación de sus causas (Art. 16.3 LPRL). Esta investigación tiene una finalidad preventiva y por tanto se ha de realizar con la participación del servicio de prevención o personal designado y debe determinar cuáles son las medidas orientadas a evitar su repetición y las medidas protectoras que favorezcan la recuperación y rehabilitación de la persona afectada.
    b. El uso de procedimientos o protocolos de gestión e intervención. La herramienta de intervención más utilizada respecto a los riesgos psicosociales de violencia en el trabajo es el uso de procedimientos o protocolos de gestión de los problemas de acoso. El Art. 48.1 de la LO 3/2007[20], establece que las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar

[20] L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Artículo 48. *Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.* 1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. 2. Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo.

procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

c. El examen de compatibilidad o aptitud respecto al puesto de trabajo. Las medidas denominadas terciarias o de rehabilitación de las personas afectadas por los riesgos psicosociales no son diferentes respecto a las de otros riesgos laborales. El Art. 25.1 segundo párrafo LPRL establece que los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

La D.A. 4ª 2º de la Ley 42/1997 de 14 de noviembre ordenadora de la Inspección de Trabajo dispone que "Los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación observando los requisitos legales pertinentes tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados"

Sobre el valor del acta de infracción de la Inspección de Trabajo, el Tribunal Supremo afirma que la presunción de veracidad atribuida a dichas actas se encuentra en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al inspector actuante, presunción de certeza que, a) se limita a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditativos por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma (SS 18-3, 24-6, 9-7-91, 19-1-96), pero no alcanza a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas (SS 1-12-87, 25-10-88, 25-5-90); b) desplaza la carga de la prueba al administrado, de suerte que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la inspección; c) no excluye un control jurisdiccional de los medios empleados por el inspector, exigiéndose asimismo que el contenido de las actas, ya sean de infracción o de liquidación, determine las "circunstancias del caso" y los "datos" que hayan servido para su elaboración (SS 29-1, 11-3-92). En el mismo sentido la STSJ de Galicia de 11-11-2010, añadiendo que esa presunción de certeza desplaza a quien perjudica, la carga de probar

que aquéllos no se ajustan a la realidad. La STSJ Cantabria de 29 de diciembre de 2007 dice que la intervención de funcionario público no significa, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, referidas a las Actas de la Inspección de Tributos pero también aplicables a la Inspección de Trabajo, que las Actas gocen en cuanto a tales hechos de una absoluta preferencia probatoria.

En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal, hay que tener en cuenta lo dispuesto en Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral[21], **I.** Introducción. Si la misión del Ministerio Fiscal consiste en promover la acción de la justicia, y uno de sus ámbitos de actuación radica en procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social, sin duda la siniestralidad laboral es un fenómeno que atañe muy de cerca al Ministerio Público. Si a ello unimos el mandato constitucional de proteger la integridad física (art. 15) y el deber de los poderes públicos de velar por la seguridad en el trabajo (art. 40.2), y los ponemos en relación con el art. 3.3 del EOMF, la responsabilidad de la Institución en este delicado problema resulta obvia.

[21] De la gravedad de la situación dan buena muestra las cifras publicadas. Según las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el año 1999 los accidentes de trabajo mortales, solamente durante la jornada de trabajo, han sido 1.104, y los graves 11.771, lo que ha supuesto un incremento del 3,6% para los mortales y del 10,2% para los graves respecto al ejercicio inmediatamente anterior. Ciertamente, el problema requiere más de una labor preventiva de los accidentes laborales, que es misión más propia de otros poderes públicos y de los agentes sociales que del Ministerio Fiscal- que de una tarea represiva. Pero sin duda, la prevención general y especial propia de toda sentencia condenatoria en el orden penal, y la retribución que ello comporta, son también factores esenciales para erradicar esa lacra. Y es ahí donde los Sres. Fiscales deben extremar su celo para evitar que se repitan conductas que cuestan tantas vidas y que provocan graves lesiones, muchas veces eludibles si se adoptasen las debidas precauciones. En esta tarea, la jurisdicción penal debe respetar el principio de intervención mínima. Es a la Administración a quien corresponde tomar la iniciativa en la mayoría de las ocasiones. Pero la escasa frecuencia con que los delitos contra la seguridad de los trabajadores, singularmente los tipificados en los arts. 316 a 318 del Código Penal- son aplicados, y el hecho de que las faltas en esta materia resulten perseguibles tan sólo a instancia del perjudicado, hacen que la intervención penal aparezca como infrautilizada, provocando problemas de impunidad que se hace necesario evitar. Un primer paso para ello -habida cuenta de la dificultad existente en muchas ocasiones para deslindar el ilícito administrativo del penal- puede consistir en ordenar la remisión al Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Inspección de Trabajo en que la omisión de medidas de seguridad laboral lleven aparejada una propuesta de sanción por infracción muy grave, al objeto de que los Sres. Fiscales puedan evaluar la posible existencia de responsabilidad penal. De igual forma, resulta oportuno oficiar a la Policía Judicial para que remita a las Fiscalías copia de las denuncias o atestados instruidos por hechos de esta naturaleza. Tales son las vías naturales de llegada al conocimiento del Ministerio Fiscal de la *notitia criminis*, y si se mantienen cegadas esas vías de comunicación difícilmente podrá mejorarse la aplicación de las normas penales a los hechos o conductas presuntamente delictivos en el ámbito a que nos referimos. Puede evitarse así que hechos calificados inicialmente como falta queden impunes, y lo que es más grave, en ocasiones ni siquiera debidamente investigados, por falta de la oportuna denuncia, cuando quizá pudieran ser constitutivos de delito.

El 14 de junio de 2001, por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se dicta la Instrucción 104/2001[22] sobre relaciones de la Inspección de

[22] Instrucción 104/2001, Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre relaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral. "TERCERA.- Actuación del Ministerio Fiscal en relación con la Inspección de Trabajo y la Autoridad Laboral. 1.- La Fiscalía comunicará a los Jefes de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social y a la Autoridad Laboral competente para resolver, con la mayor celeridad posible, si respecto a los expedientes remitidos se han incoado diligencias penales o si, por el contrario, se ha procedido al archivo de actuaciones, a los efectos de proceder, en el segundo de los casos, a continuar con el expediente sancionador. 2.- Con independencia a los supuestos a los que se refiere la Instrucción primera, el Ministerio Fiscal podrá interesar de las Jefaturas de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social aquellos otros expedientes sancionadores sobre los que solicite su colaboración. En este sentido, y con una finalidad meramente instrumental de cooperación, se valorará, en las reuniones periódicas a las que hace referencia el apartado cuarto de la presente Instrucción, la conveniencia de remitir a dicha Fiscalía, copia de las actuaciones de la Inspección de trabajo que hayan sido cursadas a los distintos Juzgados de Instrucción en relación con los accidentes de trabajo investigados, a petición expresa de dichos Juzgados. 3.- Los Jefes de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social prestarán su colaboración y apoyo técnico al Ministerio Fiscal, cuando éste la solicite, durante la tramitación de las diligencias informativas, para esclarecer el alcance de las conductas cuya investigación sea necesaria, solicitando en caso necesario las aclaraciones que fuesen precisas al funcionario actuante. CUARTA.- Medidas complementarias en materia de cooperación y colaboración con la Fiscalía. Los Directores Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y los Jefes de las Inspecciones Provinciales, participarán en las reuniones que se celebren con los Fiscales Jefes y con los Fiscales encargados del servicio de siniestralidad laboral, si existiere, con la finalidad de establecer la forma mas adecuada de colaboración entre el sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio Fiscal. De acuerdo con lo establecido en la Instrucción 1/2001 de la Fiscalía General del Estado dichas reuniones tendrán una periodicidad como mínimo bimensual, sin perjuicio de mantener cauces de relación ágiles y permanentemente abiertos. En dichas reuniones se valorará el estado de situación de los expedientes remitidos a la Fiscalía, así como los criterios de aplicación en cada caso del principio "non bis in idem", a los efectos de que pueda, si procede, continuarse con el procedimiento administrativo sancionador. QUINTA.- Medidas para asegurar el aseguramiento de las pruebas en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Con objeto de garantizar la actuación inmediata de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el momento en que se producen los accidentes de trabajo de naturaleza más grave y que, tienen un gran impacto social, por parte de las Jefaturas de las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social se adoptarán las siguientes medidas: a- Establecimiento de una sistemática dirigida a verificar el cumplimiento por las empresas de la obligación de comunicar los accidentes de carácter grave, muy grave o mortal, en el plazo máximo de 24 horas. En tanto se determina el concepto de "accidente de trabajo", por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se considerará como criterio, a los exclusivos efectos de esta comunicación obligatoria, que tal consideración debe tenerla, al menos, aquel que haya producido al trabajador una pérdida anatómica o funcional de carácter grave, que previsiblemente, vaya a dar lugar a secuelas para la integridad física o salud del trabajador afectado, y que motivará, previsiblemente en su día, la concesión de una prestación por incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, o la aplicación del baremo por lesiones permanentes no invalidantes (con excepción de las meras cicatrices). En todos los casos citados en que no se haya emitido la correspondiente comunicación urgente, se procederá a extender acta de infracción. b- Potenciación del servicio de guardias de inspección, debiendo acordarse a través de las correspondientes Comisiones Territoriales previstas en el art. 17 de la Ley 42/97 de 14 de noviembre, o cuando no estén constituidas por las Jefaturas de Inspección y los correspondientes Servicios Provinciales de la Autoridad Laboral de la correspondiente Comunidad Autónoma, el mantenimiento de un sistema de guardias, que garantice la pronta investigación de los accidentes muy

Trabajo y Seguridad Social con la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral:

"En su virtud se dictan las siguientes Instrucciones:

PRIMERA: Remisión de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al Ministerio Fiscal.

1.-De conformidad con lo establecido en el artículo del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en los supuestos de infracciones administrativas, comprobadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en materia de prevención de riesgos laborales, que impliquen riesgos de daños graves para la vida, salud o integridad física de los trabajadores, se remitirán por la Jefatura de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social al Fiscal Jefe correspondiente las actas de infracción extendidas y los expedientes administrativos correspondientes, en los casos siguientes:

- Aquellas en que las infracciones estén tipificadas conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y que por tanto dan lugar a propuesta de sanción de carácter muy grave.

- Las actas de Infracción por vulneración a lo dispuesto en cualquiera de los apartados del artículo 12 de la Ley citada (infracciones graves), siempre que en este caso, entre las circunstancias que den lugar a la graduación de la infracción, se haga constar el incumplimiento de forma reiterado por el empresario de las advertencias o requerimientos previos realizados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o en los que de la conducta general

---

graves y mortales acaecidos. En este sentido, podrán arbitrarse, en dichas Comisiones, los medios necesarios de carácter técnico, telemático, o de localización que sean precisos, de acuerdo con el sistema de organización de guardias en la provincia respectiva y conforme a las necesidades, facilitándose el relevo y traspaso de los citados medios, en su caso, entre los Inspectores de guardia sucesivos. Igualmente deberá proveerse y organizarse en el ámbito de dichas Comisiones la constitución de un sistema de colaboración con los servicios y centrales telefónicas de urgencia,…, con objeto de que comuniquen a los servicios correspondientes de guardia los accidentes de trabajo en los que intervengan estos servicios de urgencia, y que hayan dado lugar a la evacuación de los accidentados a un centro hospitalario de urgencia, por la gravedad de las lesiones. SEXTA.- Información a la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Los Jefes de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, comunicarán trimestralmente, mediante listados, a la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los procedimientos sancionadores que hubieran remitido al Ministerio Fiscal, por su posible concurrencia en el orden penal, así como aquellos procedimientos que, tras su traslado al Ministerio Fiscal, hubieran dado lugar a la incoación de diligencias en el orden penal junto a las sentencias que recaigan en su caso.

seguida por el empresario se infiera la inobservancia y sistemática de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

- Aquellos otros supuestos en que, a juicio del Inspector actuante se considere que concurren las circunstancias de indicios racionales de criminalidad que puedan dar lugar a una imputación penal de los delitos relacionados con la seguridad y salud laboral.

2.- En el supuesto de no poder extenderse acta de infracción, por existir impedimento legal (caso de las Administraciones Públicas y Entes Públicos Empresariales, o en los que el sujeto presunto responsable no pueda ser objeto de sanción administrativa, dirección facultativa de la obra, coordinadores de seguridad, responsabilidad de terceros, etc.) o por estar atribuida la competencia de investigación a otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas (uso de explosivos, técnica minera, uso de la energía nuclear, etc.), y de las actuaciones, propias o comunicadas por otro órgano investigador a los efectos de consideración de responsabilidades por recargo por falta de medidas de seguridad, se infiera la posible existencia de responsabilidades penales, se evacuará el correspondiente informe con expresión de los presuntos responsables por no haber adoptado las correspondientes medidas de seguridad, a pesar de conocerlas y poder remediar la situación de peligro grave.

Posteriormente la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo e Inmigración, publica la “Guía explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo”, en la misma se insertan dos cuadros sobre conductas que considera acoso y otras que no lo son.

CONDUCTAS QUE SON ACOSO MORAL

ABUSO DE AUTORIDAD

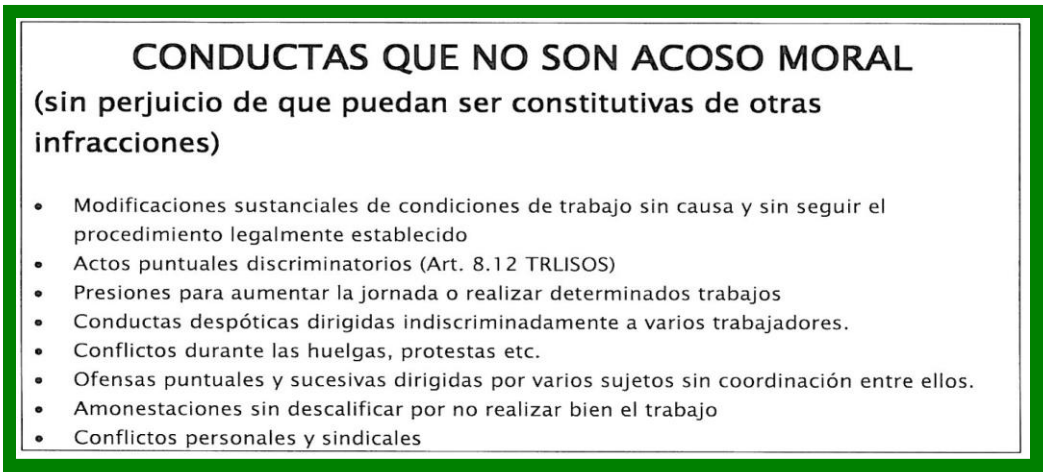
- Dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva o incomunicado sin causa alguna que lo justifique
- Dictar órdenes de imposible incumplimiento con los medios que al trabajador se le asignan
- Ocupación en tareas inútiles o que no tienen valor productivo
- Acciones de represalia frente a trabajadores que han planteado quejas, denuncias o demandas frente a la empresa o que han colaborador con los reclamantes

TRATO VEJATORIO

- Insultar o menospreciar repetidamente a un trabajador
- Reprenderlo reiteradamente delante de otras personas
- Difundir rumores falsos sobre su trabajo o vida privada

ACOSO DISCRIMINATORIO (Art. 8.13 bis TRLISOS) , cuando está motivado por:

- Creencias políticas y religiosas de la victima
- Ataques por motivos sindicales
- Sexo u orientación sexual
- Mujeres embarazadas o maternidad
- Edad, estado civil
- Origen, etnia, nacionalidad
- Discapacidad



m. EL ACOSO LABORAL COMO ACCIDENTE DE TRABAJO.

La Oficina del Seguro Social de Alemania[23], de 24 de septiembre de 1896, establecía que el accidente del trabajo es un "acontecimiento que afecta la integridad de una persona, se produce en un instante y está claramente limitado en su principio y su fin". En esta definición no se establece distinción entre integridad física y moral, ni tampoco se profundiza en el nexo causal del trabajo con el efecto.

La Ley francesa de 1898 recogía "les accidents survenus par le fait ou a l'occasion du travail" (accidentes sucedidos por el hecho o en ocasión del trabajo), señalando que son aquellos que se originan en el lugar y durante las horas de trabajo por la acción de las instalaciones, maquinarias, utilería, substancias y demás objetivos que se encuentran en el establecimiento. El criterio francés considera que las enfermedades se relacionan con profesiones determinadas y parte de estudios de la ciencia médica. La enfermedad se adquiere por la manipulación de sustancias u objetos, aspiración de polvos o por la influencia del ambiente en el que se prestan los servicios. Si está en la tabla se considera, de iure enfermedad de trabajo.

La ley española de 30 de enero de 1900, instituía que "se entiende por accidente del trabajo toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena". Aquí no se trata la instantaneidad porque incluía la enfermedad profesional. En el siglo XIX y comienzo del XX, se asimilaba en una

[23] Guevara Ramírez Lydia. "Tratamiento del Acoso Psicológico, el estrés y el burnout como accidentes de trabajo". www.mundojuridico.adv.br. 19/11/2013.

sola definición al accidente y la enfermedad y sólo posteriormente la jurisprudencia y la doctrina establecieron la diferencia entre unos y otros por la instantaneidad y progresividad en su realización. En este concepto se agregan elementos importantes como son el nexo causal y la relación de dependencia del trabajador con respecto al empleador.

La Ley de Tamaulipas (México) de 12 de junio de 1925 definió al accidente del trabajo en el artículo 218 como "el acontecimiento imprevisto y repentino producido con motivo o en ejercicio del trabajo, por una causa exterior de origen y fecha determinados, que provoca en el organismo del trabajador una lesión o una perturbación funcional permanente o transitoria". En esta definición se incluyen otros elementos que hasta ahora no habíamos observado relativos a la imprevisibilidad del accidente (como una causa de fuerza mayor), la imposibilidad de contenerlo por ser repentino y ser producido por una causa exterior al hombre.

La Ley Federal de México de 1931, Art. 285 reconocía que "Accidente del trabajo es toda lesión médico-quirúrgica o perturbación psíquica o funcional, permanente o transitoria, inmediata o posterior, o la muerte, producida por la acción repentina de una causa exterior que pueda ser medida, sobrevenida durante el trabajo, en ejercicio de éste o como consecuencia del mismo y toda lesión interna determinada por un violento esfuerzo producida en las mismas circunstancias".

Actualmente, en nuestra legislación, cuando un trabajador sufre una patología, las consecuencias económicas pueden ser muy diferentes, en función de que la misma tenga la consideración de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Existe una especial protección de las contingencias profesionales en un doble sentido:

a- Atenuación de los requisitos para el derecho a la prestación.
    a. No se requiere periodo de carencia.
    b. Alta de pleno derecho.

b- Mejora en la prestación.
    a. Prestaciones especiales.
    b. Base reguladora superior.

El acoso laboral ¿puede ser considerado como una enfermedad profesional?, tienen la consideración de accidente de trabajo y enfermedades profesionales las recogidas en la LGSS, así, en primer lugar, en el Art. 115. "Concepto del accidente de trabajo.

1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.

b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.

c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.

d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.

e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

4. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo:

a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente.

En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

5. No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo:

a) La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira.

La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo."

El Art. 115.1 de la LGSS, define el accidente de trabajo de manera idéntica a como lo hacía el Art. 84.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974 de 30 de mayo, requiriendo tres elementos: lesión, trabajo por cuenta ajena, y relación entre lesión y trabajo. Este Art. 115 establece:

a- Que es un accidente de trabajo.
b- Que tendrá la consideración de accidente de trabajo, sin serlo.
c- Que se presume, salvo prueba en contrario, que es accidente de trabajo.
d- Que no es accidente de trabajo.

A continuación el Art. 116 de la LGSS define la enfermedad profesional como la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.

Así que en la normativa de Seguridad Social tan sólo se admite la calificación de una enfermedad como enfermedad profesional dentro de una clasificación cerrada, en un doble sentido, se especifica la enfermedad y además se recoge el agente causante.

En el R.D. 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, hay un listado cerrado de enfermedades consideradas profesionales:

- Anexo 1. Cuadro de enfermedades profesionales.
  - Grupo 1: Enfermedades profesionales causadas por agentes químicos.
  - Grupo 2: Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos.
  - Grupo 3. Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos.
  - Grupo 4. Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados.
  - Grupo 5. Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidas en alguno de los otros apartados.
  - Grupo 6. Enfermedades profesionales causadas por agentes carcinogénicos.

- Anexo 2. Lista completa de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría contemplarse en el futuro.

En ninguno de los listados, aparece ningún tipo de patología psicosocial, por tanto los trastornos psicosomáticos que puede padecer la víctima del acoso laboral, nunca tendrían la consideración de enfermedad profesional.

Y los trastornos psicosomáticos que puede sufrir la victima del acoso laboral ¿son lesiones?, de conformidad con el Art. 115 de la LGSS.

Los efectos del acoso laboral sobre la salud, se pueden considerar accidente de trabajo, que es la línea seguida por la jurisprudencia. Para que se trate de accidente de trabajo, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos:

- en primer lugar un trabajador por cuenta ajena, la víctima, debiendo darse una relación laboral.
- en segundo lugar, que el trabajador-víctima, sufra una lesión´
- y en tercer lugar una relación de causalidad entre el acoso laboral y la lesión que sufre el trabajador-víctima.

El accidente de trabajo requiere la existencia de una relación laboral vigente y efectiva. No hay accidente de trabajo cuando el suceso tiene lugar fuera del contrato de trabajo.

No sólo se considera lesión la física, sino también la psicológica, que es producto de la evolución temporal como consecuencia del acoso.

En nuestra jurisprudencia se mantiene un concepto amplio de lesión corporal, desde la ya clásica sentencia del Tribunal Supremo de fecha17 de junio de 1903, comprendiendo tanto a la sufrida de forma violenta y repentina, como las de evolución insidiosa o lenta y tanto a la herida manifestada externamente como a la dolencia sin manifestación externa o notoria y al trastorno fisiológico y funcional. Igualmente el elemento del trabajo ha ampliado su ámbito de aplicación por lo que concierne a la calificación laboral del accidente de trabajo, mediante las figuras del accidente de trabajo “in itinere” y el accidente de trabajo “en misión”, que es el que tiene lugar en situaciones especiales, durante la prestación de servicios fuera del lugar habitual, durante la realización de un cometido específicamente encargado por la empresa, o durante una estancia fuera del domicilio habitual en cumplimiento de órdenes empresariales.

Se considera accidente de trabajo el deterioro puntual o progresivo de la salud física, el deterioro o la pérdida de la salud mental, o los daños o lesiones producidos por dicho deterioro, incluso el intento de suicidio, siempre que tengan relación con el trabajo.

El principal problema que se plantea es el de determinar la causa de la lesión, en caso de patologías psicológicas, no suele existir una causa única, sino que concurren múltiples factores, unos propios del sujeto, otros de su vida personal, familiar o social, y otros, que se originan en el trabajo, con lo cual existirá un problema de prueba para establecer si los factores laborales han sido los determinantes de la lesión.

Si la enfermedad se manifiesta en el lugar y durante el trabajo, le es de aplicación la presunción de laboralidad del apartado 3 del artículo 115 LGSS, por lo que se invierte la carga de la prueba, de manera que es el empleador quien tiene la carga de demostrar que la lesión, trauma o defecto no se produjo a consecuencia de la realización de la tarea (Sentencia TS 18-3-99); de otro lado, el hecho de que una enfermedad de etiología común se revele exteriormente con ocasión del ejercicio del trabajo no dota a la misma, sin más, de la característica jurídica de accidente de trabajo, en tanto en cuanto no se demuestre la efectiva influencia de aquel trabajo en la aparición de la patología (TS 24-5-90). Únicamente tienen esa calificación cuando se demuestre que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

El nexo causal entre los dos elementos, trabajo y lesión, cuya concurrencia siempre es precisa para que se califique como accidente de trabajo, en gran medida se ha debilitado en un doble sentido, primero porque el requisito de la "ocasionalidad" proporciona al concepto de accidente de trabajo una fuerza expansiva y segundo por la presunción legal, "iuris tantum", de la existencia del nexo de las lesiones que sufre el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo. No se descarta la calificación de accidente de trabajo cuando tenga lugar una imprudencia profesional del trabajador, en tal caso, no se rompe la relación de causalidad que exige, si bien, la imprudencia profesional puede tener ciertas consecuencias en este terreno, ya que puede exonerar al empresario de cargas adicionales, como el recargo de prestaciones. Se considera por tal aquella que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y de la confianza que éste inspira. La imprudencia que rompe la relación de causalidad es sólo aquella que entraña comportamientos graves y abiertamente contrarios al actuar propio de un trabajador diligente, la conducta de quien excediéndose del comportamiento normal de una persona se somete a un riesgo innecesario que conscientemente ponga en peligro su vida.

La Sentencia del TS 9 de mayo de 1985, establece "que en estas circunstancias es procedente recordar, aunque sea en líneas muy generales, la normativa legal interpretada por la jurisprudencia de esta Sala en orden al concepto de accidente de trabajo y a los perfiles y significación que alcanza en nuestro ordenamiento jurídico, así como determinadas apreciaciones de especial interés en el caso debatido: 1) Es

accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena (artículo 84-1 de la Ley General de la Seguridad Social); 2) centro o lugar de trabajo ha de considerarse en sentido amplio, el punto en que la actividad laboral se desarrolle; 3) cuando no existe jornada de trabajo y el lugar de descanso y eventualmente de actividad (redacción de informes, selección de datos ya recogidos, etc.) es fijado por la propia empresa, resulta aún más indiscutible la calificación de lugar de realización de tareas laborales donde éstas efectivamente se llevaron a cabo; 4) el hecho de intentar arreglar una persiana de la habitación en la que han de trabajar y pernoctar, cuando ningún otro dato, fuera de la descripción ya anotada de la sentencia recurrida, se nos da como probado, de ninguna manera puede ser calificado de imprudente ya que sólo las imprudencias personales y temerarias pueden romper la relación causal, de tal manera que únicamente aquellos comportamientos graves abiertamente contrarios al actuar propio de una persona de diligencia normal pueden dar lugar a un cambio de signo en orden a las responsabilidades derivadas de un hecho laboral, sin que en este caso, como ya queda dicho, sea de apreciar, a través del relato intocado de hechos probados, la más mínima negligencia por parte de los trabajadores, como pone de relieve acertadamente el Magistrado de instancia en el minucioso y atento estudio que lleva a cabo en los fundamentos jurídicos; 5) que el hecho de estar trabajando en el extranjero, en un medio en el que el idioma, las costumbres y los comportamientos en general son desconocidos, acentúa la consideración de centro de actividad laboral de la habitación donde pernoctaban y redactaban informes y justifica el deseo y la decisión de reparar por sí mismos la persiana defectuosa; 6) que la jurisprudencia de esta Sala ha mantenido que la institución del accidente de trabajo ha de adecuarse a las realidades sociales con una interpretación dinámica y cambiante y que, en definitiva, cuando la conducta del trabajador responde a lo que pueden llamarse patrones usuales de comportamiento del común de las gentes, no hay rompimiento del nexo causal, Sentencia de 21 de Mayo de 1984, y que hay accidente de trabajo si no consta evidentemente la alta de relación causal, Sentencias de 5 de mayo de 1982 y 28 de abril de 1983, considerándose accidente de trabajo si se produce al abandonar el barco un marinero aunque sea por atender asuntos privados sufre una caída y de resultas de ella misma, Sentencia de 6 de octubre de 1983, doctrina jurisprudencial la expuesta que conduce, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, a la desestimación de los dos motivos y a la del recurso."

El Tribunal Supremo en sentencia de 18 de junio de 1997 establece que el concepto de lesión, constitutiva de accidente de trabajo a que se refiere el artículo 84.1 y 3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, precepto reproducido en el artículo 115 del vigente Texto Refundido de 1994, comprende no sólo la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en determinadas circunstancias como se infiere de lo prevenido en los apartados e, f, y g del número 2 del artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social. Reiterada jurisprudencia de

esta Sala dictada en unificación de doctrina (sentencias de 27 de octubre de 1992, 27 de diciembre de 1995, 15 de febrero de 1996 y 27 de febrero de 1997 y las dictadas en casación ordinaria que en ella se citan), ha declarado que la presunción contenida en el artículo 84.3 de la Ley General de Seguridad Social, por virtud de la cual se estimará, salvo prueba en contrario que sea un accidente laboral las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo, alcanza no sólo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades que se manifiesten durante el trabajo en las circunstancias antes descritas y que tal presunción sólo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean y el siniestro, lo que tratándose de enfermedades requiere que éstas por su propia naturaleza no sean susceptibles de una etiología laboral o que dicha etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario", criterio este recogido por el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 1999.

La sentencia del TSJ de Cataluña de 6 de marzo de 2000 recordando la jurisprudencia establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en interpretación del n°3 del artículo 84 de la Ley General de Seguridad Social de 1974 (actual artículo 115.3 de la Ley de Seguridad Social de 20 de junio de 1994), significa que con referencia al accidente de trabajo la doctrina "puede sintetizarse en la apodíptica conclusión de que ha de calificarse como accidente laboral aquél en que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación, cediendo únicamente la presunción ante la prueba cierta y convincente de la causa del suceso excluyente de la relación laboral, cuya carga se desplaza a quién niegue la consideración de accidente de trabajo...".

Algunos supuestos de trastornos psiquiátricos que se han incluido dentro del concepto de accidente de trabajo, por ejemplo, se ha calificado como accidente de trabajo una depresión producida por una modificación de condiciones de trabajo (TSJ País Vasco 9-5-00; TSJ Valladolid 20-12-01); una crisis nerviosa debida al stress profesional (TSJ País Vasco 7-10-97); un síndrome de desgaste personal o de burn-out (TSJ País Vasco 2-11-99 **;** TSJ Cataluña 20-1-05); un síndrome depresivo reactivo a acoso sexual (TSJ Galicia 24-1-00; TSJ Cantabria 23-11-06); un estado de ansiedad generalizado al derivar de una situación de conflicto laboral en la empresa, sin concurrencia de ninguna otra causa determinante del mismo (TSJ País Vasco 29-12-06); o los trastornos psíquicos de un ertzaina (TS 18-1-05).

La Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Pamplona-Iruña, de fecha 19/02/2001[24], recoge expresamente: "F.D. Tercero:…Cuanto antecede conduce a estimar la demanda con base tanto en el art. 115.2 e) de la Ley General de Seguridad Social, por entender que el proceso de ansiedad-depresión que la actora sufre trae causa exclusiva en el desempeño de su actividad laboral, como porque el padecimiento de la demandante tiene conexión directa y exclusiva con la prestación laboral, entendiendo que resulta igualmente de aplicación la presunción establecida en el numeral 3° del art. 115 de la Ley General de Seguridad Social, pues obsérvese que cuando Dña. XXX inicia el proceso de Incapacidad temporal el 31 de agosto de 2000 por accidente de trabajo si bien Mutual Cyclops no plasma el diagnóstico de la baja médica, en el parte de accidente de trabajo se describe el mismo como "acoso físico y psíquico en el trabajo", y este es también el diagnóstico que se expresa por la médico de familia el 2 de octubre de 2000 cuando Mutual Cyclops rechaza hacerse cargo del proceso de Incapacidad Temporal, en concreto "trastorno de ansiedad reactivo a acoso en el trabajo", el que se mantiene en los sucesivos partes de confirmación de la baja y es también el que sostiene el psiquiatra que viene tratando a la actora, y recuérdese que ya el 17 de agosto fue atendida por los Servicios Médicos de Mutual Cyclops por presentar ansiedad en el lugar y en el centro de trabajo durante la jornada laboral, concluyéndose que no existen elementos para negar la etiología laboral de este proceso conforme a la definición legal y sobre todo á la extensión jurisprudencialmente operada del concepto de accidente de trabajo. Consecuencia de cuanto antecede es la estimación de la demanda declarando que el proceso de Incapacidad Temporal iniciado por la

[24] Fundamento de Derecho Tercero.- E1 artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social define el accidente de trabajo como "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena". Este concepto de accidente de trabajo idéntico al que contenía el artículo 84.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974 de 30 de mayo, supone configurar el accidente laboral a través de tres elementos: lesión, trabajo por cuenta ajena y relación entre lesión y trabajo, elementos que han sido generosamente interpretados desde antiguo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo en aras a la máxima protección del trabajador. Así el concepto de lesión fue ampliado por el Tribunal Supremo (desde la sentencia de 17 de junio de 1903 iniciadora de línea doctrinal consolidada) a las lesiones de evolución insidiosa o lenta y tanto a la herida manifestada externamente como a la dolencia sin manifestación externa notoria y al trastorno fisiológico y funcional. También el elemento del trabajo había ampliado su ámbito de aplicación por lo que concierne a la calificación laboral del accidente mediante las figuras del accidente de trabajo "in itinere" y al accidente de trabajo "en misión". El nexo causal entre los dos elementos, trabajo y lesión, cuya concurrencia siempre es precisa para que se califique como accidente de trabajo una dolencia se contiene la expresión "con ocasión o por consecuencia", requisito ineludible pero que ha resultado debilitado en un doble sentido, primero porque el requisito de la "ocasionalidad" proporciona el concepto de accidente de trabajo una fuerza expansiva y segundo por la presunción legal "iuris tantum" de la existencia de tal nexo cuando las lesiones las sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Finalmente el número 5 del artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social expone que no impide la calificación de accidente de trabajo la mera imprudencia profesional del trabajador o la concurrencia de determinados supuestos de culpabilidad civil o criminal del empresario compañero de trabajo o un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.

demandante el 31 de agosto de 2000 lo es por causa de accidente de trabajo, condenando a las demandadas especialmente a Mutual Cyclops a hacerse cargo de dicho proceso tanto en la vertiente de la asistencia médico farmacéutica como en la vertiente económica, si bien previamente ha de acogerse la excepción de falta de legitimación pasiva aducida por la Tesorería General de la Seguridad Social por tratarse de un pleito de Incapacidad Temporal."

En todos estos casos, la razón de la calificación de la situación como accidente de trabajo ha sido la constatación de que la causa del trastorno de ansiedad y depresión tienen su origen en el conflicto laboral, aun cuando no exista acoso moral o mobbing, de modo que entonces la situación de incapacidad temporal que se deriva es considerada accidente de trabajo (TSJ Madrid 12-7-04).

En la Sentencia del TSJ de Andalucía (sede en Granada), de fecha 29/04/2003, establece, como quiera que ha de calificarse de accidente laboral aquél en que, de alguna manera, concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con el nexo causante, indispensable en algún grado, sin que sea necesario precisar su significación mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada rotura alguna de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que evidencien a todas luces la carencia de aquella relación, es por lo que la aplicación de la doctrina expuesta al supuesto contemplado lleva a la Sala a concluir que la enfermedad padecida por el actor deviene como consecuencia del trabajo, dado el entorno laboral (al que no se ha adaptado), objetivamente considerado, sentido por el trabajador, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral, en un ambiente despejado de circunstancias adversas desde un punto de vista subjetivo, y por ello es constitutiva de accidente de trabajo el resultar claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral de aquél y el síndrome psíquico que padece.

La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León de fecha 06/06/2013, recoge que el artículo 115 LGSS incluye dentro del concepto de accidente de trabajo a los que cita, pero además, establece que las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, el 116, enfermedad profesional, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, tendrán la consideración de accidente de trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

El que los daños psíquicos no aparezcan contemplados en el listado de enfermedades profesionales hace que la jurisprudencia los trate como accidentes de

trabajo cuando dan lugar a una situación de incapacidad o invalidez[25]. De ahí que el síndrome de desgaste personal, estar quemado (caracterizado por que el trabajo se realiza en contacto con otras personas, profesores, sanitarios viendo el trabajador defraudadas las expectativas que tenía depositadas en su trabajo, por falta o insuficiencia en la definición de tareas, desproporción entre funciones -responsabilidad-retribución, careciendo de margen de maniobra para modificar su situación personal, poniendo en práctica sus ideas con respecto a cómo ha de ser realizado su trabajo, cuyas manifestaciones se producen de forma larvada produciendo cansancio, sentimiento de ineficacia, incompetencia), el acoso moral en el trabajo o mobbing (caracterizado por la concurrencia de un elemento intencional de lesivo por conductas hostigadoras sistemáticas malintencionadas y perversas ejercidas sobre el trabajador bien por parte del empleador o superiores jerárquicos o por compañeros de igual nivel, con el propósito de socavar su voluntad y forzar su salida de la organización) se hayan demostrado como figuras causantes de graves problemas de salud laboral en los países de la Unión Europea, carentes de regulación jurídica, encajándolos los tribunales como supuestos de accidentes de trabajo.

Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Se trata pues de enfermedades o defectos fisiológicos preexistentes, que el accidente agrava, agudiza, desencadena o saca de su estado oculto o latente (Por ejemplo, un esfuerzo, violento, un esfuerzo físico o emocional).

[25] LGSS. Artículo 137.- Grados de Incapacidad. 1. La invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual. b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual. c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. d) Gran invalidez. 2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquélla a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine. 3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. 4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. 5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. 6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

En este sentido Gimeno Lahoz R.[26], ha establecido una teoría de interpretación en tres niveles:

A- Que se entiende por lesiones corporales: Propone que la jurisprudencia establezca una noción restrictiva de lesión corporal, limitada a daños estrictamente somáticos, dejando las secuelas de índole psíquica para las enfermedades laborales. Se trataría de un accidente de trabajo de conformidad con el Art. 115.1 LGSS.

B- Para que una incapacidad sea causada por accidente de trabajo, el hecho causante debe manifestarse de modo coyuntural y súbito. Incluyéndose los daños psíquicos, Art. 115.2 LGSS.

C- Unificación sistemática de los supuestos de con "motivo de la realización de trabajo" y "por causa exclusiva de la ejecución de trabajo", como un mismo origen de etiología laboral que determine la calificación de accidente de trabajo. Producida la unificación se considerarían accidente de trabajo aquellos resultados lesivos que sin ser estrictamente lesión corporal, ni haberse causado de forma concreta, repentina y coyuntural, si se producen exclusivamente como consecuencia de la realización del trabajo.

Para este autor, aquí, en la acreditación objetiva de este nexo causal, se pueden seguir los dos criterios que establece:

a- El criterio médico-subjetivo, se centra exclusivamente en la prueba médica para la determinación de la génesis de la patología. Los médicos alcanzarían la convicción sobre la causa de le enfermedad, y el Juez se decantaría por la prueba pericial más convincente.
b- El criterio judicial-objetivo, parte de la globalidad probatoria y una resultancia lógica. La partes presentan la prueba sobre la situación previa a la enfermedad, y a la vista de esta, el Juez decide si la situación acreditada, es suficiente y lógico, para causar la enfermedad.

Para Gimeno Lahoz R., el criterio lógico es el más adecuado, ya que rehúye en gran medida la cuestión médica, ya que la enfermedad no se discute, y se dirige a la acreditación del nexo causal entre trabajo y enfermedad.

[26] Gimeno Lahoz Ramón. "La presión laboral tendenciosa, el mobbing desde la óptica de un juez". Ed. Lex Nova, 2005. Y Tesis Doctoral, "La presión laboral tendenciosa "mobbing". Universidad de Girona, Septiembre de 2004.

En este tema hay que ser especialmente cuidadoso, ya que pueden plantearse casos de simulación, para Lopez García Silva J.A.[27], el simulador inventa o potencia su

[27] López Garcia Silva J.A. y Gonzalez de Rivera y Revuelta J.L., "La simulación dentro de la problemática de la violencia en el trabajo", Diario La Ley, Nº 5723, Sección Doctrina, 20 Feb. 2003, Año XXIII, Ref. D-45, Editorial La Ley. Tanto desde el punto de vista médico como jurídico es interesante la relación entre la neurosis de renta y la simulación. El simulador busca una ganancia de forma consciente, a diferencia de lo que ocurre en la neurosis del asegurado o neurosis de renta, donde el paciente está convencido de lo lícito de sus exigencias. Una forma particularmente grave de neurosis de renta es la sinistrosis, descrita a principios del siglo XX por ROUAST, citado por SIMONIN. En este mismo Tratado se comentan las sentencias del Tribunal del Sena de 4 de enero de 1908 y del Tribunal Supremo de París de 28 de febrero de 1911, que reconocen que la sinistrosis es el «resultado no del accidente, sino de las preocupaciones del herido en relación con el daño sufrido y su reparación». En su forma más leve, la sinistrosis consiste en rumiaciones obsesivas de daño con afán de reparación, pero en sus formas más graves puede convertirse en un auténtico delirio de reivindicación, con interpretaciones de acontecimientos banales como pruebas o indicaciones del daño sufrido y aplicación de todas las energías y recursos personales a hacer triunfar la verdad, reparar el perjuicio y castigar a los responsables, todo ello con un acompañamiento variable de rasgos histéricos, hipocondríacos y de labilidad emocional. La simulación, la neurosis de renta y la sinistrosis deben diferenciarse del trastorno facticio, también conocido como síndrome de Münchausen. En este cuadro, además de una historia de hospitalizaciones y/o consultas y tratamientos médicos múltiples, abusos de medicación (e incluso uso de drogas), pobreza en las relaciones interpersonales, trastornos de conducta y enfrentamientos con el personal sanitario, aparecen síntomas físicos o psicológicos fingidos o producidos intencionadamente de manera autoinfligida. En el trastorno facticio puro no hay otros incentivos externos para justificar la conducta de enfermedad, que sí se dan en los simuladores y los rentistas, tales como la búsqueda de una compensación económica o de una mejora sociolaboral o escapar de una responsabilidad legal. Especial mención merece lo que se conoce como «síndrome de Münchausen por poderes», donde la patología facticia ha sido inducida por sugestión o convencimiento por otra persona (comedura de coco, en terminología vulgar), generalmente un compañero de trabajo, un amigo o familiar o, por qué no, un abogado con pocos escrúpulos. Un fenómeno curioso es el cuadro mixto entre la simulación y los trastornos conversivos, fenómeno denominado Síndrome de Ganser. El afán de notoriedad, propio de la personalidad histérica, y el mantenimiento durante cierto tiempo de una simulación más o menos consciente puede acabar en una imposibilidad de distinguir lo real de lo simulado, es decir, es posible que una simulación prolongada acabe por propiciar el desarrollo de auténticos trastornos mentales. La tarea del perito en estos casos resulta complicada, puesto que deberá descubrir y diferenciar ambas situaciones, simulación y conversión, informando con claridad del asunto. Es posible que una situación laboral conflictiva inicie el problema, a partir del cual se fingen o se exageran unos síntomas que acaban por escapar al control voluntario y se convierten en una auténtica patología psiquiátrica sobre la que el paciente ya no tiene control. Es importante tener en cuenta, en la génesis de esta situación, la influencia de factores estresantes secundarios derivados de la incomprensión, incredulidad, desatención o rechazo de compañeros, personal sanitario, representantes sindicales y otros agentes sociales. Otras posibilidades son la metasimulación, que se da cuando un individuo sano que padeció anteriormente una enfermedad mental de la que ya se ha recuperado simula algún tipo de patología mental o insiste en su cuadro anterior con el fin de lograr un beneficio; y la sobresimulación, en la que una enfermedad mental preexistente es exagerada, aumentando intencionalmente la intensidad de sus síntomas, o sobreañadiendo otra patología diferente a la que realmente padece. Se comprenderá que también caben estas posibilidades en personas psicoterrorizadas y, por tanto, también puede exigirse desde el punto de vista judicial que el psiquiatra especializado, no el psicólogo ni el médico valorador del daño, descarte concretamente estas opciones. De manera contraria, el sujeto que disimula una determinada patología la padece en mayor o menor grado, pero que pretende que no existe o que ha mejorado. No es fácil adscribir estas conductas a la voluntariedad consciente, porque está condicionada por una patología mental dada, en los casos de

problema de forma consciente, con una meta clara, que hace difícil el diagnóstico diferencial. En la actualidad, la posible sobreactuación relativa a la representación de la enfermedad tal y como el simulador la entiende deja de tener el valor que pudiera haber tenido en otro tiempo. Podemos distinguir, en este contexto, el simulador puro, que pretende de manera clara y consciente un padecimiento que no sufre en realidad, del simulador relativo, que exagera, complica o adorna un trastorno que en realidad padece, y/o que le atribuye una causalidad distinta de la real, que, de serle reconocida, redundaría en un mayor beneficio.

Así establece la Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de los Social, de fecha 17/07/2004[28], es preciso que quien invoque la existencia de accidente de trabajo, deberá

«mobbing», habitualmente depresión o drogodependencia. En el maltrato psicológico puede haber disimulación en las fases avanzadas de intervención o exclusión de la vida laboral, cuando el afectado quiera hacerse una póliza de seguro, obtener algún tipo de licencia o permiso, o busque un nuevo empleo. En este contexto, es importante tener en cuenta el riesgo de suicidio en el enfermo con acoso laboral, que puede llevarle a intentar disimular un síndrome depresivo para propiciarse una libertad de movimientos que haga más fácil sus propósitos.

[28] Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de los Social, de fecha 17/07/2004. Resolución: 623/2004. FD Primero. Como razona el Magistrado de instancia en la sentencia recurrida, debe descartarse la existencia de acoso moral o mobbing como desencadenante del síndrome depresivo sufrido por el demandante, aunque el diagnóstico reflejado en los informes médicos, todos ellos coincidentes en lo esencial, sea "trastorno depresivo ansioso-reactivo a conflictividad laboral y familiar" ya que los informes se limitan a emitir conclusiones derivadas de las manifestaciones vertidas por el propio demandante, sin concretar hechos o conductas abusivas del empresario o compañeros de trabajo en que fundamentar sus conclusiones… El Tribunal Constitucional, refiriéndose al "acoso sexual" en sentencia de 13 de diciembre de 1999 (40149/99) señala: "ha de manifestarse en una conducta, un comportamiento físico, o verbal manifestado, actos, gestos, palabras, comportamientos, que se perciban como indeseados o indeseables para la víctima, que sea grave, capaz de marcar un clima radical, odioso, ingrato... ese carácter hostil no puede depender de la sensibilidad de la víctima", "debe en consecuencia, ser ponderado objetivamente atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, como puede ser la intensidad de la conducta, la susceptibilidad de la víctima, el entorno laboral en que se desarrolla la actividad y su desempeño por la víctima en relación con el resto de los compañeros de trabajo, puesto que en caso contrario nos encontraríamos que ante un término que normalmente ha sido bien recibido como "mobbing" se utilizaría de manera indiscriminada ante cualquier tipo de insatisfacción en el trabajo cuando incluso puede derivar de un comportamiento ajeno al propio empresario y porvenir del perfil psicológico del propio trabajador. Es necesario en definitiva, que la conducta sea grave esencialmente de tal manera que se origina un entorno negativo no sólo desde la percepción subjetiva de quien la padece, sino objetivamente considerada (S. TSJ Galicia 31-10-2002 (EDJ 2002/61138). Sentado cuanto antecede, no puede aceptarse que la empresa demandada haya hostigado al demandante, debe descartarse que la baja traiga causa en un supuesto hostigamiento laboral, máximo teniendo en cuenta los numerosos pronunciamientos judiciales previos en los que se descarta la situación de acoso. En relación a estos pronunciamientos judiciales, de ello, no sólo tenemos que destacar como hace el juzgador de instancia, su fuerza de cosa juzgada en un sentido positivo, al haber sido todos ellos contrarios a los intereses del actor y descartando la existencia de mobbing por parte de la empresa demandada, sino que ni siquiera hay indicios de comportamientos en el seno de la empresa de una específica conducta de maltrato o abuso hacia la persona del trabajador.

demostrar la relación de causalidad entre la lesión corporal y el trabajo y tratándose de acoso moral, quien invoque padecer acoso moral, no basta con que acredite posibles actuaciones empresariales ejerciendo su poder directivo, sino que es necesario que demuestre:

- que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso, o, en su caso, como sujeto tolerante del mismo, era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido.

- que se le han causado unos daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología.

Resta por dilucidar, si la enfermedad psíquica del actor, tiene por causa exclusiva la ejecución del trabajo y la respuesta ha de ser necesariamente negativa por cuando al empresario le corresponde el poder de dirección consagrado en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores y si esto es así, no es posible cada vez que se ejercita el mismo alegar por parte del trabajador acoso moral, puesto que quedaría sin contenido la facultad de dirección y control que la normativa laboral atribuye al empresario.

Calificación de accidente laboral la situación de acoso laboral que sufre la víctima, Sentencia del TSJ de Andalucía, Salad de lo Social, de fecha 29/04/2003[29], la víctima sufre "síntomas depresivos y ansiosos relacionados con problemas laborales" (Doctora Sandra -folio 17), "trastorno en íntima relación con las condiciones y situación laboral que ha tenido y está teniendo" (Doctor Jose Miguel -folio 18), "destaca especialmente que la causa funcional del trastorno actual y de sus manifestaciones sintomáticas obedece a estresores psicosociales que se han prolongado durante los últimos seis años en el lugar de trabajo en la forma de sometimiento a situaciones de acoso e indefensión por sus superiores" (Doctor Álvaro - folio 19), "el factor de estrés por reducción de las responsabilidades laborales está asociado etiológicamente y generando un trastorno adaptativo mixto ansioso-depresivo o síndrome del quemado o Bournout". En consecuencia, como quiera que ha de calificarse de accidente laboral aquél en que, de alguna manera, concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con el nexo causante, indispensable en algún grado, sin que sea necesario precisar su significación mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada rotura alguna de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el padecimiento, excepto cuando

[29] Sentencia del TSJ de Andalucía, Salad de lo Social, de fecha 29/04/2003. Resolución: 1354/2003. En informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se constata: "...desde hace algunos años, la situación laboral en que se halla el empleado le esta produciendo efectos perjudiciales para su estabilidad emocional y psicológica, que le han conducido a una situación de baja por I.T., que ha tenido una duración de cerca de un año, y de la que aun dado de alta laboral, no se ha restablecido médicamente. Sentimiento de acoso en su trabajo, de ninguno por sus superiores, de falta de cometido profesional en su puesto de trabajo, de reducción de responsabilidades laborales, de aislamiento profesional, etc., y ello desde hace varios años, le generan una tensión que le produce una dolencia calificada por los especialistas que le están tratando como "trastorno adaptativo mixto ansioso depresivo" vinculado con su trabajo".

hayan ocurrido hechos de tal relieve que evidencien a todas luces la carencia de aquella relación, es por lo que la aplicación de la doctrina expuesta al supuesto contemplado lleva a la Sala a concluir que la enfermedad padecida por el actor deviene como consecuencia del trabajo, dado el entorno laboral (al que no se ha adaptado), objetivamente considerado, sentido por el trabajador, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de circunstancias adversas desde un punto de vista subjetivo, y por ello es constitutiva de accidente de trabajo el resultar claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral de aquél y el síndrome psíquico que padece.

n. LA INDEMNIZACIÓN CONSECUENCIA DEL ACOSO LABORAL.

La doctrina entiende indemnizables los daños morales que sufre la víctima, distinguiéndolos de los que serían materiales y patrimoniales. Respecto a la cuestión de la compatibilidad y coordinación con otras indemnizaciones, debe tenerse en cuenta que esta indemnización es adicional y autónoma respecto de las indemnizaciones laborales, es decir, que es compatible con las que puedan corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el ET y demás normas laborales (indemnizaciones por conceptos específicos y tasadas), tal y como se prevé en el artículo 183.3 LRJS[30] y en la doctrina constitucional y jurisprudencial.

[30] Art. 177 LRJS (L36/2011, de 10 de octubre), "4. La víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare; y si se requiriese su testimonio el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias".

Artículo 183. Indemnizaciones. "1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la

No obstante, constituye una novedad importante la prevista en el artículo 183.4 LRJS, que precisa que la indemnización derivada de la vulneración del derecho y reclamada en vía social no es compatible con la civil derivada de conductas delictivas si tal vulneración del derecho fundamental da lugar a procedimientos de este tipo, cuando se ejercite la acción de daños en dicho proceso penal. Por eso se especifica que no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en la resolución penal firme.

Una primera interpretación jurisprudencial consideró innecesario acreditar la existencia del perjuicio para estimar una indemnización (SSTS de 9 de junio de 1993, 8 de mayo de 1995), otra posterior entendió que no cabe presumir el daño moral, por lo que el perjudicado deberá probar el daño (STS de 22 de julio de 1996; STS de 2 de febrero de 1998). La actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para garantizar una tutela más efectiva y real, no descuida la regulación de una tutela indemnizatoria adecuada a la gravedad de la lesión que supone atentar contra un derecho fundamental. En este sentido, el artículo 183 LRJS establece que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda al demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

A este respecto, el artículo 183.2 LRJS sirve de guía para facilitar reglas sobre el establecimiento de la indemnización cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, en ese caso, el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente. Supone esto que la LRJS exige una cierta diligencia procesal por parte del actor en esta materia, descartando la tesis de la automaticidad, pero suavizando esa carga al tener en cuenta que se trata de bienes personales y, por tanto, de difícil estimación. Asimismo, se establece la previsión de las funciones de la indemnización, fijando dos. A saber: El resarcimiento suficiente de la víctima, restableciendo íntegramente, dentro de lo posible, su derecho. Contribuir a la finalidad de prevenir el daño (aceptando así la tesis mantenida por la normativa

integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. 3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales. 4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social".

comunitaria en materia de discriminación y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la llamada justicia disuasoria).

Pero no hay que olvidar que en el caso de que el perjuicio hubiera quedado acreditado, no bastaría con dicha acreditación, sino que habría igualmente de acreditarse la cuantificación de la indemnización por la que se entiende resarcido o compensado el mismo, por parte de la víctima, no pudiendo esto dejarse solamente a criterio judicial. Así que declarada la violación de un derecho fundamental, se presume la existencia del daño moral y de la dignidad del trabajador, y nace el derecho a la indemnización del mismo, cuya cuantía debe cifrarse ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, naturaleza de la lesión y período de tiempo que duró el comportamiento.

Se recoge en la Sentencia del TSJ de Aragón, de fecha 30/06/2003, como dijo la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 28-5-2002 "con el actual régimen normativo, que sin duda podría ser mejorable al hacerlo más específico, es posible, realizando una aplicación del mismo acorde con la realidad social actual, como es exigencia del art. 3.1 del Código Civil, dar respuesta a las situaciones de persecución, maltrato psicológico o acoso laboral que se puedan producir, tanto en el ámbito público como privado. Y ello, debe de insistirse, no sólo a través de la posibilidad extintiva, sino también mediante el derecho a otras indemnizaciones adicionales, que pueden ser compatibles con las estrictamente tasadas por la ley (para un caso particular, STS de 12-6-01, o STJCE de 2-8-93, caso Marshall, quizás extrapolable a otros supuestos), o la calificación como contingencia de origen laboral de la situación de perturbación psicofísica o el desgaste psicológico (burnout) producidos por el acoso (STSJ de Navarra, de 30-4-01), con las consecuencias legales a ello inherentes".

En cuanto al importe de la compensación económica por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del acoso, el trabajador tiene, como regla, derecho a su reparación íntegra. Las consecuencias dañosas no afectan solo al ámbito laboral y a la merma de capacidad de tal naturaleza que pueda sufrir, sino que pueden repercutir perjudicialmente en múltiples aspectos o facetas de la vida personal, familiar o social y de las personas que del mismo dependan. Los arts. 1101 y 1902 del Código Civil obligan por principio a todo aquel que causa un daño a otro a repararlo. En el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que cuantifique las indemnizaciones, la procedente debe ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales), que como derivados, en este caso, del acoso se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social. Finalmente, la reparación no debe exceder del daño o perjuicio sufrido, dicho de otro modo, los dañados o perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por

encima del límite racional de una compensación plena. Como dicen las Sentencias de esta Sala de 27-3-00 y 19-3-2001, "reiterada doctrina jurisprudencial ha venido declarando que la determinación del monto indemnizatorio es extremo reservado en principio a la competencia del juez "a quo" y sólo impugnable por vía de recurso extraordinario cuando exista error en las bases de determinación. Así, las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 8-7-86 o 23-3-87, y (Sala 1ª) 20-7-98. O las de este mismo Tribunal Superior de Justicia de 4-5-94, razonando que "la apreciación del magistrado se revela insustituible, si no aparece una desproporción manifiesta y contraria a la dinámica actual de la sociedad, revelada por otros parámetros más o menos próximos o significativos", y 29-9-99, a tenor de la cual "la determinación de los daños y perjuicios que establece (la sentencia recurrida) queda en el ámbito de la potestad, razonada, de la decisión de instancia, que contiene un juicio sobre la materia que, por no disparatado ni desproporcionado, debe ser mantenido".

La ley de la Jurisdicción Social, Ley 36/2011 de 10 de octubre, ha determinado que será la Jurisdicción Social la competente para que los trabajadores o sus causahabientes (perjudicados por fallecimiento de trabajador), insten la acción de reclamación de daños y perjuicios sufridos en accidente laboral o enfermedad profesional contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya responsabilidad en el hecho generador (Art. 2 b). Es decir, serán los Juzgados de lo Social los que tramitarán estas reclamaciones no sólo si ésta se dirige contra la empresa, sino también si se dirige contra otras empresas o sujetos con los que no exista relación laboral, y que a modo de ejemplo podría referirse a Promotores, Dirección Facultativa, Coordinadores de Seguridad, Servicio de Prevención Ajeno, etc.

o. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

- SENTENCIA DEL TC, 2/1981, DE 30 DE ENERO.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel García- Pelayo y Alonso, Presidente, y don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, doña Gloria Begué Cantón, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Angel Escudero del Corral, Magistrados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 90/1980, promovido por don J.Y.M., mayor de edad, casado, joyero, natural y vecino de Madrid, con domicilio en la calle X, representado por el Procurador don Ignacio Aguilar Fernández y bajo la dirección del Abogado don J. Manuel Castañeda Pérez, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional de 24 de abril de 1980, y contra la del Juzgado Central de

Instrucción núm. 3, de 11 de junio de 1979, dictada en Diligencias Preparatorias número 201 de 1978 y confirmada por aquélla, que condenaron al recurrente como autor de un delito monetario en grado de tentativa, y en el que han comparecido en defensa de la legalidad el Ministerio Fiscal y, como interesada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, siendo Ponente el Magistrado don Manuel Díez de Velasco Vallejo.

I. Antecedentes

1. El Tribunal Provincial de Contrabando de Madrid, en expediente 39/78, dictó el 30 de mayo de 1979 una resolución sancionando a don J.Y.M. como encubridor de una infracción de contrabando consumada por la importación ilegal de una partida de brillantes valorada en 47.718.300 pesetas y decretando, además, el comiso de los brillantes aprehendidos. Contra dicha sanción no se interpuso recurso, dejándola, a lo que parece, firme.

2. Asimismo, el recurrente fue condenado con multa de 5.000.000 de pesetas y comiso de la cantidad intervenida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, en diligencias preparatorias núm. 201 de 1978, Sentencia de 11 de junio de 1979, como autor de un delito monetario en grado de tentativa, constituido por la entrega para su exportación, sin autorización de la Administración, de la cantidad de 67.713.000 pesetas a otros dos condenados en la misma Sentencia. El hecho tuvo lugar el 26 de enero de 1978, fecha en la que también le había sido entregado al señor J.Y.M., en un cine de Madrid, la partida de brillantes de que hemos hecho referencia en el número anterior y cuya procedencia y circunstancias conocía el recurrente. Contra la Sentencia del Juzgado Central se interpuso recurso de apelación por el señor Y., que fue desestimado por la Audiencia Nacional en Sentencia de 24 de agosto de 1980.

3. El recurso de amparo se formuló por medio de la demanda presentada el 29 de julio de 1980. En la misma se argumentó que lo sancionado en el procedimiento seguido ante el Tribunal Provincial de Contrabando y en el proceso penal era la misma compra ilegal de brillante: la adquisición de una mercancía que no había pagado los derechos de aduana, o sea, un único acto jurídico. El recurrente estima, además, que se han infringido los derechos de presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), de legalidad penal (art. 25.1 C.E.), de seguridad (art. 17.1 C.E.), y de intimidad personal (art. 18 C.E.) y señala como pretensión de amparo la anulación de las citadas Sentencias y el restablecimiento de sus derechos mediante el reconocimiento de que los 67.713.000 pesetas decomisadas son de la propiedad del recurrente, debiendo procederse, por tanto, a su devolución.

4. Por providencia de 13 de agosto de 1980, se admitió a trámite la demanda y se requirió al Juzgado Central de Instrucción núm. 3 y a la Audiencia Nacional para que remitieran, en el plazo de diez días, las diligencias preparatorias núm. 201 de 1978 y el

correspondiente rollo de apelación o sus respectivos testimonios con emplazamiento de los que hubieran sido parte en las actuaciones indicadas para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el proceso constitucional.

5. Remitidas las actuaciones y efectuados los emplazamientos, por providencia de 27 de septiembre se dio vista de las actuaciones al recurrente, al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado, para que formularan las alegaciones en el plazo común de veinte días.

6. Por escrito presentado el 1 de octubre de 1980 el Procurador, en la representación que tenía acreditada, interesó del Tribunal Constitucional la suspensión de la ejecución de la multa impuesta y, tramitado el incidente en pieza separada, se dictó Auto de fecha 22 de octubre de 1980 en el que no se estimó procedente dicha suspensión.

7. Por escritos del 16 y 21 de octubre respectivamente el Abogado del Estado y el Fiscal General formularon alegaciones oponiéndose ambos a las pretensiones del recurrente. Además, el Abogado del Estado formuló como causas de inadmisibilidad de la demanda la falta de claridad y concisión en los hechos que la fundamentan (art. 49.1 de la LOTC), la ausencia de invocación formal en el proceso judicial del derecho constitucional vulnerado (art. 44.1 c) de la LOTC) y la no concurrencia del requisito exigido por el art. 44.1 b) de la misma Ley de que la violación del derecho o libertad sea imputable, de modo inmediato y directo, a la acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso.

8. A la vista de las alegaciones efectuadas por el recurrente en su escrito de 22 de octubre, el Tribunal, haciendo uso de la facultad reconocida en el art. 88 de su Ley Orgánica, dictó providencia el día 29 de octubre solicitando informe relativo a la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Nacional (núm. 27/80, apelación núm. 14 de 1979, diligencias preparatorias número 201 de 1978 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3). Una vez recibido dicho informe y los documentos a él incorporados, por providencia de 12 de noviembre de 1980, se acordó unirlos a los autos y conceder el plazo común de diez días a las partes para que a la vista de su contenido pudieran presentar nuevamente alegaciones. Ello fue efectuado en escritos presentados por el Abogado del Estado el 19 de noviembre, por el Ministerio Fiscal el 26 de noviembre y por el recurrente el 28 del mismo mes, argumentando sobre el error mecanográfico advertido en la certificación de la Sentencia que se unió al rollo de apelación y reiterando las peticiones formuladas en sus anteriores escritos.

9. Por providencia de 14 de enero de 1981 se señaló el día 21 de enero de 1981 para deliberación y votación, teniendo lugar en dicho día el referido acto.

II. Fundamentos jurídicos

1. Por oficio de la Presidencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, recibido el 10 de noviembre pasado, se acreditó la intrascendencia de la aparente contradicción entre el nombre de uno de los Magistrados que constaba en el encabezamiento de la Sentencia de 24 de abril de 1980 y el que figuraba como firmante en la certificación de la Sentencia unida al rollo. Se trataba de un simple error de transcripción del mecanógrafo, como quedó demostrado por la fotocopia legitimada correspondiente.

2. Sobre los motivos o causas de inadmisibilidad opuestas en el escrito de alegaciones por el Abogado del Estado, debemos pronunciarnos previamente por exigencias lógico-procesales sobre su estimación o desestimación. Sobre dichos motivos de inadmisibilidad alegados, es lo cierto que en el presente recurso no puede apreciarse su concurrencia por las siguientes razones:

a) Sobre la falta de claridad y concisión en los hechos que fundamentan la demanda, invocada al amparo del art. 49.1 de la LOTC, debe tenerse en cuenta que dicho precepto ha de entenderse cumplido cuando de la redacción del escrito es posible deducir cuáles son los hechos y los fundamentos de derecho en que se funda la demanda de amparo, sin que sea obstáculo el que aparezcan eventualmente unidos en los razonamientos del recurrente. En el presente caso la demanda pide al Tribunal la anulación de concretos actos judiciales (Sentencias del Juzgado Central núm. 3 y Audiencia Nacional de 11 de junio de 1979 y 24 de abril de 1980) y el reconocimiento de la titularidad y consiguiente devolución, de una cantidad cuyo comiso aquéllos habían acordado, y se fundamenta en la pretendida vulneración de unos derechos que se citan con la mención del correspondiente precepto.

b) Sobre el cumplimiento del requisito de la invocación formal en el proceso judicial del derecho constitucional vulnerado (art. 44.1 c) de la LOTC), ha de entenderse cumplido en el presente caso. Así, en el escrito de conclusiones en las diligencias preparatorias núm. 201/1978 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 se invocaron los arts. 17.3 y 117.5 de la Constitución y en el escrito de interposición del recurso de apelación se aludió al principio non bis in idem. Además, en la propia Sentencia de la Audiencia Nacional expresamente se afirma que no se vulneró el principio de presunción de inocencia, reconocido en el art. 24 de la Constitución, ni el de legalidad contenido en el art. 25 de la misma, lo que ha de entenderse como respuesta del Organo Judicial a una alegación previa.

c) Sobre el tercer motivo de inadmisibilidad, consistente en que la violación del derecho o libertad sea imputable de forma directa e inmediata a la acción u omisión del órgano judicial, con abstracción de los hechos que dieron lugar al proceso (art. 44.1 de la LOTC), debe señalarse que en el presente caso no puede entenderse inadmisible el recurso globalmente considerado. Es decir, que si el recurrente se limitara exclusivamente a negar el significado penal de los actos imputados que tuvieron en

cuenta los Tribunales de la jurisdicción ordinaria o a la ausencia de la intención de evadir la suma intervenida, tendría pleno sentido la causa de inadmisibilidad de que se trata; pero planteándose otros aspectos distintos a aquéllos en el recurso no hay duda que el Tribunal puede decidir sobre si, al sancionarse penalmente los hechos, se infringieron o no por las Sentencias de forma directa e inmediata los derechos constitucionalmente reconocidos y que se han invocado en la demanda de amparo.

3. Declarado admisible el recurso, procede entrar a conocer sobre los fundamentos aducidos en el mismo y las presuntas violaciones de los derechos fundamentales que se contienen en la demanda y han sido recogidas en el antecedente de hecho señalado con el núm. 3 de la presente Sentencia.

Siguiendo un razonamiento lógico se examinará en primer lugar la presunta violación del principio de exclusión de la doble sanción sobre los mismos hechos (non bis in idem) para seguir a continuación con otras presuntas violaciones de determinados artículos de la Constitución en relación, siempre según el recurrente, con la cuestión principal.

4. El principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

Como veremos más tarde, no hubo en el caso examinado infracción del principio de referencia y ello nos releva de entrar en su consideración a la luz de la Constitución. No obstante, podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución. Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia.

5. Descendiendo al caso particular que nos ocupa, en los supuestos fácticos contemplados por el Tribunal Provincial de Contrabando, en su resolución de 30 de mayo de 1979, y por los Tribunales Penales, en sus Sentencias de 11 de junio de 1979 y 24 de abril de 1980, no se aprecia esa coincidencia fáctica imprescindible para que resulte operativa la prohibición que representa el principio non bis in idem, haciendo así

innecesaria cualquier consideración sobre el fundamento o relación a que responde en este caso el ejercicio de la potestad represiva del Estado. En efecto, no se sanciona, como sostiene el recurrente, doblemente un mismo acto jurídico -la compraventa de una partida de brillantes-, sino que, por el contrario, este negocio no es considerado en modo alguno por la resolución del Tribunal Provincial de Contrabando ni por la Jurisdicción Penal, ni pudo serlo porque está al margen de la previsión típica. La infracción de contrabando está representada por la operación material de la entrada ilegal, sin pago de los correspondientes derechos de aduana, de cierto número de brillantes efectuada en fecha anterior a su entrega al recurrente y realizada por personas distintas al señor J.Y.M. Por otro lado, el delito monetario está representado por la actividad también material de pretender la salida del territorio español de una cantidad de moneda española sin autorización, operación que se inicia, en la apreciación del Tribunal Penal, por la entrega del dinero realizada en Madrid el 26 de enero de 1978 personalmente por el señor J.Y.M. a los también condenados señores U. y M.

6. Para la individualización de estos hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica, conforme a los cuales se llega a la conclusión de que la resolución del Tribunal de Contrabando no sanciona la recepción en Madrid de los brillantes por el señor J.Y.M., sino que la conducta a que atiende es una actividad anterior constitutiva de una infracción consumada, pues una vez que entraron los brillantes en España ya se habían realizado todos los actos de ejecución. En dicha infracción consumada, el recurrente en amparo tuvo una participación subsiguiente, no como autor ni cómplice, sino de mero encubridor, al aprovecharse para sí y auxiliar a los otros partícipes, mediante la adquisición y recepción de la mercancía, en los efectos de una conducta ilícita ya realizada. Por el contrario, el delito monetario constituido por una exportación ilegal de moneda española se inicia, en la estimación del órgano judicial, el 26 de enero de 1978 con la participación principal del señor J.Y.M. como autor, mediante la entrega del dinero destinado a salir ilegalmente fuera de España. Consecuentemente se aprecia en el recurrente una doble conducta: de una parte, la recepción de la mercancía ilegalmente importada, suficiente para integrar su participación como encubridor en la infracción de contrabando, y de la otra, una intervención principal al entregar el dinero destinado a su ilícita exportación con conocimiento de esta circunstancia.

7. En sus escritos, el recurrente estima que se han infringido determinados artículos de la Constitución en base a interpretaciones un tanto singulares de los hechos y a valoraciones jurídicas en algunos momentos sorprendentes. Por tratarse de un procedimiento de amparo constitucional nos vemos en la necesidad de entrar en ellos, aunque sea brevemente, dada la peculiar fundamentación de los mismos.

a) Se afirma que se ha violado el art. 24.2 de la Constitución, ya que, según el recurrente, durante la instrucción de las diligencias policiales no se le informó de la acusación que al mismo se le hacía y se ha deducido de sus declaraciones que el dinero entregado por el recurrente saldría del territorio español. Al respecto, hay que señalar

que dicha declaración es anterior a la entrada en vigor de la Constitución; pero aunque así no lo fuera, ante el Tribunal Constitucional no es viable, según el art. 44.1 b). de la LOTC, la petición de un pronunciamiento sobre la certeza de los hechos objeto del proceso penal, ya que lo veda la propia naturaleza del amparo que no es, como es sabido, una nueva instancia. Por otro lado, en el presente recurso se observa que en el proceso penal se practicaron las pruebas documentales y declaraciones de los acusados suficientes para llegar al conocimiento de que se trataba de hechos punibles como claramente se refleja en la Sentencia.

b) El principio de legalidad penal (art. 25.1 de la Constitución) también se considera violado al sostener que los hechos -entregas de dinero y de una partida de brillantes- «no se encuentran tipificados penalmente». Lo que se propone otra vez por el recurrente es que el Tribunal Constitucional realice una nueva reconstrucción de los hechos que pasarían de ser apreciados como principio de ejecución de un tipo penal a serlo como hechos penalmente irrelevantes. El recurrente pretende que el Tribunal entre a conocer los hechos que dieron lugar al pronunciamiento judicial y que le está expresamente vedado por el art. 44.1 b) de su Ley Orgánica, como ya se ha indicado.

c) También se considera vulnerado el derecho a la intimidad personal (art. 18 de la Constitución) por haber penetrado la Sentencia en las intenciones del recurrente sobre si el dinero entregado era para su exportación. El derecho presuntamente vulnerado no padece cuando los Tribunales determinan la intención subjetiva necesaria para apreciar una figura delictiva -elemento subjetivo del injusto penal- o pasa a integrar algunas de las formas de la culpabilidad de la conducta exteriorizada por el autor.

En el proceso penal que dio origen a las Sentencias sobre las que se instrumentó el recurso de amparo, los Organos Judiciales se limitaron a interpretar los hechos en base a las circunstancias especiales que rodearon la entrega del dinero y a las declaraciones prestadas sin intromisiones intolerables en la esfera personal y sin violar el domicilio, las comunicaciones y menos hacer uso indebido de la informática, tal y como se garantizan por el art. 18 de la Constitución, y

d) Finalmente se invoca el art. 17.1 de la Constitución, intentándose basar en el mismo el principio de non bis in idem. La invocación no es pertinente, pues el art. 17.1 se refiere a la seguridad personal, paralela a la genérica libertad individual que el propio apartado recoge y desarrolla en el mismo precepto en los sucesivos párrafos. Por lo que puede observarse en el caso presente, ni marginalmente se ve afectado el derecho a la seguridad por la apreciación por el Tribunal de la existencia de un delito del que se entiende es responsable el recurrente, imponiéndole en consecuencia las penas de multa y comiso.

8. Por último, en cuanto al comiso de la cantidad intervenida, su imposición es consecuencia necesaria de la apreciación del delito monetario, sin que por ello se

vulnere ningún derecho constitucionalmente reconocido. Está previsto expresamente, incluso como pena principal para los delitos monetarios en el art. 7 de su Ley (hoy también el art. 7.5 de la Ley 40/79, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico de Control de Cambios), y en el art. 48 del Código Penal se determina su alcance implicando la pérdida de los efectos e instrumentos con que se hubiera ejecutado el delito. Tal consideración tiene la cantidad intervenida, como se deduce de la Jurisprudencia interpretativa de dicha pena y hoy del art. 7.5 de la Ley de Régimen Jurídico de Control de Cambios.

Para evitar las consecuencias del comiso en la jurisdicción penal, lo único que hubiera podido resultar relevante es la certeza de la pertenencia de la suma de dinero a quien fuera totalmente ajeno a los hechos (no responsable), pero no el que se cuestione, como pretende el recurrente, la validez del contrato de compraventa que sólo afecta a las partes (art. 1.257 del Código Civil) y no a terceros.

Fallo

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

Ha decidido

1.° Desestimar los motivos de oposición a la admisión del recurso opuestos por la Abogacía del Estado.

2.° Denegar el amparo solicitado por el Procurador don Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de don J.Y.M. y declarar que no han sido violados los derechos constitucionales invocados por el recurrente por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Segunda de lo Penal) de 24 de abril de 1980 y la confirmada por ésta del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de 11 de junio de 1979, dictada en Diligencias Preparatorias núm. 201 de 1978, que condenaba al recurrente por un delito monetario en grado de tentativa.

3.° Declarar que no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas.

4.° Devolver las actuaciones remitidas por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3.

5.° Notificar la presente Sentencia al Fiscal General del Estado, a la Abogacía del Estado ante este Tribunal y al recurrente.

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

Dada en Madrid, a treinta de enero de mil novecientos ochenta y uno.

- **SENTENCIA DEL TC 77/1983, DE 3 DE OCTUBRE.**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdaguer, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 368/1982, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal, asistido por el Letrado don Carlos Fernández Santacruz y Sánchez Matamoros, en nombre de don Tomás Gómez Rodríguez, contra el Acuerdo del Gobierno Civil de Cádiz, de 22 de octubre de 1981, que impuso al recurrente una sanción pecuniaria y que fue confirmado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla de fecha 14 de julio de 1982.

Han sido parte en el asunto el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado y ha sido Ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Sobre las veintiuna horas del día 24 de julio de 1981 se recibió en la Sala del 091 de la Comisaría de Policía de Cádiz una llamada telefónica anónima, en la cual una voz, al parecer de varón, dijo: «A las once horas hará explosión un artefacto en el Gobierno Civil.» Acto seguido se cortó la comunicación.

En los antecedentes que este Tribunal ha tenido a la vista se manifiesta que el «operador de servicio» intervino el teléfono del que procedía la llamada y que a solicitud del mencionado «operador» la Compañía Telefónica informó que del teléfono del que procedía la llamada era titular don Daniel González Rendón, domiciliado en la calle Colarte, núm. 6, de Cádiz.

Personada la dotación de un coche de Policía en el domicilio referido y franqueada la entrada en el mismo por doña Francisca González Vecino, que se hallaba en él en

compañía de dos hijos de corta edad, la dotación policial comprobó que el teléfono estaba intervenido y en comunicación directa con la Sala 091 y que en el local se encontraba también Tomás Gómez Rodríguez, yerno del titular del local, que había abandonado momentos antes el domicilio para trasladarse a su lugar de trabajo en «Astilleros Españoles, S. A.», de Matagorda.

2. Los hechos de que se ha hecho mención dieron lugar a unas diligencias sumariales y a una causa, que el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cádiz, en juicio oral y público por desórdenes públicos contra don Tomás Gómez Rodríguez, absolvió a éste del delito del que era acusado. En su Sentencia, fechada el 6 de febrero de 1981, el Juez de Instrucción manifestó que, sin desconocer las apariencias que señalaban al acusado como autor de la incívica y reprobable acción que se le imputaba, existían argumentos que permitían otorgarle credibilidad. Entre estos argumentos señalaba el Juez que faltaba en los autos un informe técnico preciso acerca del sistema de detección de llamadas que utiliza la Policía; la falta de seguridad de que la llamada fuera hecha por un varón; la improbabilidad de que una persona medianamente informada cometa un acto como el que se imputaba al acusado valiéndose de un teléfono propio y el dato de que, en su opinión, una falsa alarma, como la que era objeto de juicio, sólo puede ser obra de un demente, oligofrénico o fanático o de un ser totalmente antisocial, condiciones que no concurrían en el acusado.

3. Por Acuerdo de 22 de octubre de 1981 el Gobierno Civil de Cádiz impuso a Tomás Gómez Rodríguez una multa de 500.000 pesetas por haber realizado la susodicha llamada anónima. Contra la Resolución del Gobierno Civil de Cádiz interpuso el sancionado recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Audiencia Territorial de Sevilla, la cual dictó Sentencia con fecha 14 de julio de 1982 desestimando el recurso y confirmando el acto administrativo recurrido por considerarlo conforme con el ordenamiento jurídico.

En su Sentencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, tras reconocer la presunción de inocencia, que, como derecho que asiste a todos y que supone que la culpabilidad de una persona no puede presumirse, sino que debe ser probada, según el párrafo 2.° in fine del art. 24 de la Constitución, estableció que estimaba probada la culpabilidad del recurrente, porque él era el único varón que había en el domicilio del que partió la llamada cuando la misma se produjo, él mismo reconocía que en aquél momento se hallaba en tal domicilio y según el informe de la Compañía Telefónica, la Sala del 091 tiene la posibilidad de poner en funcionamiento un dispositivo de detección de llamadas, de suerte que, según el mencionado informe, la posibilidad de error es mínima.

4. Con fecha 23 de septiembre de 1982 el Procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal, actuando en nombre y representación de don Tomás Gómez Rodríguez, interpuso ante este Tribunal recurso de amparo. Solicitaba en él la declaración de

inconstitucionalidad de la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia de Sevilla y la consiguiente nulidad de la misma.

El recurso de amparo se fundamentaba en la infracción del párrafo tercero del art. 9 de la Constitución, toda vez que, en opinión del recurrente, no pueden imponerse sanciones gubernativas y penales por unos mismos hechos y cuando los actos contrarios al orden público revisten los caracteres de delito han de enviarse al órgano jurisdiccional competente los antecedentes y las actuaciones practicadas para que éste proceda a su enjuiciamiento. De ello resulta, según el criterio del recurrente, que cuando el Gobierno Civil de Cádiz, el 22 de octubre de 1981, acordó la imposición de la sanción, carecía de competencia para hacerlo. Y si se estimara que la recuperó después de la Sentencia absolutoria del Juzgado de Instrucción, hay que argüir que entonces no la ejercitó. Además de ello alegaba el recurrente la violación del párrafo segundo del art. 24 de la Constitución, en orden a su derecho del Juez ordinario predeterminado por la Ley, que excluye la posibilidad de ser condenado por un órgano sin competencia para ello y el derecho a la presunción de inocencia que a su juicio no se respeta cuando la prueba que se aduce es un elemento mecánico del que se admite una posibilidad de error por mínima que ésta sea.

5. Admitido el recurso de amparo de que queda hecho mérito en los anteriores apartados de esta Sentencia, se otorgó, de conformidad con el art. 52 de la LOTC, un plazo de veinte días al recurrente, al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado para que dentro de él pudieran alegar lo que a su derecho conviniera.

El recurrente ha evacuado el traslado mediante escrito de 11 de marzo de 1983. En él manifiesta que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, al desestimar el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Gobierno Civil de Cádiz infringe el art. 9 de la Constitución. Ello se deduce fundamentalmente del hecho de que en opinión del recurrente cuando el Gobierno Civil de Cádiz impuso sanción el día 22 de octubre de 1981, no tenía competencia para hacerlo, por lo cual, la sanción debió ser declarada nula de pleno derecho por la Audiencia Territorial. En segundo lugar, acusa el recurrente la infracción del párrafo segundo del art. 24 de la Constitución que, en su opinión, resulta infringido en dos de sus postulados: en cuanto al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, que se viola al permitir que haya sido el recurrente condenado por quien no tenía competencia para ello como es el caso de la Autoridad Administrativa y en cuanto al derecho de la presunción de inocencia, ya que el único elemento de convicción que existía para que el juzgador, que en su caso fue la Autoridad Gubernativa, llegara al convencimiento sobre la autoría de los hechos enjuiciados fue el control de un elemento mecánico al que se le admite una posibilidad de error.

El Abogado del Estado expuso en su escrito de alegaciones que el recurso plantea realmente el tema único de si ha habido violación del derecho a la presunción de

inocencia del cual trata expresamente el tercer considerando de la Sentencia impugnada; de cuya lectura se desprende que no ha existido vulneración alguna, pues aquella presunción resulta destruida por la apreciación de la prueba; y que a tal conclusión no se opone una Sentencia penal absolutoria habida cuenta de la distinta naturaleza del ilícito penal y el ilícito administrativo. Concluía suplicando se dicte Sentencia denegatoria del amparo.

El Ministerio Fiscal ha interesado del Tribunal el otorgamiento del amparo alegando que se infringió el art. 2 del Decreto del año 1977 que obliga a la autoridad gubernativa a suspender el procedimiento hasta que se produzca la sanción penal; que la resolución gubernativa viene impedida por el principio non bis in idem y que el recurrente se encuentra con dos resoluciones de los Poderes Públicos, una que es preferente en el orden sancionador y que le absuelve y otra que, cuando menos en el proceder, es dependiente de la anterior y que le condena, sin que la determinación de los hechos y hasta su propia valoración varíe, sólo porque en un caso no se estima acreditada su participación y en el otro sí, lo que apunta a una inseguridad jurídica que sólo el otorgamiento del amparo puede superar, basando su concesión no precisamente en la presunción de inocencia en que se basa la demanda sino en el derecho de todo ciudadano a la tutela jurídica.

6. Por acuerdo fechado el 27 de abril del corriente año la Sala decidió, con suspensión del plazo para pronunciar Sentencia, comunicar a los comparecidos en el proceso la eventual existencia, con relevancia para la decisión, del motivo consistente en la violación del art. 25.1 de la Constitución, en lo que se refiere a la potestad sancionadora de la Administración y les otorgó un plazo común de diez días para que sobre tal motivo alegaran lo que a su derecho pudiera convenir.

Dentro del plazo mencionado en el apartado anterior, han efectuado las correspondientes alegaciones la representación del recurrente, el Abogado del Estado y el Fiscal del Estado.

El recurrente entiende que el art. 25.1 de la Constitución impone claros límites a la potestad sancionadora de la Administración entre los que se encuentra el que tal potestad se ejercite según la legislación vigente, por lo que, a su juicio, es claro que el Gobierno Civil de Cádiz, en el momento de imponer la sanción no tenía ninguna potestad para ello, lo que resulta del Real Decreto-ley 6/1977, texto en virtud del cual no puede imponerse sanción gubernativa encontrándose los hechos pendientes de enjuiciamiento criminal, añadiendo que, en su opinión, la Autoridad gubernativa sólo puede imponer sanción por hechos que hayan sido objeto de enjuiciamiento criminal, en el caso de que tales hechos no sean declarados delito y sean constitutivos de falta. Concluye el recurrente su alegación diciendo que en modo alguno pueda suceder que el Juez ordinario dicte Sentencia absolutoria no por no ser los hechos constitutivos de delitos, sino por ser el procesado el autor de los mismos y a continuación la Autoridad

gubernativa lo considera autor de los mismos hechos. Por todo ello, en su opinión, se produce la violación del art. 24 de la Constitución por no respetarse el derecho de los ciudadanos del Juez predeterminado por la Ley y el art. 25 por haberse excedido la Administración de los límites impuestos en su potestad sancionadora.

El Fiscal General del Estado, en su escrito de alegaciones reitera su posición en punto a que se estime la pretensión del amparo, por considerar que se ha violado el art. 24.1 o el 25.1 de la Constitución.

A juicio del Fiscal, la referencia al art. 25 de la Constitución plantea, en primer lugar, el problema de si la potestad sancionadora de la Administración está, como el ius puniendi del Estado, subordinada a reserva de Ley, de modo que tienen que ser definidos por Ley formal y no por disposición de rango inferior las sanciones administrativas; problemática que no tiene cabida en el presente caso, desde el momento en que la sanción impuesta por el Gobierno Civil de Cádiz recayó en un imperativo de Ley formal que era el art. 2 b) de la Ley de Orden Público de 30 de junio de 1969. Tampoco puede plantearse dentro del art. 25.1 de la Constitución. Un problema de subsunción que versa en punto a si la conducta sancionadora fue debida o indebida encaja en el precepto legal porque este sería un problema de legalidad ordinaria debidamente revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Finalmente, señala el Fiscal que a su juicio la resolución gubernativa no pudo quebrantarse sin el principio non bis in idem porque dictada una Sentencia firme en el orden judicial que declara no acreditada la participación de los acusados en los hechos, no puede sin violar dicho principio, recaer en otra instancia una resolución sancionadora, ese principio tiene amparo en el art. 25.1 de la Constitución el derecho fundamental que en él se consagra, resulta quebrantado.

Finalmente, el Abogado del Estado, en su escrito de alegaciones, ratificó su escrito anterior y solicita que se dicte Sentencia denegatoria del amparo solicitado. Señala el Abogado del Estado que la cuestión relativa al art. 25.1 no se invoca en la demanda de amparo en que el tema de la posible incompetencia de la Autoridad administrativa se realice a la luz del juez ordinario predeterminado por la Ley. A juicio del Abogado del Estado, aun cuando el asunto se quiera trasladar de un precepto constitucional al otro, no puede llegarse a una solución que satisfaga la pretensión del recurrente. A su juicio, del párrafo 3.° del art. 2 del Real Decreto-ley 6/1977, de 25 de enero, se deduce que siempre que los procedimientos penales terminen sin declaración de responsabilidad, el tema puede volver a la autoridad gubernativa para que ésta decida si los actos son sancionables como actos contrarios al orden público. De ello resulta a su juicio que las sanciones administrativas pueden imponerse en todos aquellos casos en que el fallo es de declaración sin responsabilidad y no únicamente en aquellos en que la declaración de la autoridad judicial sea la de que no constituyen delito.

7. Por providencia de 13 de julio pasado se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 21 de septiembre, en que tuvo lugar.

II. Fundamentos jurídicos

1. Con objeto de dejar allanado el camino para un mejor planteamiento de este asunto, conviene señalar previamente cuáles de las alegaciones realizadas por las partes no pueden en este trance acogerse. Así, la alegación que en el recurso se hace del párrafo 3.° del art. 9 de la Constitución, como uno de los fundamentos jurídicos de la pretensión de amparo no puede acogerse, porque es manifiesto que, de acuerdo con el art. 53, apartado 2 de la propia Constitución y de lo que dispone el art. 41 de la Ley Orgánica de este Tribunal, los derechos susceptibles de amparo son únicamente los reconocidos en los arts. 14 a 29, además de la tutela de la objeción de conciencia reconocida en el art. 30.

Tampoco puede decirse que en el caso de esta acción se haya violado la presunción de inocencia consagrado por el art. 24 de la Constitución, porque tal presunción supone que la carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste, pero el derecho a la presunción de inocencia no permite calibrar la mayor o menor abundancia de las pruebas ni la apreciación que de acuerdo con el ordenamiento legal hayan hecho los órganos de aplicación de la Ley. En este sentido, hay que destacar que en el caso del que el recurso deriva hubo pruebas tenidas en cuenta, como fueron las declaraciones testificales, las declaraciones del propio acusado y los elementos mecánicos del control de llamadas telefónicas puestos en marcha únicamente ante la ilícita amenaza de explosión de una bomba. Es verdad que unas mismas pruebas condujeron al juez de instrucción a aplicar en beneficio del reo el criterio de la duda razonable y al Gobierno Civil a darlos como hechos probados, pero este acto no permite suponer que se haya violado la presunción de inocencia, porque lo que ocurre es que las apreciaciones del material probatorio fueron distintas, lo que plantea un problema de carácter diverso sobre el que volveremos después.

Tampoco es posible decir, como se pretende en la demanda de amparo, que se haya vulnerado el derecho al juez predeterminado por la Ley. La hipotética violación de este derecho es pretendida por la parte recurrente sobre la base de que el Gobierno Civil no pudo actuar mientras las actuaciones estaban pendientes de fallo de la autoridad judicial. Sin embargo, de esta premisa no se puede deducir una violación del derecho al juez predeterminado por la Ley. El recurrente fue juzgado por el juez ordinario que la Ley predeterminaba y si pudo ser sancionado por un órgano de la Administración como es el Gobierno Civil, ello depende sólo de la existencia y de los límites de la potestad sancionadora de la Administración, de manera que la violación del derecho al juez no aparece producida.

2. El problema central que el presente recurso de amparo plantea es el relativo a la extensión y a los límites de la potestad sancionadora de la Administración, dado que la característica más saliente del asunto es la desarmonía entre la apreciación de los hechos por parte de la Autoridad judicial y la consiguiente decisión que sobre ellos pronunció y la llevada a cabo por el Gobierno Civil.

No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3.°, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.

Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la Constitución y que dimanan del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.

3. Colocados de lleno en la línea a la que hemos llegado en el apartado anterior, podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la Autoridad judicial.

La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la

Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.

La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.

4. La Sentencia de este Tribunal de 30 de enero de 1981 («Boletín Oficial del Estado» núm. 47, de 24 de febrero) reconoce el principio llamado de non bis in idem íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones que recoge el art. 25 de la Constitución. El principio non bis in idem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del art. 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto.

5. Es consecuencia de todo ello que en el caso presente es nulo el acuerdo del Gobierno Civil de Cádiz de 22 de octubre de 1981, por el que se impuso la sanción y que debe anularse asimismo la Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 14 de julio de 1982 por no haber reconocido la violación que en el acto administrativo recurrido se había cometido.

Fallo

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Tomás Gómez Rodríguez y en su consecuencia anular el Acuerdo del Gobierno Civil de Cádiz de 22 de octubre de 1981, por el que se impuso al recurrente la sanción de 500.000 pesetas de multa y la Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 14 de julio de 1982, que declaró el referido acto administrativo conforme con el ordenamiento jurídico.

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

Dada en Madrid, a tres de octubre de mil novecientos ochenta y tres.

- **SENTENCIA DEL TC 159/2003, DE 15 DE SEPTIEMBRE.**

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2980-2000, promovido por don Lorenzo García Mendoza, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Raquel Nieto Bolaño y asistido por el Abogado don Francisco Garrido Navarro, contra las Resoluciones del Ministro de Defensa de 31 de julio y 11 de diciembre de 1998 y la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 24 de mayo de 2000, doña Raquel Nieto Bolaño, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Lorenzo García Mendoza interpuso recurso de amparo contra las Resoluciones del Ministro de Defensa de 31 de julio y 11 de diciembre de 1998 dictadas en el expediente gubernativo núm. 9/97 y la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000, que resolvió el recurso contencioso disciplinario militar ordinario contra las anteriores en virtud de las cuales el recurrente resultó sancionado con separación del

servicio como autor de la falta muy grave prevista en el art. 9.7 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, consistente en "embriagarse con habitualidad".

2. Los hechos y circunstancias relevantes para la resolución del presente amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) A raíz de un incidente que tuvo lugar el 14 de julio de 1996 en la vía pública en Fuenlabrada (Madrid), en el que discutieron varias personas e intervino el recurrente -Cabo Primero de la Guardia Civil-, y tras someterse éste a una prueba de alcoholemia, se inició contra el mismo expediente disciplinario núm. 377/96, que finalizó con la Resolución del General Jefe de la Primera Zona de 9 de enero de 1997 mediante la cual se impuso al recurrente la sanción de dos meses de arresto en establecimiento disciplinario militar como autor de una falta grave del art. 8.22 de la Ley Orgánica 11/1991, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, consistente en "embriagarse fuera de servicio cuando afecte a la imagen de la institución". Dicha sanción comenzó a ejecutarse el 17 de enero de 1997. Contra dicha Resolución interpuso el sancionado recurso de alzada el 18 de enero de 1997 y en escrito separado de idéntica fecha solicitó la suspensión de la sanción impuesta mientras se tramitaba el recurso en atención a los perjuicios que dicho arresto le produciría dada la grave depresión que sufría.

b) En Resolución del Director General de la Guardia Civil de 27 de enero de 1997 se ordenó instruir expediente gubernativo núm. 9/97, acumular las actuaciones del expediente núm. 377/96, dejar sin resolver el recurso de alzada y suspender la parte no extinguida de la sanción de arresto impuesta, a la vista del informe de la asesoría jurídica de la Guardia Civil de la misma fecha. En el citado informe, emitido en el expediente núm. 377/96, se sostiene, tras constatar que en la documentación militar del sancionado aparecen anotadas, entre otras, dos sanciones impuestas por hechos realizados en estado de embriaguez, que los hechos objeto del expediente disciplinario núm. 377/96 pudieran ser constitutivos de la falta muy grave prevista en el art. 9.7 de la Ley Orgánica 11/1991, por lo que se interesa, de conformidad con lo previsto en el art. 37 de dicha Ley y dado que no habían transcurrido los quince días previstos en el mismo, la incoación de expediente gubernativo por la autoridad disciplinaria superior a la que acordó la sanción inicial. Asimismo se sostiene que no era necesaria la resolución del recurso de alzada interpuesto en el expediente núm. 377/96, pues el citado expediente se acumularía al nuevo que se incoara. Finalmente, se interesa la suspensión del cumplimiento de la parte no extinguida del arresto hasta tanto se adoptase resolución en el nuevo expediente gubernativo, puesto que si el mismo finalizase con sanción, se anularía la sanción previa de arresto en virtud de lo dispuesto en el art. 37.3 de la Ley Orgánica 11/1991.

c) Por Resolución del Ministro de Defensa de 31 de julio de 1998 se acordó sancionar al expedientado con la separación del servicio al apreciarse la autoría de la falta muy grave

prevista en el art. 9.7 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil. Asimismo y de conformidad con lo previsto en el art. 37.3 de dicha Ley se decretó la nulidad de la sanción de dos meses de arresto, impuesta el 9 de enero de 1997 en el expediente disciplinario núm. 377/96.

d) Contra dicha Resolución interpuso el sancionado recurso de reposición que fue desestimado en Resolución del Ministro de Defensa de 11 de diciembre de 1998, de conformidad con el informe de la asesoría jurídica al que se remite.

e) El sancionado interpuso recurso contencioso disciplinario militar ordinario contra la misma, siendo desestimado por Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000.

3. El recurrente aduce la vulneración del principio de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (art. 9.3 CE), de los derechos a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), a un procedimiento sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), a la igualdad de armas en el proceso (art. 24.2 CE), a la imparcialidad (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del principio non bis in idem (art. 25.1 CE).

a) Alega el recurrente, en primer término, la vulneración del principio de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (art. 9.3 CE), por cuanto entiende que se le negó la cancelación de dos notas de su hoja de servicios en virtud de la aplicación del art. 60.2 de la Ley Orgánica 11/1991, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, cuando su aplicación "debió de realizarse sobre unos hechos debatidos y recurridos con anterioridad a esa fecha, dado que el expediente gubernativo recurrido fue dictada [sic] el 31 de julio de 1998".

b) Aduce, en segundo término, que en la substanciación del expediente núm. 377/96 se le ha ocasionado indefensión, pues no se le permitió presentar preguntas para formular a los testigos, estar presente en el interrogatorio de éstos, formular preguntas y repreguntas, hacer fotocopias de lo actuado, se le denegó la práctica de pruebas periciales, no se le notificó la denegación del instructor de las pruebas solicitadas ni se le dio contestación a los escritos de suspensión del cumplimiento de la sanción. A ello añade que en el expediente núm. 9/97 se repitieron las irregularidades al negársele la realización de fotocopias y tener que estudiar el expediente en horario de oficina y en dependencias oficiales, no habiéndole informado de las pruebas testificales practicadas y no dejándole participar en el desarrollo de las mismas.

c) En tercer lugar, sostiene que el incumplimiento de los plazos en la tramitación del expediente ha provocado dilaciones indebidas e indefensión, al ser tratados los intervinientes con distinto rasero, debido a que el expedientado se vio obligado a

cumplir los plazos de forma perentoria mientras que la autoridad gubernativa los utilizó de forma informativa.

d) Alega de nuevo indefensión e infracción del derecho a la igualdad de armas procesales por cuanto la Sala del Tribunal Supremo habría otorgado un trato diferente a la Abogacía del Estado al haber admitido sus escritos fuera de plazo y estimar sus pretensiones, además de desarrollar una labor de defensa de ésta.

e) Aduce la parcialidad del instructor del expediente núm. 377/96, su actitud de clara animadversión contra el expedientado, lo que habría quedado demostrado en el expediente núm. 9/97 en el que declaró el citado instructor como testigo, no ocultando su antipatía contra el expedientado.

f) El recurrente sustenta otra vulneración de la prohibición de indefensión en la falta de notificación "al unísono" del acuerdo de suspensión de la ejecución del arresto y de la incoación del nuevo expediente disciplinario, dado que ambas cuestiones se resolvieron en la resolución del 27 de enero de 1997. La única razón que podría explicar la notificación separada, aventura el recurrente, sería que la incoación del expediente no se efectuara en dicha fecha, como podría deducirse del dato de que la fecha consta escrita a bolígrafo, mientras que el resto del escrito está mecanizado, y de que ese mismo día el Director General hubiera firmado una treintena de resoluciones, y no la suya.

g) Denuncia la inaplicación del "beneficio" de la presunción de inocencia al haber cursado una solicitud de ser examinado por un tribunal médico, dado que los hechos que ocasionaron su embriaguez tendrían su origen en el síndrome de alcoholismo que padece.

h) Finalmente, sostiene la infracción del principio non bis in idem protegido en el art. 25 CE, dado que por un mismo hecho ha cumplido una condena de pérdida de libertad de nueve días de arresto y posteriormente se le ha sancionado con la separación, así como por haberse utilizado "antecedentes caducos" y, por tanto, de efectos nulos para la configuración del tipo disciplinario aplicado.

En virtud de todo ello solicita se reconozca que la resolución judicial objeto del proceso constitucional ha vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva, la interdicción de la indefensión y que se ha infringido el principio non bis in idem. Asimismo solicita la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y de los expedientes sancionador y gubernativo núms. 377/96 y 9/97, así como de la sanción de separación del servicio impuesta.

4. La Sección Primera de este Tribunal, tras solicitar y recibir los testimonios de las actuaciones de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y de la Dirección General de la Guardia Civil, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, acordó

conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo, para que, dentro de dicho término, alegasen lo que estimaren pertinente sobre la eventual carencia manifiesta de contenido de la demanda de amparo (art. 50.1.c LOTC).

5. En escrito registrado en este Tribunal el 22 de mayo de 2001, la representación procesal del recurrente de amparo reiteró sucintamente las pretensiones de la demanda de amparo y sus fundamentos, entendiendo en su virtud que la demanda no carecía de forma manifiesta de contenido.

6. En escrito registrado en este Tribunal el 25 de mayo de 2001 el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de la demanda en virtud de la carencia manifiesta de contenido (art. 50.1.c LOTC) de la mayoría de las pretensiones que la sustentan y la falta de invocación de otras.

De un lado, el Ministerio Fiscal argumenta, con independencia de que el principio de irretroactividad consagrado en el art. 9.3 CE no sea susceptible de amparo, que la cuestión de la cancelación de las notas era irrelevante para la aplicación del tipo, dado que la ley determina que existe habitualidad cuando se tiene constancia por cualquier medio de dos o más episodios de embriaguez. De otro, razona la ausencia de indefensión con base en lo expuesto por el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico sexto de su Sentencia, pues la parte ha tenido ocasión de ejercer su derecho de defensa, ya que del expediente se desprende que el interesado tuvo pleno conocimiento de las causas por las que se le incoó el mismo y constancia de los cargos que se le imputaron, así mismo pudo efectuar todas las alegaciones que estimó oportunas en cada momento y recibió las notificaciones pertinentes, y, finalmente, pudo plantear el recurso de reposición. Añade, en cuanto a la denegación de pruebas, que no concreta prueba alguna, ni su petición y denegación o falta de práctica, ni alude a la trascendencia de las mismas para el resultado del proceso. Argumenta también el Fiscal que no resultaba necesario el pronunciamiento sobre la suspensión del cumplimiento de la primera sanción, ya que había sido dejada sin efecto.

En cuanto al incumplimiento de los plazos, sostiene el Ministerio Fiscal que la Sentencia recurrida se ocupó de analizar esta cuestión, concluyendo de forma razonada en la inexistencia de caducidad y prescripción. En el mismo sentido razona que no se comprueba que a la contestación del recurso contencioso fuera de plazo del Abogado del Estado se le diera un trato distinto al legalmente previsto. Además, afirma que las consideraciones efectuadas por el Tribunal Supremo sobre determinadas afirmaciones vertidas por el recurrente en ciertos escritos supone el ejercicio por el órgano de enjuiciamiento de sus facultades correctoras para garantizar la ordenación del proceso. Finalmente, señala el Ministerio Fiscal que la parte no aduce en qué modo la tramitación del recurso ante el Tribunal Supremo supuso merma de sus posibilidades de alegación y prueba.

En lo relativo a la parcialidad del instructor, pone de manifiesto el Fiscal su falta de invocación en el procedimiento previo con desconocimiento del carácter subsidiario del recurso de amparo, así como que el expediente fue dejado sin efecto al incoarse el nuevo expediente en el que no actuó el instructor del primero y que la eventual mala opinión del instructor sobre el expedientado manifestada con posterioridad no podría equipararse a la enemistad manifiesta. Niega también la indefensión aducida por la falta de una simultánea notificación de la suspensión y de la incoación del expediente, al entender que ni se argumenta por el recurrente el perjuicio, ni puede inferirse en que consistió, dado que frente a ambas resoluciones pudo adoptar la actitud procesal que estimó pertinente.

En relación con la queja relativa a la solicitud no cursada de pasar examen ante un tribunal médico, razona el Ministerio Fiscal, de un lado, la inadecuación de la alegación de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, habida cuenta de que no se denuncia que la sanción se sustentara en un vacío probatorio, sino que se aduce la falta de práctica de una prueba pericial, y, de otro, la ausencia de vulneración constitucional en la medida en que no se explica en qué momento se solicitó, ni tampoco aparece que se volviera a solicitar en el recurso contencioso disciplinario militar, en el que consta que tras una inicial denegación de prueba, tras el recurso del Sr. García Mendoza, la misma fue admitida.

En suma, considera el Fiscal que no se ha producido una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción, sino que el recurrente se limita a desgranar alusiones genéricas, algunas de ellas carentes de sustrato fáctico y esgrimiéndose otras ex novo.

Por último, en cuanto a las infracciones del principio non bis in idem, entiende el Fiscal que la utilización de antecedentes caducos es irrelevante a los efectos de la interpretación del tipo aplicado. Por lo que respecta a la dualidad de condenas, afirma que no aparece alegada como tal ni en el expediente disciplinario ni en el recurso contencioso disciplinario militar, de modo que, al traerse la cuestión per saltum ante este Tribunal, se habría desconocido el carácter subsidiario del recurso de amparo. No obstante, y sobre el fondo, entiende que no ha habido una reiteración del ejercicio del ius puniendi a través de dos procedimientos distintos, sino que, de conformidad con el art. 37 de la Ley Orgánica 11/1991, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, la imposición de las sanciones es provisional, sujeta durante un breve plazo a la posibilidad de que la autoridad disciplinaria superior ejercite la acción transformadora o provoque de la autoridad competente la transformación. Por tanto, no ha habido más que un único procedimiento y una única sanción por cuanto la inicialmente impuesta fue declarada nula de conformidad con el precepto mencionado.

7. La Sección Primera de este Tribunal, por providencia de 2 de julio de 2001, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC,

notificar la resolución al Abogado del Estado emplazándole así para que, en el plazo de veinte días, pudiera comparecer en este proceso constitucional si lo estimare pertinente y, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones en la Secretaría de la Sala al Ministerio Fiscal, al recurrente y al Abogado del Estado, si compareciese, para que dentro de dicho plazo pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniesen.

8. Por escrito registrado en este Tribunal el 12 de julio de 2001, la representación procesal del recurrente reiteró una vez más las alegaciones de la demanda de amparo y sus fundamentos.

9. Por escrito registrado en este Tribunal el 26 de julio de 2001, el Abogado del Estado, en trámite de alegaciones, interesó la desestimación íntegra de la demanda de amparo.

El Abogado del Estado entiende que las alegaciones de vulneración de la interdicción de la indefensión agrupadas en el primer bloque son en su mayoría planteadas por primera vez ante este Tribunal; lo mismo sucede con la alegación de parcialidad y de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues tales quejas no fueron planteadas ante el Tribunal Supremo, por lo que deberían ser inadmitidas. Por último, considera que no se invocó ante el Tribunal Supremo una de las dos pretensiones de vulneración del principio non bis in idem, en concreto la relativa a la imposición de dos sanciones por el mismo hecho: el arresto y la separación del servicio.

Respecto de la aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 8/1998, que habría conducido a negar la cancelación de antecedentes que luego habrían sido tenidos en cuenta a efectos de considerar la habitualidad, sostiene el Abogado del Estado que las citas que de la Ley Orgánica 8/1998 efectúa la Sentencia del Tribunal Supremo no implican aplicación retroactiva de esta Ley, sino su aplicación en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/1991, y que, en todo caso, conforme a ambas redacciones, la aplicación del art. 60 conduce a la negación de la cancelación de los antecedentes.

Sobre el contenido de las alegaciones relativas a la vulneración de la prohibición de indefensión considera el Abogado del Estado que, bien carecen de relevancia y se sustentan en la mera comodidad -así la relativa a las fotocopias-, o bien no se observan dado que el demandante habría contado con todas las garantías, como se deduce del propio expediente, habiéndose llegado incluso a llevar a efecto pruebas "extremas", como la de determinación del horario del Director General de la Guardia Civil el día de la incoación del expediente para concretar la procedencia o improcedencia de su sustitución para el acuerdo de incoación. En el mismo sentido argumenta que la admisión de la contestación de la demanda de la Abogacía del Estado se sustenta en el art. 512 LPM, que dispone que puede admitirse si se presenta dentro del día en que se notifica la providencia de decaimiento del trámite. Y, por último, en este contexto, señala que bajo la cobertura de la dualidad de fechas de notificación, subyace la falta de

veracidad de la fecha de incoación del expediente, cuestión razonada en extremo en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia impugnada, sin que el recurrente aporte argumento alguno de contrario.

En lo relativo a las alegaciones de vulneración del principio non bis in idem, sostiene que la cuestión de haberse tenido en cuenta hechos que ya fueron sancionados y no cancelados ha sido ampliamente respondida por la Sentencia impugnada sin haber sido razonada de contrario por el demandante de amparo, por lo que resulta suficiente con dar por reproducida dicha fundamentación judicial bien fundada. Añade, además, que no hubo doble sanción, pues, cuando se inició el segundo expediente, la sanción originariamente aplicada había dejado de existir de una manera "tácita o implícita, pero inequívoca". Quedaría en pié, admite el Abogado del Estado, el hecho de haber cumplido una parte del arresto. No obstante, entiende que la consecuencia a que conduciría este "cumplimiento de una sanción dejada sin efecto no sería distinto del que derivaría de cualquier otro supuesto de sanción improcedente, esto es: la compensación de los perjuicios causados. Es claro, que la modificación de la imputación en unas actuaciones que no han ganado firmeza es siempre posible, dentro de unos márgenes procedimentales que en este caso no han sido denunciados como traspasados".

10. Por escrito registrado en este Tribunal el 30 de julio de 2001, el Ministerio Fiscal interesó la desestimación íntegra de la demanda de amparo con base en los mismos fundamentos ya expuestos en el trámite de alegaciones previsto en el art. 50.3 CE. Respecto de la cancelación de las notas desfavorables añade, de un lado, que dicha denegación no se efectuó en virtud de la aplicación retroactiva del precepto modificado con posterioridad sino en febrero de 1998, esto es, diez meses antes; y, de otro, que esta cuestión no se planteó ante el Tribunal Supremo.

11. Por providencia de 11 de septiembre de 2003 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto de la presente demanda de amparo son las Resoluciones del Ministro de Defensa de 31 de julio y 11 de diciembre de 1998 y la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000, en virtud de las cuales el recurrente Sr. García Mendoza fue sancionado con la separación del servicio al ser considerado autor de una falta muy grave del art. 9.7 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, consistente en "embriagarse ... con habitualidad". En los términos que han sido recogidos en los antecedentes, el demandante alega la vulneración del principio de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras de amparo desfavorables (art. 9.3 CE), de los derechos a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), a un procedimiento sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), a la igualdad de armas en el proceso (art. 24.2 CE), a la imparcialidad (art.

24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del principio non bis in idem (art. 25.1 CE).

A la estimación del recurso de amparo se oponen el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado al considerar, como ha quedado expuesto con detenimiento en los antecedentes, bien que las vulneraciones constitucionales aducidas no han sido invocadas en el procedimiento sancionador y judicial previo, bien que no se constata el sustrato fáctico que las sustenta, bien, por último, que, de conformidad con el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos aducidos, no se han producido.

2. Con carácter previo a su examen resulta pertinente señalar, en primer término, que la demanda de amparo tiene carácter mixto en la medida en que junto a las vulneraciones de derechos fundamentales atribuidas a las resoluciones administrativas (art. 43 LOTC) se imputa una vulneración autónoma a la resolución judicial dictada por el Tribunal Supremo (art. 44 LOTC), por lo que, como hemos hecho en otras ocasiones (por todas SSTC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 4; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4; 26/2002, de 11 de febrero, FJ 3), nuestro enjuiciamiento se iniciará con el examen de las lesiones aducidas frente a las resoluciones administrativas, una vez delimitado el objeto de la demanda de amparo.

De otra parte, es también oportuno recordar brevemente lo sucedido en el procedimiento en el cual el recurrente, Cabo Primero de la Guardia Civil, resultó sancionado con la separación del servicio. Como también ha quedado dicho en los antecedentes, como consecuencia de los hechos sucedidos el 14 de julio de 1996 se abrió expediente al Sr. García Mendoza imponiéndosele la sanción de dos meses de arresto en establecimiento militar en Resolución de 9 de enero de 1997 al considerársele autor de una falta grave del art. 8.22 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, consistente en "embriagarse fuera del servicio cuando afecte a la Institución".

Dicha sanción fue anulada por la Resolución del Ministro de Defensa de 31 de julio de 1998, ya que, de conformidad con el art. 37 de la Ley Orgánica 11/1991, la autoridad superior a la que había dictado la resolución sancionadora acordó la incoación de un nuevo expediente para revisar el anterior -Resolución del Director General de la Guardia Civil de 27 de enero de 1997-, considerando que los hechos podían ser constitutivos de una falta distinta y más grave, dado que, al constar en la hoja de servicios del sancionado la existencia de otros dos episodios de embriaguez, podía tratarse de una falta muy grave tipificada en el art. 9.7 de la citada Ley Orgánica 11/1991. En la misma resolución en la que se acordó la incoación del nuevo expediente se suspendió la ejecución de la sanción de arresto, por lo que ésta solo fue parcialmente cumplida; además, se acumularon al procedimiento las actuaciones del recurso de alzada interpuesto por el recurrente frente a la primera resolución sancionadora. Substanciado de nuevo el expediente sancionador, el recurrente fue sancionado con la

separación del servicio al apreciar la Resolución del Ministro de Defensa de 31 de julio de 1998 que concurrían los elementos de la falta muy grave mencionada.

3. Iniciando ya el examen de las infracciones denunciadas en la demanda de amparo, hemos de hacerlo señalando que la pretensión concerniente a la vulneración del principio de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos (art. 9.3 CE) no puede ser substanciada en este específico proceso constitucional de amparo, pues, de conformidad con los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, sólo son susceptibles de amparo constitucional los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29, así como el derecho a la objeción de conciencia contemplado en el art. 30 CE. De modo que, como no se trata de la incorrecta ubicación constitucional del derecho a no ser sancionado por hechos que en el momento de producirse no fueran constitutivos de infracción administrativa según la legislación vigente en ese momento (art. 25.1 CE), sino que la queja del recurrente se ciñe a la aplicación retroactiva del art. 60 Ley Orgánica 11/1991, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/1998, en relación con la denegación de la cancelación de los antecedentes que constaban en su hoja de servicio, la pretensión ha de ser desestimada por ser ajena a los límites de este proceso constitucional.

Como afirman el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado en sus respectivos escritos de alegaciones, algunas de las pretensiones de amparo no fueron invocadas en la vía judicial previa (art. 44.1.c LOTC), por lo que deben ser también desestimadas al no haberse respetado el carácter subsidiario del recurso de amparo y, por consiguiente, no haberse dado oportunidad al órgano judicial para reparar dicha vulneración. Requisito que, si bien no se menciona expresamente en el art. 43 LOTC, ha de entenderse inherente al agotamiento de la vía judicial previa (art. 43.1 LOTC) en aras de garantizar el carácter subsidiario del recurso de amparo (SSTC 79/1984, de 9 de julio, FJ 1; 212/1993, de 28 de junio, FJ 1). Como tiene declarado este Tribunal, dicha garantía constitucional preserva la prioridad de los órganos judiciales en el conocimiento y restablecimiento de los derechos fundamentales y sólo es posible si el recurrente manifiesta expresamente ante los Tribunales la lesión de la que entiende está siendo objeto. Efectuando una interpretación flexible de este requisito este Tribunal ha reconocido que no es exigible la cita del precepto constitucional concreto que se estima vulnerado, ni tampoco la reproducción de su nomen iuris o calificación jurídica de la norma fundamental vulnerada, sino que lo realmente relevante para entender hecha la invocación es "haberla planteado en términos tales que pueda identificarse como descripción de la violación de un derecho fundamental y permita por tanto al órgano judicial, conocida por manifestada la relevancia constitucional de la eventual lesión, pronunciarse respecto a su restablecimiento" (STC 136/2002, de 3 de junio, FJ 2). En suma, basta para considerar cumplido el requisito "con que de las alegaciones del recurrente pueda inferirse la lesión del derecho fundamental que luego se intente invocar en el recurso de amparo (STC 142/2000, de 29 de mayo, FJ 2), siempre que la queja haya quedado acotada en términos que permitan a los órganos judiciales

pronunciarse sobre la misma (SSTC 75/1998, de 25 de abril, FJ 5; 29/1996, de 26 de febrero, FJ 2; 146/1998, de 30 de junio, FJ 4; 310/2000, de 28 de diciembre, FJ 2; y 14/2001, de 29 de enero, FJ 11)" (STC 136/2002, de 3 de junio, FJ 3).

Pues bien, hemos de convenir con el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado que el recurrente Sr. García Mendoza no invocó en el recurso contencioso disciplinario militar interpuesto las objeciones que dirige al procedimiento administrativo y que, a su juicio, le habían producido indefensión por no habérsele informado de las pruebas testificales practicadas y no habérsele dejado intervenir en el desarrollo de las mismas. Y, con independencia de la irrelevancia constitucional de la cuestión, la tacha de parcialidad atribuida a un testigo del procedimiento -quien había sido el instructor del primer expediente- tampoco se invocó ante el Tribunal Supremo.

4. Tampoco se invocaron en el recurso contencioso disciplinario militar ordinario ante el Tribunal Supremo la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ni la relativa a la prohibición constitucional de ser sancionado dos veces por los mismos hechos como consecuencia de la imposición de dos sanciones -arresto y separación del servicio- por los hechos acaecidos el 14 de julio de 1996. El recurrente denunció en el recurso contencioso la vulneración del principio non bis in idem con una confusa argumentación -folios 23, 24, 25, 26 y 27 del rollo de actuaciones del recurso contencioso disciplinario militar ordinario- de la que sólo cabe inferir el cuestionamiento de la prohibición de doble sanción en su aspecto o vertiente relativo a la calificación de la embriaguez como habitual a partir de la toma en consideración dos anotaciones de sanciones que constaban en su hoja de servicios -sanciones de 21 de marzo de 1994 y de 19 de julio de 1995, en cuyas resoluciones consta como hecho la embriaguez-, que, se queja el recurrente, debieron ser canceladas y no lo habían sido.

En el ordinal XI de su demanda contenciosa el Sr. García Mendoza, alegando la prescripción de las faltas por las que se le había sancionado en el pasado, expone que "la utilización de hechos sancionados con anterioridad y cancelados o que se haya solicitado su cancelación (como se pondrá de manifiesto en el ordinal siguiente), implica que se me condena dos veces por los mismos hechos, por lo que se contraviene el principio jurídico del non bis in idem, más aun si se toma en consideración que las sanciones ya se han cumplido y, además, están prescritas". Esta argumentación, centrada en el art. 60 de la Ley Orgánica 11/1991, en lo referente a la cancelación de notas desfavorables, se desarrolla efectivamente en el ordinal XII de los fundamentos jurídicos de su demanda ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. Sólo en el ordinal V de los fundamentos jurídicos de la demanda de amparo se refiere el demandante a la infracción del principio non bis in idem, protegido por el art. 25.1 CE, "dado que por un mismo hecho se ha cumplido una condena de pérdida de libertad 9 días de arresto y posteriormente se le ha sancionado con la separación del servicio, se han utilizado antecedentes caducos y, por tanto, de efectos nulos para la configuración del tipo disciplinario que se ha aplicado" (sic).

El Abogado del Estado razona que de las dos cuestiones que bajo la lesión del principio non bis in idem plantea la demanda de amparo, la primera, en la que denuncia la existencia de una doble sanción, además de carecer de argumentación, es "de nuevo cuño" pues no se alegó ni en la vía administrativa, ni, desde luego, en el recurso contencioso disciplinario militar, sino por primera vez ante este Tribunal. De la misma opinión es el Fiscal quien, en consecuencia, concluye en que la queja incurre en causa de inadmisión por falta de alegación en la vía judicial previa.

Así es en efecto, de acuerdo con el art. 44.1.c LOTC, en relación con el art. 50.1.a de la misma, cuyo incumplimiento no resulta subsanado por la admisión inicial de la demanda de amparo, pues según doctrina constitucional reiterada, "los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados porque el recurso haya sido inicialmente admitido a trámite" (SSTC 50/1991, de 11 de marzo, FJ 3; 129/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 3; 105/2001, de 23 de abril, FJ 2; 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; y 18/2002, de 1 de marzo, FJ 3), pudiendo determinarse la inadmisión en este momento procesal (SSTC 143/1996, de 16 de septiembre, FJ único; 146/1998, de 30 de junio, FJ 3; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; y 192/2002, de 28 de octubre, FJ 3), inadmisión que alcanza a las presuntas vulneraciones procedimentales causantes de indefensión señaladas en el fundamento jurídico anterior, del derecho a la presunción de inocencia y de la prohibición constitucional de ser sancionado dos veces por los mismos hechos por causa de la imposición de las sanciones de arresto y separación del servicio.

5. Desbrozado así el camino para el examen de fondo de las pretensiones y comenzando por las que se atribuyen a las resoluciones administrativas sancionadoras hemos de señalar, en primer término, que las irregularidades formales que se dicen cometidas en la primera fase del procedimiento sancionador, que dio lugar a la imposición de la sanción de arresto de dos meses, no pueden considerarse causantes de indefensión alguna en el recurrente dado que dicha sanción fue anulada con posterioridad, instruyéndose y sustanciándose un nuevo procedimiento sancionador conforme a las reglas procedimentales establecidas por la Ley Orgánica 11/1991 para las faltas muy graves. Por tanto, la queja ha de ser desestimada con base en la reiterada doctrina de este Tribunal (entre otras muchas, SSTC 161/1985, de 29 de noviembre, FJ 5; 48/1986, de 23 de abril, FJ 1; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 27; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4), según la cual los defectos procedimentales sólo son constitutivos de vulneración de la indefensión constitucionalmente proscrita cuando son causantes de un perjuicio real y efectivo, esto es, de una merma definitiva de la posibilidad de alegar, contradecir y probar.

En aplicación de esta misma razón de decidir se han de desestimar las restantes quejas que el recurrente aduce como vulneradoras de la prohibición de indefensión.

Ciertamente, el tener que estudiar el expediente en las dependencias oficiales y en horario de oficina al negársele las fotocopias del mismo pudo ocasionar al recurrente alguna incomodidad (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 11), pero ni la demanda de amparo alega ni este Tribunal aprecia que no pudiera conocer el expediente, específicamente los cargos que se le imputaron, ni de qué forma se le limitó su derecho de defensa. Por otra parte, del hecho de que no se le notificaran de forma simultánea los dos acuerdos tomados en la Resolución de 27 de enero de 1997 tampoco resulta ninguna limitación del derecho de defensa, pues se le notificó con posterioridad el acuerdo de incoación del expediente y tuvo conocimiento, como deriva de las actuaciones, de la tramitación del mismo, pudiendo ejercer sin limitación aquel derecho fundamental.

Tampoco se alega ni se observa en qué forma ha afectado al derecho de defensa del recurrente el eventual incumplimiento de los plazos procesales por parte de la autoridad gubernativa. Por su parte, la hipótesis sostenida por el recurrente de que el acuerdo de incoación del expediente se había efectuado una vez transcurridos los quince días previstos al efecto en el art. 37.1 Ley Orgánica 11/1991 no puede ser objeto de análisis, ya que no se aduce la vulneración de ningún derecho fundamental, sino la mera cuestión fáctica de la falsedad de la fecha del acuerdo de incoación del expediente, cuestión en la que este Tribunal no puede entrar.

6. La última pretensión de la demanda que se dirige frente a las resoluciones administrativas radica en la vulneración del derecho a no padecer dos sanciones por los mismos hechos, sustentada en el hecho de que para considerar concurrente el elemento "habitualidad" de la falta muy grave del art. 9.7 Ley Orgánica 11/1991, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, se tomaron en consideración dos anotaciones que constaban en su hoja de servicios respecto de dos faltas anteriores que debieron haber sido canceladas y no lo fueron. En concreto, la demanda de amparo afirma que "se han utilizado antecedentes caducos y por tanto de efectos nulos para la configuración del tipo disciplinario que se ha aplicado". Durante todo el procedimiento el Sr. García Mendoza adujo que las anotaciones debieron haberse cancelado y que la denegación de la cancelación permitió tenerlas en cuenta para la falta muy grave del art. 9.7 de la Ley Orgánica 11/1991.

La Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000, en su fundamento jurídico quinto, argumenta, de un lado, que no se daban los requisitos para la cancelación de tales notas desfavorables, y, de otro, añade que "el hecho de que esas anotaciones o algunas de ellas pudieran haber sido canceladas es una circunstancia ajena al presente procedimiento, que no es de acumulación de faltas, sino que el segundo inciso del apartado 7 del art. 9 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil determina que existe habitualidad cuando se tuviere constancia 'por cualquier medio' de dos o más episodios de embriaguez y tal tipo disciplinario es el que se ha tenido en cuenta a la hora de imponer la sanción al recurrente -independientemente de la posible cancelación

de las notas desfavorables, que insistimos en este caso no pudo producirse- se tenía constancia de los dos episodios anteriores de embriaguez" [sic].

Desde la perspectiva constitucional del derecho invocado nada se puede oponer a la fundamentación del Tribunal Supremo. Este Tribunal carece de competencia para analizar la cuestión relativa a si dichas anotaciones debieron ser canceladas o no. Por lo demás, la cuestión de la "caducidad" de los antecedentes o de la "indebida no cancelación" de las anotaciones desfavorables por las sanciones precedentes en la hoja de servicios carece de relación con el derecho invocado, pues lo que éste prohíbe es ser sancionado dos veces por los mismos hechos (por todas, STC 2/2003, de 16 de enero) con independencia de los efectos que las sanciones hayan tenido en la hoja de servicios del sancionado.

La cuestión que podría tener relevancia respecto del derecho invocado es la relativa a si pueden ser tenidos en cuenta hechos ya sancionados -con independencia de si se han cancelado o no las anotaciones o antecedentes en relación con dichas sanciones- para integrar un nuevo tipo sancionador más grave. Pero esta cuestión no ha sido planteada ni en el recurso contencioso disciplinario militar ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ni en la demanda de amparo. Relevancia constitucional podría tener también, desde la perspectiva del derecho a no ser sancionado por los mismos hechos, la cuestión relativa al efectivo padecimiento de dos sanciones -parte del arresto impuesto y separación del servicio- por los sucedidos el 14 de julio de 1996, como consecuencia de la revisión de la calificación de la sanción en un nuevo procedimiento punitivo; sin embargo, como ya hemos expuesto en el fundamento jurídico 4, tampoco ha sido invocada dicha vulneración en el recurso contencioso disciplinario militar previo.

7. Finalmente, la vulneración de la prohibición de indefensión (art. 24.1 CE) que el recurrente Sr. García Mendoza imputa a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo al admitir la contestación a la demanda de la Abogacía del Estado -según el recurrente fuera de plazo y, según razona el Tribunal Supremo, admitida legalmente-, también ha de ser desestimada, pues dicha admisión no limitó en modo alguno su derecho de defensa, dado que el recurrente tuvo conocimiento de la misma y pudo alegar frente a ella lo que a su derecho convino.

En atención a cuanto antecede ha de desestimarse la demanda de amparo en su integridad.

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 la presente demanda de amparo de don Lorenzo García Mendoza.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a quince de septiembre de dos mil tres.

- **SENTENCIA DEL TC 229/2003, DE 18 DE DICIEMBRE.**

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4455/99, promovido por don Francisco Javier Gómez de Liaño Botella, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Moneva Arce y asistido por los Abogados don Jorge Trias Sagnier y doña María Dolores Márquez de Prado y de Noriega, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 2/1999, de 15 de octubre, que dio fin a la causa especial núm. 2940/97, así como contra los Autos de 16 de junio de 1998, 3 de noviembre de 1998 y 3 de febrero de 1999, dictados en la expresada causa, y contra el Auto de 15 de junio de 1999, dictado en el incidente de recusación tramitado en relación con la misma. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Han sido parte don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarri, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González, representados por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, y la Asociación de Estudios Penales, representada por la Procuradora doña Gema de Luis Sánchez y asistida por el Abogado don José Emilio Rodríguez Menéndez. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Cachón Villar, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 28 de octubre de 1999 la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Moneva Arce, en nombre y representación de don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, dictada en la causa especial núm. 2940/97, que condenó al demandante de amparo, como autor de un delito continuado de prevaricación, a las penas de 18

meses de multa, a razón de 1.000 pesetas diarias, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de quince años, con pérdida definitiva del cargo que ostentaba y de los honores que le eran anejos, y con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales. El recurso se formula también contra las demás resoluciones mencionadas en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso de amparo y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Con fecha 26 de septiembre de 1997 se interpuso ante el Tribunal Supremo una querella por la representación procesal de don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarri, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González en la que se imputaba al actual demandante de amparo la comisión de tres delitos de prevaricación por ciertas resoluciones dictadas como instructor del denominado asunto "Sogecable" (diligencias previas 54/97 del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional), y en el que fueron denunciados los ahora querellantes en el proceso por prevaricación. Dicha querella dio lugar a la incoación de la causa especial núm. 2940/97, dada la condición de Magistrado de uno de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional del querellado.

Mediante Auto de 19 de febrero de 1998 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (compuesta por tres Magistrados) acordó, en contra de la opinión del Ministerio Fiscal, su admisión a trámite y la apertura de diligencias previas, así como la desestimación de otras tres querellas incoadas ante el Tribunal Supremo por otros denunciantes contra el Sr. Gómez de Liaño e inicialmente acumuladas a la causa. En ese mismo Auto se decidió que el procedimiento iniciado con motivo de esta querella se tramitase por las normas del sumario ordinario.

Con fecha 23 de febrero de 1998 se dictó Auto aclaratorio del anterior, estableciendo que "la apertura de las Diligencias Previas por parte del Excmo. Sr. Instructor, como Delegado de esta Sala y por mandamiento de la misma, lo es tan sólo para que se notifique en debida forma al Ilmo. Sr. Magistrado querellado la admisión por parte de este Tribunal del escrito de querella contra el mismo, mas una vez realizado tal trámite se transformará por el Excmo. Sr. Instructor en sumario ordinario y continuará así hasta su finalización". Por Auto de 16 de marzo de 1998, con igual composición de Sala que los dos anteriores, se confirmó el de 19 de febrero, con desestimación de los recursos de súplica interpuestos contra éste. El instructor de la causa dictó sendos Autos el 25 de marzo y el 15 de junio, ambos de 1998, acordando en el primero la incoación de diligencias previas y en el segundo la transformación de dichas diligencias en sumario ordinario.

b) El día 16 de junio de 1998 dictó el instructor de la causa Auto de procesamiento contra el querellado y ahora recurrente en amparo, el cual formuló recurso de reforma y subsidiario de apelación, a los que se adhirió el Ministerio Fiscal.

Por Auto de 3 de julio de 1998 se desestimó el recurso de reforma, confirmándose el Auto de procesamiento, y se admitió en un efecto el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente. La Sala (con la composición de tres Magistrados, dos de los cuales la habían integrado al dictarse los Autos de 19 de febrero, 23 de febrero y 16 de marzo de 1998) dictó Auto el 3 de noviembre de1998, desestimando dicho recurso de apelación y ratificando el procesamiento ya acordado, formulando el Ponente Voto particular por entender que debía alzarse el procesamiento.

c) El instructor dictó el 8 de octubre de 1998 Auto de conclusión del sumario.

La representación procesal del querellado y procesado presentó escrito el 16 de noviembre de 1998 ante la Sala que conocía de la causa, solicitando que "a partir de este momento y antes de abrir la fase intermedia" los Magistrados que integraban aquélla y que habían desestimado la apelación formulada contra el Auto de procesamiento "se aparten del conocimiento de la causa a fin de garantizar a mi representado el pleno derecho a un juez imparcial, conforme a los preceptos legales y doctrina, tanto constitucional como del TEDH, expuesta". Se decía en el cuerpo del escrito que, "a la vista del pronunciamiento de la Sala confirmando el procesamiento del Sr. Gómez de Liaño y leídos tanto los razonamientos del auto de mayoría como los del voto particular, esta parte entiende -y lo hace con todos los respetos- que concurren circunstancias objetivas que permiten cuestionar la imparcialidad del tribunal y que, por tanto, los tres excelentísimos señores magistrados deberían inhibirse del conocimiento de la causa (art. 55 de la LECr)". Se decía también, finalmente, lo siguiente: "Nuestra opinión es que la abstención y subsiguiente sustitución debe operar desde el momento mismo en que se abra la fase intermedia a que se refieren los artículos 627 de la LECr. No en vano, en ese período del proceso, a tenor del art. 632 LECr, el tribunal, después del trámite concedido a todas las partes, tendrá que resolver respecto a las solicitudes de juicio oral o de sobreseimiento. A nadie extrañará que esta parte anticipe su intención de pedir el sobreseimiento libre de la causa con base en el artículo 637.1 de la LECr por no existir indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que dio motivos a la formación de la causa, criterio que comparte el Ministerio Fiscal, y es sabido que este supuesto, como situación contraria al art. 384 de la LECr, es una resolución de fondo, que tiene carácter definitivo y que equivale a una sentencia absolutoria (STC 34/1983, de 6 de mayo), hasta el punto de que cabe recurso de casación. Se contravendría la doctrina del TEDH y, por supuesto, el artículo 6.1 del Convenio citado, si quienes viesen ahora esta cuestión de fondo fuesen los mismos magistrados en quienes ya anida un claro prejuicio".

La Sala acordó por Auto de 16 de diciembre de 1998 "tener por hechas las alegaciones formuladas por la defensa del Ilmo. Sr. Don Javier Gómez de Liaño, pero sin apartarse del conocimiento de la causa por las razones expuestas en esta resolución". En el razonamiento jurídico primero del Auto se decía lo siguiente: "Con independencia de lo atípico de la pretensión ejercitada en el escrito de la parte procesada, el art. 55 de la LECrim pone de manifiesto que no otorga un derecho a las partes para solicitar la inhibición de un Juez o Magistrado, sino que deben ejercer el derecho a recusar, si lo estiman procedente, y los juzgan incursos en alguna de las taxativas causas de recusación de los arts. 54 de la citada Ley y 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- Mas si tal escrito no tenía -pese a su inequívoco suplico- otra finalidad que poner de relieve una sentencia del Tribunal de Estrasburgo, poniendo en conocimiento de esta Sala la doctrina recogida y su aplicabilidad al caso, tampoco puede aceptarse por las razones que se exponen a continuación". Seguidamente la Sala fundamenta la estimación de que "la STEDH de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar), en la que apoya su argumentación el escrito de la defensa, no resulta aplicable al caso de esta causa especial". Mediante escrito de 20 de diciembre de 1998 el procesado interpuso recurso de súplica contra dicho Auto, recurso que fue desestimado por Auto de la misma Sala de 7 de enero de 1999.

d) La Sala, con igual composición que la que dictó el Auto de 3 de noviembre de 1998 y los Autos posteriores, de que se ha hecho mención, dictó Auto el 3 de febrero de 1999 (con un Voto particular discrepante) acordando lo siguiente: "Se confirma el auto de conclusión del sumario dictado por el Instructor en la presente causa. Se abre el juicio oral y se comunica la causa al Ministerio Fiscal, para que dentro del término de cinco días califique los hechos que de ella resulten por escrito". En el segundo de los fundamentos de derecho se dice lo siguiente: "Pese a la solicitud, tanto del Excmo. Sr. Fiscal, como de la defensa del procesado, esta Sala no está conforme con tal petición de sobreseimiento libre en base a no ser los hechos objeto de la causa constitutivos de delito, habida cuenta de que no se han modificado las circunstancias que concurrieron al dictar resolución confirmatoria del auto de procesamiento".

Contra dicho Auto interpuso recurso de súplica el querellado y procesado, a cuya admisión a trámite se opusieron el Ministerio Fiscal y demás partes personadas. El recurso fue desestimado por Auto de 19 de febrero de 1999, dictado por la Sala con igual composición de Magistrados que el recurrido, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "La Sala acuerda: Desestimar íntegramente el recurso de súplica interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, Doña Pilar Moneva Arce, en nombre y representación procesal del procesado Ilmo. Sr. Don Javier Gómez de Liaño y Botella, contra el auto de esta Sala de 3 de febrero de 1999, que confirmó el auto de conclusión del sumario y la apertura del juicio oral, ordenando la comunicación de la causa al Excmo. Sr. Fiscal para calificación porque la referida resolución pretendidamente impugnada no es susceptible de recurso alguno".

e) Notificado este último Auto el 24 de febrero de 1999 a la representación procesal del querellado y procesado, dicha representación planteó incidente de recusación contra los Magistrados que componían la Sala, y que habrían de juzgarle, mediante escrito presentado el 25 de febrero de 1999 en el Registro General del Tribunal Supremo.

En dicho escrito se imputaba a todos los Magistrados la pérdida de la imparcialidad objetiva y además a uno de ellos la amistad íntima con uno de los Letrados de la parte querellante e interés en la causa. De este incidente conoció la Sala Especial del Tribunal Supremo regulada en el art. 61 LOPJ, la cual, después de admitirlo a trámite, designó Magistrado instructor del incidente de recusación, quien lo recibió a prueba y, una vez practicada la propuesta, remitió las actuaciones a la Sala Especial. Ésta dictó Auto el 16 de junio de 1999, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "La Sala acuerda, sin entrar en el fondo del asunto, desestimar por extemporánea la recusación planteada por D. Javier Gómez de Liaño Botella; todo ello sin hacer una expresa declaración sobre condena en costas procesales". Dicha resolución contó con un Voto particular discrepante, al que se adhirieron otros cuatro Magistrados.

f) Con fecha 26 de febrero de 1999 la representación del procesado planteó, como artículo de previo pronunciamiento, la excepción de cosa juzgada, a la que renunció después, con fecha 5 de julio de 1999, renuncia efectuada, según dice la demanda de amparo, para evitar mayores dilaciones ya que aquél se hallaba suspendido de empleo y sueldo desde el procesamiento.

g) El juicio oral se celebró entre los días 14 y 22 de septiembre de 1999 y la Sentencia se dictó el 15 de octubre de 1999 por una Sala compuesta por los mismos Magistrados que habían dictado los Autos de 3 de noviembre de 1998 y 3 y 19 de febrero de 1999. Dicha Sentencia contiene la siguiente declaración de hechos probados:

"1. - El 25 de febrero de 1997, el Ilmo. Sr. Juez de Instrucción del Juzgado de instrucción Central Nº 1 acordó, mediante el auto correspondiente, incoar actuaciones penales como consecuencia de la denuncia de 4 folios, acompañada de tres ejemplares de la revista 'Época', presentada el día anterior por D. Jaime Campmany. En dicha denuncia, referida a hechos ocurridos un año antes, se hacía constar que a partir del 1-9-91 y hasta enero de 1996 las Sociedades Sogecable y Canal Plus 'han actuado como sociedades paralelas' y que según consta en el Registro Mercantil el importe de los depósitos de los abonados constituidos por el uso de los descodificadores y adaptadores 'se encuentra contabilizado en el pasivo del balance de la sociedad Sogecable'. Se señala también en la denuncia que 'exactamente el 2 de enero de 1996, la Sociedad Canal Plus adquiere la totalidad de las acciones de Sogecable, para, al día siguiente, 3 de enero de 1996, la Junta General de Accionistas de Sogecable acordar su disolución sin liquidación, aunque realizó una cesión global de activos y pasivos a Canal Plus que, a su vez, modificó su denominación social por la de Sogecable'. Agregaba el denunciante que 'en estas operaciones, al parecer, y según criterio de algunos economistas y juristas,

se han utilizado indebidamente los depósitos en garantía de los abonados cuando, por disposición legal, deberían haber permanecido en cuenta aparte'. También se denunciaba que 'a los nuevos abonados bajo la fórmula de "impuesto incluido" se les siguió cobrando la misma tarifa (del IVA), lo que representó para la sociedad unas ganancias de 5.500 millones de pesetas, con el perjuicio proporcional para cada abonado'.

2. - El denunciante no fue citado para ratificar la denuncia ni para recibirle declaración, pero, luego de haber sido declarado el secreto de las actuaciones en auto de 27-2-97, con la conformidad del Fiscal expresada en un breve dictamen de menos de 4 líneas, el Juez oyó al periodista Miguel Platón, quien aportó un documento sin firma de 7 folios, que atribuyó a los Sres. Pérez Escolar, Gerardo Ortega y, probablemente, Ramón Tamames, del que extrajo los datos para el artículo de la revista Época por él suscrito.

3. - El mismo 27-2-97 se presentó en la causa ejerciendo la acción popular D. Javier Sáinz Moreno, quien fue tenido por parte acusadora en el auto 28-2-97 no obstante disponer sólo de habilitación profesional para asuntos propios. En dicho auto no se exigió fianza correspondiente. En esta misma resolución el Juez dispuso también: 'no ha lugar por el momento, a adoptar medida cautelar alguna, si bien el Presidente del Consejo de Administración, el Consejero Delegado y el Secretario General del Consejo de Administración de Sogecable S.A., más el querellado José A. Rodríguez Gil no podrán salir del territorio nacional sin conocimiento y autorización del juzgado'.

4. - Tanto una como otra resolución fueron recurridas en reforma por los afectados. El Juez desestimó los recursos en los autos de 10.3.97 y 13.3.97.

5. - En ejecución de lo dispuesto sobre prohibición de salir del territorio nacional a determinados querellados, el Juez dispuso el 4-4-97, 'no autorizar los viajes al extranjero que tienen programados Jesús de Polanco y José Antonio Rodríguez Gil'. El Fiscal consideró respecto de esta decisión que 'la medida cautelar adoptada -prohibición de salir al extranjero- puede ser desproporcionada en relación con las investigaciones realizadas hasta el presente momento'" y, en consecuencia, interpuso recurso de reforma.

6. - Posteriormente el Juez autorizó los viajes que había denegado en su resolución de 4-4-97.

7. - El 10.4.97 el Fiscal interesó el levantamiento del secreto de las actuaciones. El Juez no accedió, pero poco después dispuso el levantamiento parcial del secreto. Este auto fue recurrido también por el Fiscal el 17-4-97, diciendo: 'entendemos con los máximos respetos, que ni siquiera respecto de aquellas diligencias que el auto impugnado considera procedente mantener reservadas cabe ya el mantenimiento del secreto'. El recurso fue desestimado por el Juez por auto de 5-5-97.

8. - Mediante auto de 7-5-97 la Audiencia resolvió el recurso de queja contra el auto de 28-2-97 interpuesto por los Sres. Polanco Gutiérrez, Cebrián Echarri y Aranaz Cortezo, dejando sin efecto el auto recurrido en cuanto establecía que los recurrentes 'no podrán salir del territorio nacional sin conocimiento y autorización del Juzgado'. La Audiencia motivó su decisión en 'la falta de fundamento legal y material y por ende la arbitrariedad de la medida adoptada por el Instructor'.

9.- Asimismo por auto de 13-5-97 la Audiencia estimó el recurso de queja interpuesto por los querellados nombrados en el párrafo anterior y, en consecuencia dejó "sin efecto la declaración del secreto del procedimiento, decretado en el dispositivo primero del auto de 27.02.97. En el razonamiento jurídico 5º la Audiencia dijo que 'el secreto, en cuanto a las pruebas periciales en curso no se justifica objetivamente con la protección de la investigación y el valor justicia, que ambos son compatibles con el régimen general de publicidad interna de las diligencias y que sin siquiera como limitación parcial es admisible en tanto ni es imprescindible, necesario, adecuado o proporcional'.

10.- A continuación el Juez ordenó el levantamiento del secreto, en cumplimiento del auto de la Audiencia, señalando que lo hacía 'dejando a salvo la responsabilidad el Instructor por los perjuicios que puedan derivarse para la investigación sumarial'. Sin embargo, al día siguiente, 14-5-97, dictó una providencia en la que ordenó: 'Ante la incidencia que el levantamiento total del secreto pudiera tener en las investigaciones que actualmente realizan los funcionarios de la Policía Judicial adscritos a esta causa, por la vía más rápida -incluida la telefónica- solicítese información de la Brigada de Delincuencia Económica y Financiera'. La Brigada informó por fax el mismo día -previa comunicación telefónica con el Juez- diciendo: 'Dentro del trabajo policial que obra en ese Juzgado, existen diligencias solicitadas, cuyo conocimiento por las partes no perjudica la investigación, porque se va a realizar sobre documentos ya existentes, que no pueden ser modificados externamente, pero existen otros en la actualidad, que de ser aceptados judicialmente, su conocimiento previo por las partes puede hacerlos ineficaces, como por ejemplo la obtención de los datos sobre empleados de la Sociedad de Gestión del Cable, S.A., para tratar de fundamentar posteriormente, mediante toma de declaraciones no preparadas, si esta empresa era o no instrumental de la Sociedad de Televisión Canal Plus, S.A. En cuanto a las gestiones policiales futuras, la Autoridad Judicial tendría que valorar puntualmente si los caminos de esclarecimiento de los hechos que se le ponen de manifiesto, pueden ser o no desvirtuados de existir un conocimiento previo por las partes, puesto que en la investigación económica existe una evidente desproporción entre los medios que utiliza para avanzar en la verdad el instructor y los que posee el investigado para ocultarlo'.

11.- El 15-5-97 el Juez dictó un auto en el que decretó nuevamente 'el secreto parcial de este procedimiento. En concreto de las diligencias de investigación que actualmente y encomendadas por el Instructor, está practicando la Brigada de Delincuencia Económica

y Financiera de la Unidad de Policía Judicial'. En los razonamientos jurídicos, apoyándose en el informe de la Brigada, sostuvo el Juez que 'sin perjuicio de la publicidad sumarial decretada por la Sala el pasado 13 de mayo al estimar el recurso de queja de tres de los querellados, ese secreto debe decretarse de nuevo para el futuro, aunque sólo sea para las diligencias que desarrolla la policía judicial adscrita al proceso'. Este auto fue recurrido en reforma por los querellados, pero no por el Fiscal. El recurso fue desestimado en el auto de 11-3-97, por el propio Instructor.

12.- El secreto fue levantado definitivamente mediante auto de 12 de junio de 1997, luego de la comparecencia de los funcionarios policiales presentando su informe pericial y acogiendo el criterio de éstos respecto de la no necesariedad del secreto.

13.- Uno de los Magistrados que sucedieron al Sr. Juez Gómez de Liaño tras haber sido éste recusado, dictó el 31-7-97 un auto por el que autorizó la salida del territorio nacional del Sr. Polanco entre el 10 y 20 de agosto, tal como éste lo solicitaba y señalando su obligación de comunicar cualquier cambio de domicilio. El otro Magistrado entendió en el auto de 11-11-97, al desestimar un recurso de reforma, que carecía de competencia para modificar las medidas cautelares, atendiendo a la resolución de archivo parcial dispuesta por la Audiencia Nacional.

14.- Mediante auto de 26-6-97, dictado en la pieza de situación del Sr. Polanco, el Juez decretó la libertad bajo fianza de 200.000.000 ptas. de éste. En los fundamentos de dicho auto se estableció que 'no se encuentran razones de estricta necesidad para la aplicación de prisión provisional incondicional', que 'se rechaza el criterio de la alarma social' pues 'en el presente caso no se ha detectado una intranquilidad generalizada' y que 'tampoco puede decirse que el imputado tenga absolutamente decidido eludir el proceso y sus eventuales responsabilidades mediante una huida y no se han detectado maniobras claras de perjudicar la instrucción'.

15.- El 5-9-97 fue incoada la Causa Especial Nº 2790/97, como consecuencia del escrito del Excmo. Sr. Fiscal del Estado en el que éste consideró imposible formular querella, pues era precisa "una inicial concreción de hechos y presuntos autores". La denuncia hacía referencia a la posibilidad de que fueran aplicables los arts. 446, 449, 456, 498 y 450 CP. El Excmo. Sr. Magistrado Instructor designado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo circunscribió la investigación referente al Ilmo. Sr. Gómez de Liaño a la participación en una 'confabulación'. La causa fue archivada por auto de 21-10-97, que adquirió por entender el Instructor que dicha confabulación no era constitutiva de delito. En la motivación de este auto se precisó que: 'han sido objeto de la instrucción hasta aquí practicadas las tres imputaciones que aparecen en las presentes actuaciones: A).- Contra los Sres. Gómez de Liaño ... por la confabulación que ... el Sr. Garzón Real dijo haber conocido extraprocesalmente y que sirvió para fundamentar su abstención en el incidente de recusación, confabulación que en síntesis, habría consistido en el acuerdo de estos cuatro para que las Diligencias Previas 54/97, relativas al caso

Sogecable, pervivieran el mayor tiempo posible en una labor prospectiva, aun cuando no existiera base para ello, considerando conveniente tomar medidas de prisión respecto de alguno de los querellados'".

h) Los fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida se inician con lo que denomina cuestiones previas, entre las que aborda, en primer lugar, la vulneración del principio non bis in idem, dado que el Auto de archivo recaído en la causa especial núm. 2790/97, en la que se investigó la supuesta "confabulación" del actual demandante de amparo con otras personas para que las diligencias abiertas en el asunto "Sogecable" pervivieran el mayor tiempo posible, tenía, a juicio del actor, efectos de cosa juzgada. La Sala estimó, al respecto, que los hechos investigados en aquella causa y en la seguida contra el recurrente eran completamente diversos.

Como segunda cuestión previa, tras un detallado examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se rechaza la parcialidad objetiva de la Sala de enjuiciamiento, que el recurrente imputaba a la intervención de la misma en la confirmación de su procesamiento, por cuanto en el Auto dictado al respecto no se realiza un prejuicio sobre el fondo de la cuestión, y menos aún sobre la culpabilidad del procesado, sino que la Sala de apelación se pronuncia sólo sobre la legalidad de la obtención de las pruebas, el respeto del derecho de defensa y la aplicación provisional del derecho material.

La tercera cuestión previa se refiere a la alegada infracción del principio de legalidad en conexión con la tramitación del proceso por las reglas del procedimiento ordinario. El Tribunal Supremo parte de que dicho procedimiento no representa merma alguna del derecho de defensa, a lo que añade que, derogadas las normas que regían el antejuicio para exigir responsabilidad a Jueces y Magistrados, el proceso dirigido contra un Juez sigue exigiendo ciertas cautelas y garantías procesales para comprobar la consistencia de la acusación contra el Juez, que sólo se pueden salvaguardar a través del procedimiento ordinario, ya que permite una revisión de la instrucción antes del juicio en sentido estricto, inexistente en el abreviado. Tampoco se infringe el principio de igualdad, ya que tras la derogación del antejuicio es el primer proceso en el que la Sala juzga a un Juez, ni el de legalidad, pues el procedimiento está regulado en la ley y no implica perjuicio alguno.

i) La Sentencia considera, en relación con la cuestión de fondo, que los hechos probados son constitutivos de un delito continuado de prevaricación continuada del art. 446.3 del Código penal. Tal actuación prevaricadora se refiere a las resoluciones que a continuación se indican, las cuales se valoran como objetivamente injustas y como dictadas por el procesado, ahora recurrente en amparo, a sabiendas de su injusticia, en la instrucción de las diligencias previas 54/97 del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional.

1) Auto de 15 de mayo de 1997, que reimplantó el secreto parcial de las actuaciones, después de que, declarado el secreto por Auto de 27 de febrero de 1997, había sido éste dejado sin efecto por Auto de 13 de mayo de 1997, dictado por la Sección correspondiente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El Auto de 15 de mayo fue dictado conociendo el Juez que el secreto había sido declarado innecesario, inidóneo y desproporcionado por la Audiencia. El oficio policial de 14 de mayo no se refiere a hechos o a elementos nuevos, y la aparente fundamentación judicial del Auto (apoyada en el carácter instrumental de una sociedad, que ya constaba acreditado en el proceso) demuestra un manifiesto abuso de las facultades que la Ley concede al Juez de Instrucción para limitar el derecho de defensa de las partes, burlando la decisión de la Audiencia y extralimitándose respecto de lo establecido por un Tribunal Superior al que debía acatamiento. En definitiva, se afirma que el Auto, "con fundamentos inexistentes y datos tergiversados, ha reimplantado el secreto en evidente contradicción con el auto de la Audiencia, respecto de hechos que sabía que estaban ya acreditados, de documentos que ya se encontraban en la causa y respecto de diligencias pendientes que no apuntaban a la prueba de hechos que hubieran sido desconocidos por la Audiencia al levantarse el secreto (inclusive parcial) de las actuaciones".

2) Auto de 28 de febrero de 1997, que prohibió la salida del territorio nacional de tres de los entonces denunciados sin conocimiento ni autorización del Juzgado, ratificado por el Auto de 13 de marzo de 1997. Se afirma que la medida fue adoptada sin que existiera habilitación legal que permitiera imponer a un inculpado, respecto del que no existen razones para ordenar su detención, una prohibición para salir del territorio, lo que es especialmente grave al afectar a un derecho fundamental (art. 19 CE). También se reprocha que la decisión se adoptó sin motivación y en un momento en el que la denuncia interpuesta carecía de corroboración.

3) Auto de 26 de junio de 1997, dictado en la pieza de situación de don Jesús de Polanco. Pese a que el Juez estimó que no existía riesgo de huida, impuso una fianza al inculpado que carecía de sentido, pues no había nada que asegurar. Por tanto no se daban los presupuestos para acordar la medida, la cual era, además, desproporcionada para contrarrestar un peligro que el propio Juez declaró inexistente. En ese momento el Juez sabía que el secreto había sido declarado como una medida desproporcionada por la Audiencia, no existía damnificado alguno en el proceso ni peligro alguno de que lo hubiera desde que se fusionaron "Canal Plus" y "Sogecable". Por último se apartó del informe pericial de Hacienda sobre el asunto.

j) La Sentencia contiene el fallo siguiente: "Que debemos condenar y condenamos al procesado don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella, como autor responsable de un delito continuado de prevaricación ya definido, cometido al dictar los tres autos que han sido objeto de esta causa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de dieciocho meses de multa a razón de 1.000 ptas. diarias, y a la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de

quince años, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales producidas incluidas las de la acusación particular y excluidas las correspondientes a la acción popular.- En caso de impago de la multa impuesta la responsabilidad personal subsidiaria se establece en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas". Esta Sentencia condenatoria cuenta con el Voto particular discrepante del Magistrado al que inicialmente se había asignado la ponencia, a la que posteriormente renunció.

3. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en diversas vulneraciones de derechos fundamentales, que se expondrán en el orden de la misma:

a) Se denuncia, en primer lugar, la vulneración del principio de legalidad (art. 25 CE), por la inadecuación de procedimiento elegido para tramitar la causa.

Las normas procesales por las que se rigió el proceso seguido contra el recurrente fueron las del sumario ordinario previsto en la LECrim, en contra de la opinión del recurrente y del Ministerio Fiscal, quienes mantuvieron la posición de que se siguiera el trámite del procedimiento abreviado previsto en los arts. 779 y siguientes LECrim.

En opinión del actor el principio de legalidad (art. 25.1 CE) no se agota con la concreción de tipos delictivos, ni con el rango formal de las normas que lo componen, sino que hay algo más, que es la dimensión procesal jurisdiccional, de forma que la tramitación del proceso, por unas u otras normas, no puede quedar al arbitrio del Juez, ya que aquéllas son de orden público. Según la STC 196/1997 el principio de reserva de ley en materia procesal atribuye al legislador la función de regular en exclusiva el proceso, y el Juez no puede alterar las normas del mismo. Se afirma también que el art. 24 CE, como el 9.3 CE, impiden la arbitrariedad judicial, obligando al juez a respetar las normas procesales.

Discute la demanda, en contraposición con lo expresado en las resoluciones impugnadas, que el proceso ordinario por delitos ofrezca mayores garantías para el recurrente, sosteniendo que, por el contrario, ha determinado serios perjuicios. Entre otros, la publicidad y la amenaza al honor de una persona que genera el Auto de procesamiento, y que ni siquiera una Sentencia absolutoria puede reparar. Además el procesamiento llevó consigo la suspensión de empleo y sueldo del actor. Por otra parte se denuncia que la instrucción sólo fue amplia en el tiempo, pero no en las diligencias que se llevaron a cabo, y que ni siquiera el régimen de recursos que cabe contra el Auto de procesamiento aumenta tales garantías en comparación con el procedimiento abreviado, visto que también es recurrible el auto que acuerda continuar este último.

b) En segundo lugar se denuncia la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), derivada igualmente de la inadecuación de procedimiento.

La tramitación de la causa por las normas del proceso común de la LECrim, y no por las del procedimiento abreviado, ha supuesto para el recurrente también una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). La desigualdad que invoca estriba en que, de acuerdo con una certificación de la Secretaría del Tribunal Supremo que aporta con la demanda, de todas las causas seguidas ante dicho Tribunal contra personas aforadas por delito de prevaricación o por los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, la única que se ha seguido por los trámites del sumario ha sido la abierta contra el Magistrado recurrente, mientras que las demás lo han sido por las normas del procedimiento abreviado. Ello supone un tratamiento jurídico distinto respecto de los demás imputados del Tribunal Supremo, sin que exista justificación objetiva y razonable que lo justifique, pues el Tribunal, apartándose de sus precedentes, ha aplicado una tramitación procesal distinta a la observada con otros aforados.

c) En tercer lugar se denuncia una nueva vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) por violación del principio ne bis in idem en su dimensión procesal.

Según la demanda la causa especial núm. 2790/97, seguida contra el actual demandante de amparo y contra otro Magistrado por la comisión de supuestos delitos de prevaricación, y la causa especial 2940/97, cuya Sentencia aquí se recurre, se siguieron por los mismos hechos, produciéndose una dualidad de procedimientos penales lesiva del principio non bis in idem en su dimensión procesal, que se integra en el art. 25.1 CE. Para ello el recurso analiza, en primer lugar, la identidad entre las causas especiales núm. 2790/97 y 2940/97, que resultaría del escrito de denuncia del Fiscal General del Estado, del Auto de incoación de diligencias previas, de la imputación, de la unión de testimonio de todos los autos recaídos en el asunto "Sogecable", de las certificaciones y dictámenes del Fiscal en este asunto, de las declaraciones prestadas por imputados y testigos y del delito perseguido en la causa núm. 2790/97 (prevaricación). A esta causa se acumularon otras querellas, inicialmente admitidas a trámite, también por prevaricación, formuladas contra el demandante de amparo y contra un Fiscal, que posteriormente fueron archivadas por haber sido objeto de investigación en dicha causa.

En segundo lugar, con apoyo en el ATC 246/1992, viene a concluir que el Auto de archivo recaído en las diligencias previas núm. 2790/97 tiene valor de cosa juzgada, pues sería equiparable a un Auto de sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito. A dicho sobreseimiento libre se hubiera llegado también si la causa especial núm. 2790/97 hubiese sido seguida por los trámites de sumario ordinario.

Partiendo de la identidad de los hechos (en ambos procesos fue investigada la posible conducta prevaricadora del recurrente) y de la eficacia de cosa juzgada del Auto de

archivo, es posible concluir -en opinión del actor- que se han seguido dos procedimientos penales por unos mismos hechos y que, al ser condenado en la causa especial núm. 2940/97, habría resultado infringida la prohibición de bis in idem.

Por último también entiende el recurrente que con tal actuación se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que la apertura de un nuevo procedimiento por unos hechos ya investigados y archivados conculca la prohibición de lo que el Derecho anglosajón denomina double jeopardy, y que no es otra cosa que evitar, no sólo el doble castigo por los mismos hechos, sino el riesgo de que le sea impuesto. E invoca también el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

d) Como cuarto motivo de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, generadora de indefensión (art. 24.1 CE), derivada de la inadmisión por extemporáneo del incidente de recusación formulado por el recurrente.

En efecto, el demandante de amparo recusó a la Sala del Tribunal Supremo llamada a juzgarle al poner en duda la imparcialidad objetiva de la misma y la subjetiva de uno de sus componentes. Admitido inicialmente a trámite el incidente, y designado instructor al efecto por la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 LOPJ, ésta finalmente lo inadmitió al considerar que la formulación de la recusación era extemporánea. Tal decisión se aparta de la ley, porque, si la Sala Especial estimaba que la recusación era extemporánea debió decirlo así al comienzo de la tramitación, tal y como se deduce del art. 223.1 LOPJ, y no una vez concluida aquélla. Por otra parte el Auto de 16 de junio de 1998 interpreta indebidamente el art. 56 LECrim. al llegar a la conclusión de que el mismo impide proponer la recusación una vez dictado el Auto de apertura del juicio oral, cuando el legislador se refiere al comienzo de las sesiones del juicio y no al inicio de la fase intermedia del proceso penal, tal como ha interpretado en otras ocasiones el mismo Tribunal Supremo y se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 138/1991, 238/1991, 232/1992, 119/1993, 282/1993, 384/1993 y 142/1997). Además, y en todo caso, la recusación fue planteada cuando la parte tuvo los datos necesarios para hacerlo, es decir, tras el Auto de 3 de febrero de 1999, por el que se desestimó el sobreseimiento libre de la causa y fue acordada la apertura del juicio oral, pues fue en ese momento cuando se adoptaron decisiones trascendentales que afectaban a la imparcialidad de la Sala y cuando el actor tuvo pruebas sobre el interés de uno de los Magistrados en el asunto.

El hecho de que la Sentencia condenatoria de 15 de octubre de 1999 dedique un largo razonamiento a abordar el fondo de la recusación planteada, en lo que respecta a la imparcialidad objetiva, no ha subsanado los vicios anteriores, porque dicha Sala no es la competente para ello y porque, al actuar de esa manera, incurrió en una forma de incongruencia extra petita al pronunciarse sobre algo que no le correspondía ni se le

pedía, sin olvidar que la citada Sentencia guarda silencio sobre la falta de imparcialidad subjetiva.

e) En quinto lugar se plantea autónomamente la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y al Juez imparcial (arts. 24.1 y 24.2 CE). En opinión del recurrente la falta de pronunciamiento al que estaba obligada la Sala Especial del Tribunal Supremo sobre el fondo de la recusación hace necesario el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Sostiene la demanda que concurren causas objetivas que determinaron la pérdida de imparcialidad de los Magistrados que lo juzgaron, al haberse formado convicciones previas y que asimismo concurren causas subjetivas en uno de ellos que determinaron su ausencia de imparcialidad por amistad íntima con uno de los abogados de los querellantes y por el interés de dicho Magistrado en la causa. Finalmente dicha imparcialidad fue también demandada en el curso del proceso respecto del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal, dado el interés del mismo Magistrado, manifestado durante el juicio.

A continuación analiza detenidamente cada uno de los motivos por los que, en su opinión, la Sala enjuiciadora perdió la imparcialidad.

1) Causas objetivas que determinaron la pérdida de la imparcialidad de los Magistrados, al haberse dictado determinadas resoluciones -fundamentalmente las de confirmación del procesamiento y denegación del sobreseimiento libre- que hicieron que adquiriesen un prejuicio y actuasen prevenidos en las siguientes fases del proceso. Cita como hechos contaminantes las siguientes resoluciones: Auto de 19 de febrero de 1998, de admisión de la querella, en la medida en que en el mismo se manifiesta que los datos de la querella "revisten apariencia delictiva a los efectos del art. 446 del Código Penal, como resoluciones injustas"; Auto de 16 de marzo de 1998, desestimatorio del recurso de súplica interpuesto contra el Auto de admisión de la querella, en el que la Sala, integrada por dos de los Magistrados que después se encargaron de juzgar al demandante, desestimó el recurso habida cuenta que las razones tenidas en cuenta por la Sala al admitir la querella no se habían desvirtuado; Auto de 3 de noviembre de 1998, desestimatorio del recurso de apelación formulado contra el Auto de procesamiento, en el que los mismos Magistrados de la Sala que luego habían de dictar la Sentencia condenatoria se pronunciaron sobre la no vulneración del principio non bis in idem, confirmaron la denegación de diligencias probatorias ya rechazadas por el Instructor y se pronunciaron sobre la existencia de indicios racionales de criminalidad; Auto de 3 de febrero de 1999, que confirmó el de conclusión del sumario y denegó el sobreseimiento libre de la causa, en el que los mismos Magistrados declararon que "no se han modificado las circunstancias que concurrieron al dictar la resolución confirmatoria del auto de procesamiento"; Auto de 19 de febrero de 1999, desestimatorio del recurso de súplica interpuesto contra el anterior y que, sin entrar en el fondo del asunto, lo desestimó por considerar que la ley no prevé tal recurso.

Con apoyo en la STEDH recaída en el caso Castillo-Algar, la demanda sostiene que los Magistrados que confirmaron el Auto de procesamiento y acordaron la apertura del juicio oral, rechazando así el sobreseimiento de la causa, adquirieron unos prejuicios invalidantes para conocer y fallar el asunto y manifestaron anticipadamente un juicio de culpabilidad. Esta conclusión se apoya en las siguientes razones: a) para resolver el recurso de apelación contra el procesamiento, el Tribunal tuvo un conocimiento extenso del asunto, pues se testimonió todo el sumario; b) en el Auto citado anteriormente se abordó la naturaleza del procedimiento aplicado y la denegación de diligencias por el Instructor, lo que significó pronunciarse previamente sobre aspectos que aparecieron en el juicio oral; c) en dicho Auto el Tribunal se pronunció ya sobre el principio non bis in idem, lo que indica que aquél tenía formado un criterio sobre ello y que su juicio estaba contaminado; d) la lectura del fundamento jurídico 5 del Auto resolutorio del recurso contra el procesamiento permite comprobar que los Magistrados examinaron los hechos, emitieron un juicio de probabilidad y atribuyeron los mismos al recurrente; e) el juicio sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y de rechazo del sobreseimiento implicaba que los hechos fueron examinados por la Sala y que ésta estimó que sí eran delictivos.

2) Causas subjetivas de pérdida de imparcialidad de uno de los Magistrados por amistad íntima con un abogado de los querellantes, y por el interés indirecto de dicho Magistrado en la causa.

El demandante de amparo sostiene que, nada más conocer la composición de la Sala, empezó a albergar dudas sobre la imparcialidad de dicho Magistrado, debido a la expresada causa. Por ello, según afirma, estuvo varias veces dispuesto a formular la recusación, y si no lo hizo hasta el 25 de febrero de 1999 fue porque esperó que el citado Magistrado se abstendría antes. La prueba practicada en el incidente de recusación puso de manifiesto, a juicio del demandante, esta relación, hasta el punto de que quedó probada la condonación de unos honorarios a un cliente, efectuada por el Abogado, por razón de la amistad con el mencionado Magistrado. Ambos, Letrado y Magistrado, compartían intereses profesionales, debido a que el primero, en su etapa de vocal del Consejo General del Poder Judicial, fue quien promovió la candidatura del segundo a Magistrado del Tribunal Supremo (año 1988), al tiempo que este último lo apoyó para que aquél alcanzase la cátedra de Derecho penal. Quedó también probado que el Magistrado llegó a enviar clientes al despacho del Abogado y que, como consta de la declaración prestada por un Fiscal, mostró gran interés por el asunto "Sogecable", pidió a éste una copia de la querella interpuesta contra los directivos de esta entidad y le hizo el comentario, después de leerla, de que allí no había nada. Todos estos datos acreditarían, en opinión del actor, que entre ambos existía amistad y que la misma era íntima y suficiente para justificar la recusación del Magistrado, así como para inhabilitarle de seguir conociendo de la causa.

De otro lado, el expresado Magistrado tenía aversión a lo que significó el caso "Sogecable", por el que mostró un enorme e indisimulado interés, paralelo a los intereses de los querellantes del Sr. Gómez de Liaño.

Al no haber analizado la Sala Especial del Tribunal Supremo estas circunstancias, no habría respetado el derecho del recurrente a un juez imparcial.

3) Por último se denuncia el interés mostrado durante el juicio por el Presidente de la Sala, que el recurrente deduce de su iniciativa y actitud al interrogar a determinados testigos y al procesado, tratando de suplir las deficiencias de las acusaciones y de cooperar o favorecer la pretensión condenatoria de dichas partes, lo que revela su pérdida de imparcialidad.

f) Como sexto motivo de amparo se denuncia la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE). Este derecho fundamental, en opinión del recurrente, se habría visto afectado en dos de sus vertientes: aplicación analógica in peius del tipo penal e interpretación extensiva in malam partem de la norma, de tal manera que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que lo juzgó habría "reconstruido" y "adaptado" el tipo de prevaricación del art. 446 del Código penal con la finalidad de subsumir en él la conducta atribuida al recurrente.

Por lo que respecta al elemento subjetivo del delito de prevaricación, el art. 446 del Código penal exige que la resolución injusta sea dictada "a sabiendas" (esto es, según el recurrente, con una clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido, que precisa de prueba), mientras la Sala sentenciadora, al objetivar la "injusticia" (estableciendo que el apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho tiene lugar cuando la aplicación del Derecho se ha realizado desconociendo los métodos e interpretación del Derecho aceptable en tal Estado), prescinde del elemento subjetivo exigido por el Código penal, considerando suficiente para que se dé el delito con que la resolución sea manifiestamente injusta.

Por otra parte, respecto del elemento objetivo, la Sentencia se conforma con la mera ilegalidad de la resolución, siendo lo cierto que esta "ilegalidad" no supone la concurrencia del elemento objetivo, sino que la misma ha de ser patente, manifiesta y grosera.

Tal forma de entender el tipo delictivo sólo ha sido vista así por dos de los Magistrados de la Sala. Ni los dos Magistrados que sucedieron al demandante de amparo en la instrucción del caso "Sogecable", ni los Magistrados de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, ni tampoco el Ministerio Fiscal lo habían entendido así. Como tampoco entendieron de esa manera el tipo penal el Instructor de la causa especial núm. 2790/97 o el Ponente de la Sentencia recurrida, que formuló Voto particular al respecto.

g) Se denuncia, en séptimo lugar, una nueva vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) derivada de la arbitraria modificación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el delito de prevaricación.

Según la demanda la Sentencia que ha condenado al Sr. Gómez de Liaño se ha apartado de la hasta entonces unánime doctrina jurisprudencial sobre el delito de prevaricación. Cita en apoyo de su tesis la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1996, en la que se condena a otro Juez y en la que el elemento objetivo se configura exigiendo que, "de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la resolución de que se trate carezca de toda explicación razonable, es decir, sea a todas luces contraria a Derecho". Se dice asimismo en dicha Sentencia lo siguiente: "Y así esta Sala viene con frecuencia utilizando los términos 'patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico', 'tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera', y otros semejantes, que ponen de relieve el que no basta una mera ilegalidad ... En conclusión, los diferentes delitos de prevaricación exigen como elemento objetivo la absoluta notoriedad de la injusticia, faltando el elemento cuando se trata de apreciaciones que en uno y otro grado son discutibles en Derecho". Por el contrario en el presente caso se rebajan las exigencias objetivas y se dicta Sentencia en contra de la opinión de uno de los Magistrados de la Sala y del Ministerio Fiscal, por lo que se sostiene que la injusticia no debía ser tan manifiesta.

En cuanto al elemento subjetivo "a sabiendas" demandado por el tipo, esa misma Sentencia citada lo configura como la actuación "con plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta", y otras resoluciones del Tribunal Supremo como "la conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia", doctrina abandonada en la Sentencia recurrida sin una explicación razonable. No se halla en toda ella ni un sólo razonamiento sobre el dolo de autor, sobre la voluntad deliberada de faltar a la justicia, ni sobre la conciencia de la injusticia. Se le condena, sencillamente, porque las resoluciones son objetivamente injustas y porque, dada la formación técnica del condenado, éste debía saber que lo eran.

Cita a continuación el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 1997, en el que la Sala compuesta por dos de los Magistrados que dictaron la Sentencia recurrida en amparo desestiman una querella interpuesta contra el propio demandante de amparo.

En consecuencia se ha producido un cambio de criterio o una aplicación desigual de la doctrina jurisprudencial sin causa razonable, por razón de la mera oportunidad, lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley. Nos encontramos, como señala el voto particular, ante"una resolución irrazonablemente divergente de otras anteriores, un supuesto aislado o resolución insólita, nunca un cambio de criterio razonable y pro futuro de la línea jurisprudencial mantenida hasta nuestros días".

h) Como último motivo de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por inexistencia de pruebas de cargo en que fundamentar la conclusión condenatoria.

El recurso sostiene que el camino seguido para llegar a los hechos probados es el de las meras presunciones, sin lógica ni razonabilidad suficiente. Los hechos probados habrían sido construidos desde el más puro voluntarismo, a base de inferencias meramente personalistas, cuando no con "medias verdades" e ignorando el resultado de la prueba practicada en el juicio oral. Los razonamientos jurídicos que permiten llegar a esos hechos son irrazonables, en el sentido de ilógicos y tan abiertos que no pueden llegar a probar lo que se pretende. No existe prueba, ni siquiera de indicios, para afirmar que las resoluciones fueron injustas y, mucho menos, que se dictaron con la intención de que así resultaran. Para llegar a tal conclusión examina los tres Autos presuntamente prevaricadores para integrarlos con los datos fácticos que, a juicio del recurrente, están probados y han sido omitidos.

En primer lugar, respecto de lo afirmado en la Sentencia en relación con el Auto de 15 de mayo de 1997, que reimplantó el secreto parcial de las actuaciones, se señala: 1) Que la denuncia presentada por don Jaime Campmany no fue ratificada porque la LECrim no lo exige (arts. 256 a 269).- 2) Que el secreto de las diligencias fue decretado a petición del Fiscal, con el fin de asegurar el resultado de la investigación, por tiempo de un mes, sin perjuicio de sus prórrogas.- 3) Que ante el recurso de reforma interpuesto por los denunciados el Fiscal pidió que se confirmase el Auto.- 4) Que el día en que la Sala ordenó el levantamiento del secreto el instructor ordenó el alzamiento del mismo inmediatamente.- 5) Que, ante los trabajos que venían realizando los Inspectores de la Brigada de Delincuencia Económica, el Fiscal y el Juez comentaron el caso y fue dictada una providencia solicitando información de los policías expertos para conocer si era necesario un nuevo sigilo.- 6) Que el informe policial dice que el conocimiento previo por las partes de las diligencias pendientes, de ser aceptadas judicialmente, podría hacerlas ineficaces, ante lo que fue decretado el secreto parcial (Auto de 15 de mayo de 1997), "para el futuro, aunque sólo sea para las diligencias que desarrolla la policía judicial adscrita al proceso".- 7) Que el secreto, por tanto, se refiere a lo que está haciendo la Brigada de Delincuencia Económica, no a lo que ya está hecho.- 8) Que la Sentencia omite que este segundo secreto parcial se acordó tras oír al Fiscal y que éste, al contestar al recurso de reforma de los denunciados, dijo que procedía mantener el Auto, sin que fuera formulado recurso de queja.- 9). Que el 12 de junio de 1997 la policía contesta que ya no es necesario el secreto y, en vista de ello, se alza.- 10). Que los denunciados, pese a no recurrir en queja contra este Auto declarando el segundo secreto, acuden a la Sala pidiendo el cumplimiento de la resolución de ésta de dejar sin efecto el secreto de las actuaciones, y por dicha Sala se contesta que "al haberse levantado el secreto ... queda carente de contenido lo peticionado". El Presidente de la Sección que dictó el mismo declaró en el juicio que la Sala que él presidía no dedujo el tanto de culpa, lo que ratificó el Fiscal General del Estado, quien manifestó que "aquello

no constituía en ningún caso delito de prevaricación". El levantamiento del secreto por el Juez fue llevado a cabo cuando la Sala así lo ordenó y, más adelante, cuando la policía manifestó que no había motivo para mantenerlo. De aquí que, como señala el Voto particular, quede patente la ausencia de dolo en el acusado.

En segundo lugar, por lo que se refiere al Auto de 28 de febrero de 1997, por el que se estableció que el Consejero Delegado de "Sogecable", un tercer Consejero y el auditor necesitarían autorización del Juzgado para salir del territorio nacional, se sostiene que el relato de hechos probados que concierne a este Auto es incierto porque: 1) Este Auto, que lo es de admisión a trámite de la querella interpuesta contra "Sogecable", motiva que no procede adoptar medida cautelar, personal o real, contra los querellados, si bien, con el objeto de que en cualquier momento puedan proporcionar los datos necesarios para la investigación, tanto el Presidente del Consejo de Administración, el Consejero Delegado como el auditor precisarán de autorización judicial para salir del territorio nacional.- 2) Este Auto fue recurrido por "Sogecable" y el Fiscal pidió que fuese rechazado el recurso; el Fiscal, por tanto, no recurrió la medida, sino la decisión del Juez de no conceder el permiso al Sr. Polanco, para el 25 de abril, porque se estaba a la espera de unos documentos.- 3) Respecto de la resolución que desestimó el recurso de reforma, el demandante, entre otros razonamientos, especifica que dicha resolución se adoptó para evitar otras más gravosas; recurrida esta resolución también en queja, el Fiscal pidió que se confirmase la medida y la Sala, en cambio, estimó parcialmente el recurso.- 4) Después de dos viajes no autorizados momentáneamente, el 21 de abril de 1997 se autorizaron los pedidos por los Sres. Polanco y Rodríguez Gil; previamente el Sr. Cebrián había viajado a París y Méjico, e incluso un mes antes el Sr. Aranaz había viajado a Bosnia.- 5) Los Magistrados que luego sustituyeron al recurrente mantuvieron las prohibiciones de salida. Por lo demás las resoluciones, no sólo fueron apoyadas por la Fiscalía, sino que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no estimó, al revocar el Auto de 28 de febrero de 1997, que el mismo fuera injusto.

En tercer lugar, y en relación con el Auto de 26 de junio de 1997, que decretó la libertad provisional de don Jesús de Polanco con fianza de 200.000.000 pesetas y otras medidas cautelares, sostiene el actor que no existe prueba que autorice una conclusión fáctica como la que hace el Tribunal. Por el contrario, la prueba documental, las declaraciones del Sr. Gómez de Liaño, del Juez que lo sustituyó en la instrucción, de un funcionario del Juzgado y del propio Sr. de Polanco, acreditaron: 1) Que este último (el Sr. de Polanco) prestó declaración los días 20 y 23 de junio de 1997, a cuyo término se celebró la comparecencia prevista en el art. 504 bis.2 de la LECrim; en ésta las acusaciones pidieron, desde la prisión provisional del mismo, hasta su libertad con fianza.- 2) Que el 26 de junio de 1997 el recurrente en amparo legalizó la situación de aquél decretando su libertad con las medidas que constan en el Auto de tal fecha; la cuantía de la fianza era razonable, e incluso baja en relación con otras que habitualmente se imponen en la Audiencia Nacional.- 3). Que el Auto anterior fue recurrido en reforma por el Sr. Polanco y a dicho recurso se opuso el Fiscal, quien pidió la confirmación de las medidas

cautelares; 4) Que el Sr. Gómez de Liaño se apartó de la causa el 17 de julio de 1997, y el Magistrado que lo sustituyó desestimó la reforma; 5) Que el Ministerio Fiscal se opuso al recurso de queja y el expresado Magistrado informó a favor del mantenimiento del Auto. La Sala, finalmente, estimó el recurso y consideró que era suficiente con que el Sr. de Polanco estuviese a disposición del Juzgado.

Junto a ello es de destacar que las solicitudes de ausencia, pese a las medidas acordadas en el Auto citado, fueron concedidas o denegadas por otros Jueces distintos al recurrente, que lo sustituyeron después de que éste fuera recusado.

De todo lo anterior resulta, no sólo que la decisión del actor fue ajustada a Derecho, sino que sus medidas fueron mantenidas por otros Jueces, pese a que incluso el Ministerio Fiscal había pedido la supresión de algunas y que la Sala había archivado provisionalmente la causa en lo que a los delitos de apropiación indebida y estafa concernía. Mientras que el Sr. de Polanco estuvo a disposición del recurrente durante doce días, con el resto de los Jueces lo estuvo hasta diez meses.

En definitiva, se pretende que el Tribunal Constitucional verifique que los hechos probados no son tales y que el razonamiento que lleva de éstos a los hechos constitutivos de delito es irrazonable por ilógico o excesivamente abierto. Por el contrario en la causa seguida contra "Sogecable" existían hechos de los que se desprendían motivos suficientes para investigar, dada la apariencia delictiva de los mismos, y el Fiscal instó la práctica de diligencias respecto de ellos. Por ello ni tan siquiera consta la injusticia de los Autos, y menos aún que la intención del recurrente fuese contravenir el Derecho. El simple dato de que el actor haya instruido una causa penal y que haya dictado resoluciones luego revocadas por el Tribunal Superior no es prueba ni indicio de que haya prevaricado.

A la vista de las anteriores alegaciones suplica el recurrente que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado, declarando la vulneración de los derechos fundamentales antes citados y anulando la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, el Auto de procesamiento, el que confirmó el mismo, el que denegó el sobreseimiento y el pronunciado por la Sala Especial del art. 61 LOPJ, que desestimó la recusación sin entrar en el fondo de la misma.

Mediante sucesivos otrosíes se solicita la suspensión provisional de la ejecución de la Sentencia y que el trámite de alegaciones se sustituya por la celebración de vista oral (de conformidad con el art. 52.2 LOTC).

4. Por providencia de la Sección Primera de este Tribunal, de fecha 13 de abril de 2000 se acuerda, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que formulen alegaciones en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda.

5. El día 27 de abril de 2000 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de alegaciones de la representación procesal del recurrente, en el que se reproducen y ratifican las expuestas en la demanda de amparo, insistiendo en que la misma no carece de contenido constitucional y argumentando a fortiori que la ausencia de doble instancia derivada del carácter de aforado del demandante de amparo hace especialmente necesario que el Tribunal Constitucional conozca de este asunto.

6. Mediante escrito de fecha 4 de mayo de 2000 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal:

a) Rechaza, en primer lugar, la lesión del principio de legalidad (art. 25 CE) por inadecuación del procedimiento, recordando que el citado principio tiene vigencia respecto del derecho penal material pero no en el ámbito procesal. Tampoco desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) tendría la queja contenido constitucional, pues la elección del procedimiento ordinario no le ha causado indefensión procesal constitucionalmente relevante.

b) Respecto de la pretendida vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), derivada de la inadecuación del procedimiento, afirma el Fiscal que, ni se aporta término de comparación válido (pues no lo son las causas incoadas con posterioridad a ésta, ni las anteriores en que no consta la idéntica composición personal del Tribunal), ni puede afirmarse que la elección de las normas del procedimiento ordinario supongan discriminación alguna.

c) En cuanto a la violación del principio de legalidad (art. 25.1 CE) o del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por incumplimiento del ne bis in idem procesal, sostiene el Ministerio Fiscal que los hechos objeto de la causa especial 2790/97 no son los mismos que los del proceso del que trae causa el presente recurso, como destacan tanto la Sentencia recurrida en el fundamento jurídico primero como el Voto particular.

d) Rechaza igualmente el Ministerio Fiscal la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derivada de la desestimación por extemporánea de la recusación de los Magistrados que habían de componer la Sala llamada a juzgarlo, porque el recurrente tuvo conocimiento de la composición de la misma -a efectos de la imparcialidad objetiva- desde que se constituyó con el Auto de conclusión del sumario, dando traslado a las partes para que alegaran lo pertinente, y si no presentó en ese momento la recusación incumplió lo dispuesto en el art. 223.1 LOPJ. Y, en cuanto a la imparcialidad subjetiva, la propia demanda reconoce que se tenía conocimiento de las causas que se alegan desde hacía bastante tiempo y la Sala Especial del art. 61 LOPJ así lo considera probado, señalando además que no puede considerarse probada la amistad íntima entre el Magistrado y el Abogado de los denunciantes.

e) Por lo que respecta a las alegaciones relativas al derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE) sostiene inicialmente el Ministerio Fiscal que concurre la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía judicial previa, pues el agotamiento exige la utilización en tiempo y forma de los medios procesales al alcance del recurrente, quien, al no haber actuado así (planteando extemporáneamente el incidente), no dio ocasión al órgano judicial para reparar el derecho fundamental que se dice vulnerado. No obstante, para el caso de que no se estimara así por el Tribunal, analiza las cuestiones de fondo, sosteniendo que, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe ser admitido el motivo relativo a la falta de imparcialidad objetiva del Tribunal sentenciador derivado de ser el mismo que dictó el Auto de confirmación del procesamiento.

f) Se rechaza en sexto lugar la alegación relativa a la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) por interpretación analógica in malam partem del tipo de prevaricación, afirmando que la argumentación del recurrente pone de relieve tan sólo su discrepancia con la calificación jurídica efectuada por la Sentencia, lo cual constituye un problema de subsunción de los hechos en la norma, que es una cuestión de legalidad ordinaria.

g) Respecto de la lesión del principio de igualdad (art. 14 CE), derivada de la arbitraria modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el delito de prevaricación, sostiene el Fiscal que no se aporta término de comparación válido, por incumplirse el requisito de identidad del órgano judicial, que ha de entenderse referido a la idéntica composición de la Sala que dictó la Sentencia de contraste.

h) Por último, en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), entiende el Ministerio Fiscal que lo que plantea el recurrente no es un supuesto de vacío probatorio, sino su discrepancia con la valoración de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal sentenciador. Tras un amplio análisis de la doctrina constitucional acerca de la presunción de inocencia, se afirma que no nos encontramos ante un supuesto de vacío probatorio, sino que la Sentencia acoge las pruebas practicadas (documental consistente en las resoluciones calificadas de injustas y amplia testifical) y las valora libremente en conciencia, sin que corresponda a este Tribunal, desde la perspectiva de este derecho fundamental, ninguna otra constatación.

En atención a todo lo expuesto interesa la inadmisión, por carencia manifiesta de contenido constitucional (art. 50.1.c LOTC), de todos los motivos de amparo, excepto el quinto, respecto del cual propone la inadmisión por falta de agotamiento de la vía judicial previa, y, subsidiariamente, la inadmisión de los submotivos referidos a la falta de imparcialidad subjetiva, por carencia de contenido, y la admisión del referido a la falta de imparcialidad objetiva.

7. Por providencia de 29 de mayo de 2000 la Sección Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y requerir al Tribunal Supremo para que remitiera testimonio íntegro de la causa especial núm. 2940/97 y emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional. Por dicha providencia se acuerda, igualmente, formar la correspondiente pieza separada se suspensión.

Posteriormente, a petición del Ministerio Fiscal y al amparo del art. 88 LOTC, se solicita también las remisión de las actuaciones correspondientes a la causa especial núm. 2790/97, que fue archivada, y al incidente de recusación núm. 5/99.

8. Mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro General de este Tribunal el día 8 de junio de 2000 se personó en el presente recurso de amparo el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarri, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González. Mediante un escrito presentado el día 13 de junio de 2000, la Procuradora de los Tribunales doña Gema de Luis Sánchez se personó en nombre de la Asociación Estudios Penales, bajo la dirección letrada de don José Emilio Rodríguez Menéndez.

9. Recibidos los testimonios de las actuaciones requeridas, el día 14 de julio de 2000 la Sección Primera acuerda dar vista de las mismas, por plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que, en dicho término, puedan presentar las alegaciones que a su derecho convenga.

10. El 9 de septiembre de 2000 presentó sus alegaciones la representación procesal de la Asociación de Estudios Penales rechazando la existencia de vulneración alguna de derechos fundamentales y solicitando la desestimación de todos los motivos de amparo.

Se rechazan en primer lugar las vulneraciones vinculadas a la inadecuación del procedimiento seguido, por entender que la Sentencia impugnada nada resuelve sobre el procedimiento y que el recurrente debió agotar la vía de los recursos ordinarios contra la resolución que acordaba la tramitación por el cauce sumario, cosa que no hizo, sin que, por lo demás, pueda apreciarse merma de garantías en la elección de dicho cauce procesal. Se rechaza igualmente la vulneración del principio de legalidad en su vertiente de ne bis in idem por no existir la identidad objetiva y subjetiva que pretende el recurrente. Tampoco se aprecian vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, ni del derecho al juez imparcial, derivadas de la desestimación por extemporánea de la recusación formulada por el demandante de amparo, pues dicho incidente fue debidamente resuelto, sin que entonces se interpusiera recurso de amparo y sin que quepa imputar vulneración alguna a la Sentencia ahora recurrida. Respecto de la alegada vulneración del principio de legalidad, sostiene esta parte que de los hechos probados de

la Sentencia se deduce que concurrían todos los elementos del delito de prevaricación; y en cuanto a la pretendida vulneración del principio de igualdad se afirma que no ha existido una modificación de la jurisprudencia respecto del delito de prevaricación que la justifique. Finalmente se rechaza la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sosteniendo que existe prueba de cargo y que el demandante de amparo se limita a poner de relieve su particular valoración de los hechos, facultad que corresponde en exclusiva al juzgador.

11. El día 11 de septiembre de 2000 presentó sus alegaciones el demandante de amparo, ratificándose en lo expuesto en la demanda, reproduciendo brevemente los motivos de amparo y las alegaciones allí realizadas. Se añade al comienzo una precisión respecto de las resoluciones impugnadas (que no serían sólo la Sentencia de 15 de octubre de 1999, sino también el Auto de procesamiento de 16 de junio de 1998, el que lo confirmó, de fecha 3 de noviembre de 1998, el que denegó el sobreseimiento libre, de fecha 3 de febrero de 1999 y el Auto de 15 de junio de 1999, dictado por la Sala Especial del art. 61 LOPJ, que desestimó la recusación por extemporánea) y se denuncia la vulneración del derecho a la doble instancia penal en este supuesto, con referencia al Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, conforme al cual España incumple las garantías del art. 14.5 del Pacto con su actual regulación del derecho de casación. Por último, respecto de la falta de imparcialidad subjetiva de dos de los Magistrados, se aportan nuevas resoluciones posteriores relativas a la tramitación y ejecución del indulto solicitado por el recurrente, que en su opinión demuestran la beligerancia y hostilidad que hacia él tienen los referidos magistrados. Mediante otrosí se solicita la remisión de la totalidad de las cintas de audio en las que están grabadas las sesiones del juicio oral.

12. El mismo día presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal. Tras resumir los antecedentes de hecho, recordar cuáles son las resoluciones judiciales recurridas y cuál es el ámbito de la jurisdicción constitucional, analiza -como hiciera en el trámite de admisión- cada uno de los motivos de amparo en el orden expuesto por el recurrente:

a) En primer lugar considera que debe ser desestimada la queja relativa al principio de legalidad (art. 25.1 CE) por inadecuación del procedimiento. Tras rechazar los posibles óbices procesales (pues, pese a que las resoluciones que directamente dispusieron el procedimiento aplicable no fueron recurridas en tiempo y forma, tanto el instructor como la Sala entraron en el fondo de esta cuestión al resolver los recursos de reforma y apelación contra el Auto de procesamiento) reproduce la argumentación realizada en el trámite de admisión respecto de la inadecuada ubicación de la queja en el marco del principio de legalidad, al referirse éste al Derecho penal material, es decir, a la tipificación de las conductas y la determinación de las penas, y no al procesal, por lo que la misma debería incardinarse en el art. 24 CE. Desde la perspectiva de dicho art. 24 CE debe igualmente rechazarse, porque ni se alega ni se justifica la existencia de indefensión material constitucionalmente relevante derivada de la elección del proceso

ordinario en lugar del abreviado, y la cuestión, ampliamente debatida en el proceso, ha recibido respuesta razonada y fundada en Derecho por parte de los órganos judiciales.

b) Por lo que respecta a la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), derivada igualmente de la inadecuación del procedimiento, se insiste en que el término de comparación aportado no es válido (pues no lo son las causas incoadas con posterioridad a ésta, ni las anteriores en que no consta la idéntica composición personal del Tribunal), a lo que se añade que la cuestión de la elección del procedimiento ordinario recibió una respuesta fundada en las resoluciones judiciales y no puede afirmarse que en sí misma suponga discriminación alguna.

c) En cuanto a la violación del principio de legalidad (art. 25.1 CE) o del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24. 2 CE) por incumplimiento del ne bis in idem procesal comienza señalando el Ministerio Fiscal que, tal y como se ha planteado la queja, el problema es más bien de orden procesal. También entiende que el Auto dictado en la causa especial 2790/97 es equivalente a un sobreseimiento libre. Sin embargo, como señalan todas las decisiones dictadas al respecto en el proceso, incluidos los Votos particulares, los hechos objeto de aquella causa especial no son los mismos que los del proceso del que trae causa el presente recurso, habiéndose ofrecido una respuesta razonada y fundada a esta pretensión.

d) Por lo que se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derivada de la decisión de la Sala Especial del art. 61 LOPJ de desestimar por extemporánea la recusación de los Magistrados que habrían de componer la Sala de enjuiciamiento, entiende el Ministerio Fiscal que la queja carece de contenido y debe ser desestimada, pues el recurrente ha recibido una respuesta razonada y fundada en Derecho, basada en una interpretación del art. 56 LECrim (discutible, pero razonada, y que no rebasa los límites de la legalidad ordinaria) y del art. 223.1 LOPJ, por no haber reaccionado el recurrente tan pronto como tuvo conocimiento de las posibles causas de abstención y recusación.

e) En cuanto a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y, en concreto, a un Juez imparcial (art. 24.2 CE), comienza dando por reproducido lo expuesto en el trámite de admisión, en cuanto a la concurrencia de causas de inadmisión, por falta de agotamiento de la vía judicial previa (respecto de la imparcialidad objetiva de la Sala y subjetiva de un Magistrado), al haberse planteado la recusación extemporáneamente, sin dar ocasión al órgano judicial para reparar el derecho fundamental que se dice vulnerado, y por falta de invocación previa en el proceso, en el caso de la falta de imparcialidad del Presidente del Tribunal.

No obstante, para el caso de que no se estimara así por el Tribunal, analiza las cuestiones de fondo, entendiendo que el amparo debería ser otorgado respecto de la falta de imparcialidad objetiva. Entiende el Ministerio Fiscal que, ni el Auto de admisión de

la querella, ni el desestimatorio de la súplica, implican contaminación, pues no entrañan la realización de acto de investigación alguno. Por lo que respecta al Auto de confirmación del de procesamiento constata el Fiscal, en primer lugar, que el testimonio de particulares remitido a la Sala evidencia que el contacto de ésta con el material instructorio fue escaso, por no decir nulo, y que tanto el preámbulo como el resumen final del Auto no revelan predisposición alguna por parte del Tribunal. No obstante, en el razonamiento jurídico quinto, al entrar a examinar los hechos considerados como presuntamente prevaricadores en el Auto de procesamiento, constata que existen afirmaciones no contenidas en este Auto, ni en el desestimatorio de la reforma contra el mismo, respecto de la existencia de indicios racionales de criminalidad, lo cual evidencia que la Sala no se limitó a comprobar la correcta aplicación del Derecho por parte del instructor, sino que entró a valorar los hechos, siquiera fuera indiciariamente, y asumió que existían indicios racionales de criminalidad, lo que, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habría determinado la contaminación y la pérdida de imparcialidad objetiva del Tribunal. Una contaminación que se extendería también al Auto de confirmación del de conclusión del sumario y de apertura del juicio oral.

Por lo que respecta a la pérdida de imparcialidad subjetiva, se rechaza tanto respecto del Presidente del Tribunal (afirma el Ministerio Fiscal que de las preguntas formuladas durante el juicio no se desprende que estén dirigidas en un determinado sentido, sino encaminadas al mejor esclarecimiento de los hechos), como respecto de otro Magistrado (afirmando, en cuanto a éste, que, ni se ha aportado prueba de la amistad íntima con el Letrado de los querellantes, ni del interés directo o indirecto en el proceso en el que el recurrente fue condenado).

f) En cuando al sexto motivo de amparo (vulneración del principio de legalidad, art. 25.1 CE, por aplicación analógica in malam partem del tipo de la prevaricación), entiende el Ministerio Fiscal que carece de contenido constitucional, al no ser cierto que la Sentencia condenatoria prescinda del elemento subjetivo del tipo, como pretende el recurrente, sino que en la fundamentación jurídica se alude a ambos elementos del tipo, se analizan de forma razonada y se subsumen los hechos en la norma. El recurrente discrepa de la calificación jurídica efectuada por la Sentencia, planteando en realidad un problema de subsunción de los hechos en la norma, que es una cuestión de legalidad ordinaria.

g) Se rechaza igualmente la pretendida lesión del principio de igualdad (art. 14 CE) por arbitraria modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al no aportarse término de comparación válido, pues la Sentencia aportada fue dictada por tres Magistrados distintos de los que dictaron la recurrida en amparo, por lo que se incumple el requisito de identidad del órgano judicial. Por otro lado la Sentencia ofrece una explicación razonada y fundada en Derecho del requisito de que la injusticia sea manifiesta, que no puede ser controlado más que de forma externa por este Tribunal.

h) Por último, respecto de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), sostiene el Ministerio Fiscal que el recurrente no trae ante este Tribunal un supuesto de vacío probatorio (pues existe prueba directa de la existencia de los autos objeto de enjuiciamiento, e indirecta, valorada mediante un razonamiento lógico exteriorizado, tanto del carácter injusto de las resoluciones, como de que las mismas fueron dictadas a sabiendas de su injusticia), sino su discrepancia con la valoración de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal sentenciador, que constituye competencia exclusiva de éste, fragmentando el resultado probatorio.

13. El día 13 de septiembre de 2000 presentó sus alegaciones la representación procesal de don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarri, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González, solicitando la desestimación de la demanda de amparo.

a) Se rechaza, en primer lugar, la pretendida vulneración del art. 25 CE por inadecuación del procedimiento, ya que la cuestión planteada no guarda relación alguna con el precepto constitucional que cita, que debería ser examinada desde la óptica del art. 24 CE, y desde esa perspectiva no se alega ni se acredita indefensión material. Por lo demás se afirma que no existe vulneración de norma procesal alguna, pues el hecho de que se trate de una causa especial implica una derogación de las reglas generales del art. 14 LECrim, y obliga a una interpretación de la normativa procesal integrándola con el mayor número de garantías posible, que es lo que habría hecho el Tribunal Supremo.

b) A continuación se rechaza la pretendida vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) derivada del procedimiento seguido, pues, ni hay discriminación, ni estamos ante un cambio de criterio judicial, ni la decisión de seguir el procedimiento ordinario es arbitraria, sino que la Sala Segunda del Tribunal Supremo indica que nos encontramos ante la primera ocasión en que se juzgaba a un Magistrado de la Audiencia Nacional tras la desaparición del antejuicio.

c) Respecto de la denunciada vulneración del principio de legalidad (ne bis in idem) del art. 25.1 CE se afirma que no concurren los presupuestos precisos para apreciar cosa juzgada en el presente supuesto, pues no hay identidad sustancial entre los hechos enjuiciados y los que dieron lugar a la causa especial 2790/97, ni existe una resolución firme apta para cerrar la posibilidad de pronunciamiento judicial posterior.

d) También se rechaza la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haberse inadmitido por extemporánea la recusación de los magistrados de la Sala que había de juzgarle, pues la Sala Especial del art. 61 LOPJ ha resuelto ésta mediante un Auto fundado en derecho que colma el derecho a la tutela judicial del recurrente.

e) En relación con la denunciada falta de imparcialidad de los Magistrados que dictaron la Sentencia condenatoria, esta parte la considera inadmisible (por incumplir el requisito del agotamiento de la vía judicial previa, al haber planteado extemporáneamente la recusación, y no haberse invocado formalmente en el proceso la falta de imparcialidad subjetiva del Presidente) y carente de fundamento. Desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva se destaca que la Sentencia recurrida no exterioriza rasgo de parcialidad alguno y que de las decisiones previas tampoco cabe deducir la existencia de prevenciones en los jueces, sino que, al admitir la querella a trámite, los Magistrados se limitaron a constatar que los hechos podían ser constitutivos de delito, lo cual no anticipa la decisión final adoptada; al confirmar en apelación el procesamiento se limitaron a constatar que el Instructor no había actuado de forma procesalmente indebida y que su apreciación de la existencia de indicios no era arbitraria; al confirmar el Auto de conclusión del sumario la Sala actuó conforme a lo unánimemente solicitado por las partes, y al abrir el juicio oral se limitó a dar cumplimiento a la previsión del art. 645.2 LECrim. Desde la perspectiva de la imparcialidad subjetiva, se afirma que la amistad entre un Magistrado y un Letrado de la parte no es causa de recusación en nuestro Derecho, que carece de todo fundamento la alegación del interés en la causa del Magistrado recusado en tal concepto y que no puede desprenderse animadversión alguna hacia el recurrente de la actuación del Presidente del Tribunal durante el juicio, sino la prudente intención de aclarar algunos puntos concernientes a los hechos objeto del proceso y comprendidos en los escritos de acusación.

f) La supuesta vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) derivada de la interpretación del tipo de prevaricación se entiende que carece de relevancia en este proceso de amparo, por cuanto no es misión del Tribunal Constitucional interpretar la legalidad ordinaria.

g) Igualmente carente de contenido se considera el séptimo motivo de amparo, por supuesta vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), derivado del apartamiento de la doctrina previa en cuanto a la interpretación del delito de prevaricación, por cuanto la Sentencia de contraste aportada no fue dictada por los mismos Magistrados que la recurrida en amparo, ésta se encuentra perfectamente fundada en Derecho y no se aprecia contradicción con la jurisprudencia precedente.

h) Finalmente, en relación con la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), sostiene que lo que el recurrente pretende es una nueva valoración y revisión de las pruebas por parte de este Tribunal, analizando parcial y fragmentariamente la prueba practicada. La Sentencia recurrida se basa en pruebas de cargo y está exhaustivamente motivada a través de un razonamiento sometido a los criterios de la lógica, la razón y la experiencia.

14. Mediante providencia de 30 de octubre de 2000 la Sala Primera de este Tribunal acuerda no haber lugar a lo interesado en el primer otrosí del escrito de alegaciones del

recurrente respecto de la remisión de las cintas de vídeo donde están grabadas las sesiones del juicio oral, por obrar en las actuaciones una pieza separada con las actas del juicio.

15. En la pieza separada de suspensión, después de haber presentado el recurrente escrito de desistimiento de la petición de suspensión, se dictó Auto con fecha 11 de julio de 2001 en el que se acuerda tener a aquél por desistido de la solicitud de suspensión de la ejecución de la Sentencia de 15 de octubre de 1999, e igualmente se acuerda el archivo de la pieza separada correspondiente.

16. El 9 de enero de 2002 la representación procesal del recurrente presentó un escrito en el que solicita que se incorporen a lo actuado, al efecto de poder aportar un término de comparación válido, dos Autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en relación con las alegaciones relativas a la vulneración de los principios de legalidad e igualdad derivada de la arbitraria modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del delito de prevaricación judicial.

17. Mediante sendos escritos de 16 y 17 de diciembre de 2001 los Magistrados de la Sala Primera de este Tribunal don Roberto García-Calvo y Montiel y don Javier Delgado Barrio formulan respectivamente su abstención en el presente recurso de amparo, siendo ambas abstenciones aceptadas por la Sala, mediante providencia de 11 de febrero de 2002.

18. Posteriormente, en sesión celebrada el día 12 de febrero de 2002, el Pleno de este Tribunal acordó, de conformidad con lo establecido en el art. 10 k) LOTC, a propuesta del Presidente, recabar para sí el conocimiento de este recurso de amparo.

El día 23 de febrero de 2002 el Pleno acordó tener por presentado el escrito del recurrente de fecha 9 de enero de 2002, junto a las fotocopias de los Autos del Tribunal Supremo de 21 de septiembre y 12 de noviembre de 2001, concediendo a las partes personadas y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para ampliar sus respectivos escritos de alegaciones a la vista de la documentación aportada.

Igualmente dicha providencia acordó aceptar la abstención formulada por el Magistrado don Tomás S. Vives Antón.

19. El día 15 de marzo de 2002 la representación procesal del recurrente presentó un escrito en el que ampliaba sus alegaciones en relación con los motivos de amparo sexto y séptimo. Sostiene el recurrente que los Autos aportados constituyen término idóneo de comparación respecto de la interpretación que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo realiza del delito de prevaricación, de la que se habría apartado la Sentencia recurrida en amparo sin fundamentación razonable y sin pretensión de continuidad o firmeza, como demuestra el hecho de que en resoluciones posteriores, como las que se aportaron, se

haya reiterado lo que constituía la línea jurisprudencial tradicional (no es suficiente la mera ilegalidad para considerar una resolución prevaricadora, sino que sea "fragrante, clamorosa, grosera o llamativa" y realizada con plena conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad).

20. La representación procesal de don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarri, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González presentó sus alegaciones el día 16 de marzo de 2002. Sostiene esta parte que el escrito del recurrente era extemporáneo y que no aporta nada nuevo, al no constituir estos Autos un término de comparación válido, porque la Sala que condenó al recurrente no estaba integrada por los mismos Magistrados que dictan las resoluciones ahora invocadas y los supuestos enjuiciados no son ni siquiera comparables. Se aporta una Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 11 de diciembre de 2001, posterior a la enjuiciada en el proceso de amparo, en la que se aplica la misma doctrina que la que se sustenta en la ahora impugnada.

21. El día 17 de mayo de 2002 presentó su escrito de ampliación de alegaciones la representación procesal de la Asociación de Estudios Penales, manifestando su sorpresa por la admisión en este momento procesal de dos fotocopias de Autos del Tribunal a fin de intentar fundamentar la pretendida vulneración de los arts. 14 y 25 CE. Insiste esta parte en que no se ha producido vulneración alguna, pues no hay identidad sustancial entre los supuestos de hecho que se pretende comparar, ni se ha producido discriminación alguna.

22. El Ministerio Fiscal evacua el trámite de alegaciones mediante escrito presentado en 21 de marzo de 2002, en el que afirma, como ya hiciera en su momento respecto de la Sentencia de 1996, que los Autos aportados no son término de comparación válido, porque las Salas que los dictaron no tenían la misma composición que la que dictó la Sentencia aquí recurrida y porque ésta ha dado una respuesta razonada y fundada acerca de los requisitos que justifican la incardinación de la conducta en el tipo de prevaricación, no siendo posible más que un control externo en sede constitucional.

23. El día 17 de mayo de 2002 se presenta un nuevo escrito por parte de la representación procesal del recurrente, en el que se solicita que se tenga por aportado el Auto de 14 de mayo de 2002, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictado en la causa especial 4-2002, a efectos de fundamentar el apartamiento voluntarista y carente de fundamentación del criterio jurisprudencial mantenido con regularidad en casos anteriores y posteriores en que incurrió la Sentencia impugnada.

24. El día 16 de julio de 2002 el Pleno de este Tribunal acordó tener por presentado el escrito del recurrente de fecha 17 de mayo, junto a la fotocopia del Auto aportada, concediendo a las partes personadas y al Ministerio Fiscal un plazo común de díez días

para ampliar sus respectivos escritos de alegaciones, a la vista de la documentación aportada.

El día 31 de julio de 2002 amplía sus alegaciones el recurrente, reproduciendo lo expuesto en su escrito de 17 de mayo y anteriores, insistiendo en que la Sentencia que le condenó es una resolución insólita, que se apartó por mero voluntarismo y sin fundamentación del criterio jurisprudencial anterior y posterior.

El mismo día 31 de julio presentó su escrito de ampliación de alegaciones la representación procesal de don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarri, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González, reiterando lo alegado en su escrito de 15 de marzo de 2002 respecto de la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para que se estime vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y aportando una nueva Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 26 de febrero de 2002, en la que se acogen, citándola expresamente, los presupuestos de la Sentencia ahora recurrida en amparo. Igualmente destaca que el Auto aportado por el recurrente, no sólo no se aparta de la Sentencia impugnada, sino que la cita expresamente.

El día 9 de septiembre de 2002 presenta su escrito de ampliación de alegaciones el Ministerio Fiscal, en el que da por reproducido lo alegado en escritos anteriores. Tras analizar las resoluciones que pretenden someterse a comparación, entiende el Fiscal que no puede afirmarse que la Sentencia recurrida sea una resolución aislada, sino que inicia una línea jurisprudencial, seguida al menos por dos Sentencias posteriores e incluso por los Autos citados por el recurrente, de la que no puede desprenderse vulneración alguna, ni del principio de igualdad, ni del principio de legalidad, desde la perspectiva de enjuiciamiento que corresponde a este Tribunal.

25. Mediante providencia de 1 de octubre de 2002 el Pleno de este Tribunal acordó no haber lugar a la admisión del escrito del recurrente de fecha 2 de septiembre y la documentación con él aportada, consistente en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 25 de julio de 2002, en el asunto Perote Pellón c. España, por tratarse de documentación que consta en los archivos oficiales a los que este Tribunal tiene acceso directo, devolviéndose a la Procuradora del recurrente dicho escrito y documentación adjunta.

26. Por providencia de 16 de diciembre de 2003 se fijó para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 18 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se interpone contra la Sentencia de 15 de octubre de 1999, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la causa especial

2940/97, que condenó al recurrente como autor de un delito continuado de prevaricación. Igualmente se cuestionan otra serie de resoluciones dictadas en el curso del procedimiento cuya nulidad también se solicita (el Auto de procesamiento, el que confirmó el mismo, el que denegó el sobreseimiento y el dictado por la Sala Especial del art. 61 LOPJ, que desestimó la recusación).

La demanda articula un total de ocho motivos de amparo, en los que se denuncian diversas vulneraciones del principio de legalidad (art. 25.1 CE, por inadecuación de procedimiento, por violación del principio non bis in idem procesal -también puesta en conexión con el derecho al proceso con todas las garantías y el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes- y por aplicación analógica in malam partem del tipo penal de prevaricación), del principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE, derivadas de la inadecuación del procedimiento y de la interpretación del precepto penal aplicable llevada a cabo por el Tribunal Supremo en este caso, rompiendo injustificadamente con su anterior doctrina), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, por arbitrariedad en la elección del procedimiento aplicable, causante de graves perjuicios, y por la inadmisión por extemporáneo del incidente de recusación formulado por el recurrente), del derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial (arts. 24.1 y 24.2 CE) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Posteriormente, en el trámite de alegaciones del art. 52 LOTC, se alega la vulneración del derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal, expresando que ha sido juzgado en única instancia, sin posibilidad de segunda instancia o recurso de casación. Esta nueva pretensión supone una ampliación extemporánea del objeto del proceso que no puede ser tomada en consideración, pues de conformidad con nuestra conocida y reiterada doctrina las únicas quejas que pueden ser atendidas en esta vía de amparo constitucional son las que la parte actora deduce en su demanda, al ser ésta la rectora del proceso, la que acota, define y delimita las pretensiones a las que hay que atenerse para resolver el recurso (por todas, SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 1; 96/1989, de 29 de mayo, FJ 1; 132/1991, de 17 de junio, FJ 2; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 1; 14/2003, de 28 de enero, FJ 1).

El Ministerio Fiscal sostiene que las alegaciones relativas a la vulneración del derecho al Juez imparcial deben ser inadmitidas por falta de agotamiento de la vía judicial previa, al haberse planteado la recusación extemporáneamente, sin dar ocasión al órgano judicial para reparar el derecho que se dice vulnerado, y por falta de invocación previa en el proceso de la falta de imparcialidad del Presidente del Tribunal. De no estimarse así, solicita el otorgamiento del amparo por falta de imparcialidad objetiva de la Sala de enjuiciamiento, que se habría contaminado al dictar el Auto que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de procesamiento, pues entró a valorar indiciariamente los hechos y asumió que existían indicios racionales de criminalidad. Respecto de las restantes alegaciones entiende el Fiscal que carecen de contenido y deberían desestimarse.

2. A la vista del elevado número de alegaciones conviene precisar a continuación cuál ha de ser el orden en que hemos de examinar las quejas del demandante de amparo, en atención a los criterios expuestos en nuestra jurisprudencia (entre otras, SSTC 307/1993, de 25 de octubre, FJ 1; 116/1997, de 23 de junio, FJ 1 in fine; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 2; 19/2000, de 31 de enero, FJ 2; 96/2000, de 10 de abril, FJ 1; 31/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 70/2002, de 3 de abril, FJ 2), que otorgan prioridad a aquéllas de las que pueda derivarse la retroacción de las actuaciones y, dentro de éstas, a aquéllas que determinan la retroacción a momentos anteriores, lo que haría innecesario nuestro pronunciamiento sobre las restantes.

En atención a dichos criterios nuestro análisis comenzará por aquellas alegaciones de contenido estrictamente procesal, y en concreto por la relativa al non bis in idem procesal (pues su estimación determinaría la prohibición constitucional de articulación del proceso del que trae causa el presente amparo), continuando por la cuestión de la inadecuación del procedimiento, siguiendo por la inadmisión por extemporáneo del incidente de recusación y, en su caso, por el análisis del derecho a un juez imparcial. A continuación habrán de analizarse, también en su caso, los motivos de recurso de contenido material (principio de igualdad, presunción de inocencia y principio de legalidad).

Por otra parte debe recordarse que este Tribunal no está vinculado por las erróneas invocaciones de los preceptos constitucionales llevadas a cabo por los recurrentes. Como de forma reiterada viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, al solicitante de amparo no se le exige tanto que la invocación del derecho supuestamente vulnerado se lleve a cabo mediante la concreta identificación del precepto constitucional donde se proclama, ni tampoco mencionando su nomen iuris, cuanto que se acote suficientemente el contenido del derecho constitucional violado, permitiendo así un pronunciamiento del Tribunal sobre la infracción aducida (por todas, SSTC 167/1987, de 28 de octubre, FJ 1; 184/1992, de 16 de noviembre, FJ 2; 80/1994, de 14 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 6;19/2001, de 29 de enero, FJ 3; 154/2001, de 2 de julio, FJ 2).

3. El principio non bis in idem, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) hemos considerado, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), posee también una dimensión procesal (prohibición de duplicidad de procesos sancionadores en esos casos) a la que este Tribunal, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre, ha reconocido relevancia constitucional, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material.

Como dijimos en la precitada STC 159/1987, FJ 2, "en el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar -a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional- un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior resolución firme". Por lo tanto el presupuesto para la aplicación de dicho principio es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada (SSTC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.b).

Por lo que respecta al objeto de nuestro análisis, a partir de la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5, nos compete analizar, en primer lugar, si se da el presupuesto de la interdicción de incurrir en bis in idem, esto es, si existió la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, pues "la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento".

No obstante, como también precisa esta Sentencia, la revisión de la declaración de identidad efectuada por los órganos judiciales ha de realizarse por este Tribunal respetando los límites de esta jurisdicción constitucional de amparo. Por tanto, ha de partirse de la acotación de los hechos llevada a cabo por los órganos judiciales y de la calificación jurídica de estos hechos realizada por ellos, "dado que, de conformidad con el art. 44.1.b LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer 'de los hechos que dieron lugar al proceso' en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable" (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5).

4. La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al presente supuesto exige tomar como punto de partida las resoluciones judiciales impugnadas, al objeto de determinar cuáles son los hechos y la calificación jurídica de los mismos que ha de servirnos de base para valorar si existió o no una duplicidad de procedimientos por los mismos hechos.

El demandante de amparo denuncia que la causa especial núm. 2940/97, que finalizó con la Sentencia condenatoria ahora recurrida en amparo, se siguió por los mismos

hechos que la causa especial núm. 2790/97, la cual concluyó con un Auto de archivo de fecha 21 de octubre de 1997, que, según sostiene aquél, produce efectos de cosa juzgada, al ser equiparable a un Auto de sobreseimiento libre fundamentado en no ser los hechos constitutivos de delito.

La causa especial núm. 2790/97 se había incoado a partir de una denuncia interpuesta por el Fiscal General del Estado ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que a su vez se fundamentaba en el contenido de un Auto de abstención del instructor del incidente de recusación formalizado contra el Sr. Gómez de Liaño en las diligencias previas núm. 54/97. Pues bien, dicha causa especial tenía por objeto -según se hace constar en el Auto de archivo de la misma, de 21 de octubre de 1997- investigar, junto a otros hechos irrelevantes a los efectos del presente recurso, si había existido o no una confabulación o conspiración entre el ahora recurrente en amparo y otras tres personas, fraguada en diversas reuniones celebradas entre ellos, "confabulación que, en síntesis, habría consistido en el acuerdo de estos cuatro para que las diligencias previas 54/97, relativas al caso 'Sogecable', pervivieran el mayor tiempo posible en una labor prospectiva, aun cuando no existiera base para ello, considerando conveniente tomar medidas de prisión respecto de algunos de los querellados" (razonamiento jurídico 3). En ese Auto se sostiene que de la prueba practicada se desprende que no existen datos que pudieran acreditar, ni siquiera de forma indiciaria, la realidad de la pretendida confabulación ante lo cual se acuerda el archivo de las actuaciones, al amparo del art. 789.5.1 LECrim, "porque de las diligencias practicadas en la presente instrucción, que hay que considerar agotada, no aparecen ni siquiera indicios de que la tan repetida confabulación haya existido".

Por lo que respecta a la causa especial núm. 2940/97, la misma se incoa a raíz de una querella presentada contra el ahora demandante de amparo, a quien se imputaba la comisión de tres delitos de prevaricación del art. 446.3 CP, cometidos en el desarrollo de su labor como Juez instructor de las diligencias previas 54/97 del Juzgado Central de Instrucción núm. 1. En concreto, como destaca el Auto de 19 de febrero de 1998, por el que se acuerda la admisión a trámite de la querella, se reputan como conductas prevaricadoras el haber dictado una serie de Autos decretando inicialmente y luego reimplantado el secreto de las actuaciones, prohibiendo a determinados querellados el salir del territorio nacional sin autorización del Juzgado y decretando la libertad provisional de don Jesús de Polanco, imponiéndole una fianza de doscientos millones de pesetas.

El Tribunal Supremo entendió que los hechos de una y otra causa no eran los mismos, habiéndosele planteado la cuestión hasta en tres ocasiones: a) en el recurso de reforma formalizado contra el Auto de procesamiento, siendo desestimada dicha cuestión en el Auto que confirmó el procesamiento, de 3 de julio de 1998, dictado por el Magistrado instructor; b) en el recurso de apelación interpuesto contra el procesamiento, habiéndose pronunciado la Sala también sobre esta cuestión en sentido desestimatorio en el Auto de

3 de noviembre de 1998, que también confirma el procesamiento; y c) finalmente, en la Sentencia condenatoria, con igual resultado.

En el razonamiento jurídico segundo del Auto de 3 de julio de 1998 el instructor sostiene que en la causa archivada "no se le atribuían [al recurrente] los mismos hechos que en el presente sumario, sino otros por lo que es claro que no existe identidad en los hechos objeto de investigación en uno y otro procedimiento, ni, por tanto, incidencia en la misma cuestión".

En el Auto de 3 de noviembre de 1998 la Sala afirma (razonamiento jurídico tercero) que lo que plantea el recurrente bajo la invocación del principio non bis in idem es un problema de "cosa juzgada", equiparando el archivo con el sobreseimiento libre, pero que del examen del Auto de archivo de la causa especial núm. 2790/97, "tanto en su contenido fáctico como jurídico, y puesto en comparación con la querella de que ahora se trata y con el mismo Auto de procesamiento, se infiere que no existen los requisitos subjetivos ni objetivos que esa excepción de cosa juzgada requiere para ser aceptada". Sigue diciendo el expresado Auto de 3 de noviembre lo siguiente: "En efecto, en la primera causa los sujetos pasivos de la acción criminal entablada eran dos personas, el Sr. Gómez de Liaño y el Sr. G., mientras que en ésta solamente es el primero; en el aspecto fáctico, los hechos del proceso que ahora tratamos contienen una delimitación concreta y determinada, cual son los tres delitos de prevaricación que se achacan al denunciado, mientras que el contenido de la causa 2790/97 es más amplio y difuso, y en ella sólo aparece denunciada la prevaricación dentro de un conjunto de sucesos y de modo tangencial".

La Sentencia de 15 de octubre de 1999, por su parte, al comienzo de la fundamentación jurídica, sin pronunciarse acerca de si los autos de archivo tienen o no efecto de cosa juzgada, afirma que el objeto de ambas causas era completamente diverso: "Mientras el presente proceso se refiere a la posible injusticia de tres autos concretos que pudieron limitar derechos fundamentales de los inculpados, la causa núm. 2790/97 se refirió a la eventual 'confabulación' del Juez con otras personas, algunas ajenas al Poder Judicial, para iniciar una causa contra determinados inculpados". Señala la Sentencia que ello se deduce del Auto de archivo, afirmando a continuación lo siguiente: "Es claro, entonces, que el archivo se limitó a la averiguación de la existencia de una posible conspiración (llamada en el auto 'confabulación'), que por lo demás en las fechas que debió haber tenido lugar, ya no era punible en relación al delito de prevaricación. Por otra parte, la diferencia entre participar en una conspiración (acto preparatorio especialmente penado) y la ejecución de los delitos para los que tuvo lugar la conspiración es tan clara en el derecho vigente que no ha sido puesta en duda por nadie.- Estas conclusiones se ven reforzadas por el hecho de que el interrogatorio al que se sometió en dicha causa al Juez aquí imputado no se refirió a la posible injusticia de los Autos dictados el 28-2-97, el 15-5-97 y el 26-6-97, que son objeto de este proceso".

5. Del análisis de las resoluciones judiciales que acaban de ser mencionadas se desprende que los hechos objeto de investigación y examen en la causa especial núm. 2790/97, que concluyeron con el expresado Auto de archivo, se refieren a la presunta celebración de una serie de reuniones entre el demandante de amparo y otras tres personas, en las que se habría fraguado una conspiración para que las diligencias previas núm. 54/97, de las que él era instructor, pervivieran el mayor tiempo posible, aunque no existiera base para ello, esto es, una conspiración para la prevaricación. En definitiva, se trata de una supuesta confabulación cuya existencia no se considera acreditada, ni siquiera de forma indiciaria, y que, según destaca la Sentencia de 15 de octubre de 1999, aun de haberse acreditado no sería punible al no estar expresamente prevista en el Código penal la punición de la conspiración para la prevaricación, debiendo recordarse al efecto que, conforme al art. 17.3 CP, la conspiración para delinquir sólo se castiga en los casos especialmente previstos por la ley.

En lo que se refiere a la causa especial núm. 2940/97, ésta tiene también su origen en ciertas conductas del recurrente en la instrucción de las diligencias previas núm. 54/97 en relación con el asunto "Sogecable". Pero los hechos que se le imputan en este caso son diferentes, pues se refieren a tres actuaciones concretas llevadas a cabo en dicha causa (los Autos dictados el 28 de febrero, el 15 de mayo y el 26 de junio, todos ellos de 1997, relativos a la prohibición de salir del territorio nacional sin autorización judicial, a la reimplantación del secreto -en este caso, parcial- de las actuaciones y a la imposición de una fianza para garantizar la libertad provisional de uno de los denunciados), conductas que, desde el momento inicial del procedimiento, se consideran indiciariamente constitutivas de presuntos delitos de prevaricación y no de actos preparatorios de tal delito.

Por tanto, como acertadamente destacan las resoluciones judiciales impugnadas, a la vista del sustrato fáctico que sirve de base a la incoación de una y otra causa y de la calificación jurídica de las conductas atribuidas en ambas al ahora demandante de amparo, puede afirmarse que no existe identidad entre los hechos que se imputan al recurrente en la causa que da lugar al presente recurso de amparo y los de la causa especial núm. 2790/97, que resultó archivada. En consecuencia no concurre el presupuesto para la aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem procesal y no puede apreciarse la vulneración denunciada.

6. Bajo la invocación de los arts. 14 y 25.1 CE denuncia el demandante de amparo la inadecuación del procedimiento elegido para tramitar la causa, que se rigió por las normas del sumario ordinario y no por las del procedimiento abreviado, como en su opinión hubiera sido procedente y como viene haciendo el Tribunal Supremo en todas las causas seguidas por delito de prevaricación contra personas aforadas. Desde este planteamiento del recurrente, la queja debe rechazarse.

Por lo que respecta al principio de legalidad, como se desprende del tenor literal del art. 25.1 CE (a cuyo tenor "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento") y de la jurisprudencia constitucional, éste hace referencia a la necesaria predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones, refiriéndose exclusivamente a las normas penales o sancionadoras sustantivas y no a las procesales (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 9.b; 141/1998, de 29 de junio, FJ 3), no incluyendo entre sus garantías el derecho de la parte a ser enjuiciado por unas determinadas normas procesales, lo que afectaría -en su caso- a los derechos consagrados en el art. 24 CE.

Respecto del principio de igualdad (art. 14 CE) la pretendida vulneración del mismo, derivada de la elección de las normas del procedimiento ordinario, carece de fundamento al no aportarse un término de comparación válido para llevar a cabo el juicio de igualdad. No lo constituye la genérica certificación aportada por el recurrente, en la que solamente consta que desde el 1 de enero de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1998 en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se han incoado una serie de causas especiales (de las que se menciona el número de la causa, el delito por el que se incoa y el tipo de procedimiento, sin ninguna otra circunstancia) seguidos contra personas aforadas por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos que han seguido los trámites del procedimiento abreviado. Aparte el hecho de que, como indica la Sentencia impugnada, es éste el primer caso en que la Sala juzga a un Juez después de ser derogadas las normas del antejuicio, es lo cierto que con los datos que acaban de exponerse no puede afirmarse que se pongan a disposición de este Tribunal los elementos de juicio necesarios para entrar a valorar si un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente idénticos, ha resuelto en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa, conforme a nuestra jurisprudencia (por todas, SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2; 183/1991, de 30 de septiembre, FJ 3; 104/1996, de 11 de junio, FJ 2; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2, entre otras). Dado que según jurisprudencia constante, corresponde al recurrente la carga de aportar ese término de comparación (por todas, SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 375/1993, de 20 de diciembre, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2, 152/2002, de 15 de julio, FJ 2), el incumplimiento de dicha carga impide otorgar dimensión constitucional al debate sobre la legalidad procesal aplicable desde la perspectiva del principio de igualdad.

Por lo tanto nuestro enjuiciamiento se llevará a cabo desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, perspectiva también planteada por el recurrente, al afirmar que el art. 24 CE, en relación con el art. 9.3 CE, impiden la arbitrariedad judicial, obligando al juez a respetar las normas procesales, lo

que nos llevará, con carácter previo, al análisis de la resolución judicial mediante la que se acordó seguir los trámites del procedimiento ordinario y las que la confirmaron.

7. La decisión de que la instrucción se siguiera como sumario ordinario se adopta, sin que se explicite la motivación, en el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1998, por el que se acuerda la admisión a trámite de la querella. Como quiera que en dicho Auto se acordaba al mismo tiempo la incoación de diligencias previas y la tramitación de la instrucción como sumario ordinario, se dictó el Auto de aclaración de 23 de febrero, según el cual "la apertura de las diligencias previas por parte del Excmo. Sr. Instructor, como Delegado de esta Sala y por mandamiento de la misma, lo es tan sólo para que se notifique en debida forma al Ilmo. Sr. Magistrado querellado la admisión por parte de este Tribunal del escrito de querella contra el mismo, mas una vez realizado tal trámite se transformará por el Excmo. Sr. Instructor en sumario ordinario y continuará así hasta su finalización". De acuerdo con ello el instructor incoó las diligencias previas mediante Auto de 25 de marzo de 1998 y transformó las diligencias en sumario ordinario por Auto de 15 de junio de 1998.

El ahora recurrente en amparo no planteó la cuestión que ahora nos ocupa -tramitación por sumario ordinario- hasta la formulación del recurso de reforma contra el Auto de procesamiento (de fecha 16 de junio de 1998), solicitando que se declarase la nulidad de todas las actuaciones desde la incoación de sumario ordinario. En la resolución de dicho recurso, por Auto de 3 de julio de 1998, el instructor desestima tal pretensión (razonamiento jurídico primero). Afirma, en primer lugar, que "reconoce el recurrente que cuando se acordó por la Sala que, al iniciarse la instrucción penal, se siguieran los trámite del procedimiento ordinario, no recurrió tal decisión" y añade que, aun cuando conforme al art. 779 LECrim la instrucción debería seguirse por los trámites del procedimiento abreviado, "la privación de la posibilidad de apelación y casación que en su caso va a determinar el que se haya de seguir la instancia ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, puede serle compensada mediante el ofrecimiento de las mayores garantías que para el justiciable depara el procedimiento ordinario, entre ellas la de que su procesamiento pueda ser objeto de recurso de apelación si el presente de reforma no prosperara". Y dice asimismo dicha resolución que "por otra parte obvio es que el procedimiento ordinario en sí mismo no determina merma de garantías y no hay duda de su compatibilidad con los principios recogidos en el art. 24 de la Constitución".

En el Auto de 3 de noviembre, que desestima el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento, la Sala se pronuncia sobre la cuestión en el razonamiento jurídico tercero, insistiendo en que "la elección de este trámite procesal (sumario ordinario) sólo tuvo por finalidad, amén de llevar a cabo una más completa investigación de lo sucedido y denunciado, garantizar una mejor y más amplia defensa del querellado, pues es obvio que tales garantías son menores y quedan muy restringidas en el llamado procedimiento abreviado hasta tal punto que muy poco después de ser admitida a trámite la querella y con levísima investigación se puede abrir el juicio oral y a través de

este acuerdo sentar en el banquillo al querellado". Sigue diciendo dicho Auto que "por el contrario, para que así suceda en el procedimiento ordinario es preciso, en primer lugar, la apertura de un periodo de investigación amplio sobre los hechos denunciados y su autoría para después, si se llega a la conclusión de que existen indicios racionales de criminalidad, dictarse por el instructor una resolución fundada en derecho cual es el auto de procesamiento contra el que caben diversos recursos, reforzándose así las garantías defensivas del que puede ser acusado". Ese plus de garantías se considera especialmente necesario tras la desaparición del trámite del "antejuicio" en el enjuiciamiento de los miembros de la carrera judicial. Por lo demás se afirma que la elección del procedimiento no ha causado indefensión de ningún género y que la consecuencia de suspensión de empleo y sueldo derivada del procesamiento se hubiera podido producir igualmente en la tramitación del procedimiento abreviado.

Finalmente la Sentencia de 15 de octubre de 1999 vuelve sobre esta cuestión -planteada por el recurrente como cuestión previa- empleando los mismos argumentos: que la elección del procedimiento ordinario no implica vulneración alguna de las garantías procesales, ni de ningún derecho fundamental y que, derogadas las normas que regían el antejuicio para exigir responsabilidad criminal a Jueces y Magistrados, "el proceso dirigido contra un juez sigue exigiendo ciertas cautelas que se derivan de la esencia misma de la función judicial". Indica la Sentencia que en especial debe ofrecerse al Juez afectado la "posibilidad de una revisión de la instrucción antes del juicio en sentido estricto, que permitiera garantizar que su derecho de defensa había sido respetado, las pruebas que se pretendían utilizar habían sido legalmente obtenidas y que la aplicación del derecho pretendido no era manifiestamente inconsistente", y que en realidad "tales garantías y cautelas sólo se podrían salvaguardar mediante el procedimiento ordinario que permitía recurrir el auto de procesamiento, que requiere, como es sabido, una mayor solidez que la habitualmente dada en la práctica al auto del art. 790.7 LECrim". Por lo demás, se sostiene que el procedimiento está previsto en la ley, que su elección no vulnera el principio de igualdad, porque es el primer Juez al que se juzga tras la derogación de las normas del antejuicio, que la solución adoptada beneficia y no perjudica y que tampoco se lesiona el derecho de defensa, sino que éste se garantiza con mayor amplitud.

8. De la lectura de la fundamentación dada por los órganos judiciales a la decisión de instruir la causa por los trámites del procedimiento ordinario cabe concluir que se aplicaron unas normas de procedimiento previstas en la ley, que constituyen además el proceso de referencia respecto de todos los otros, y cuya elección no fue arbitraria, irrazonable o incursa en error patente, como se desprende de la motivación explicitada en las mismas, sino fundada en buenas razones, fundamentalmente el otorgamiento de mayores garantías y posibilidades de defensa al encausado, por lo que tampoco cabe apreciar vulneración alguna desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Y desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), hemos afirmado reiteradamente (entre otras muchas, SSTC 161/1985, de 29 de noviembre, FJ 5; 48/1986, de 23 de abril, FJ 1; 32/1994, de 31 de enero, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 27; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 97/2000, de 18 de mayo, FJ 3; 228/2000, de 2 de octubre, FJ 1; 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4) que las infracciones de las normas o reglas procesales sólo constituyen una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías si con ellas se ocasiona una merma relevante de las posibilidades de defensa. Y en el presente caso, aun admitiendo que la elección de las normas del procedimiento ordinario constituyera una irregularidad procesal, ni se alega ni se justifica en la demanda de amparo la existencia de tal indefensión constitucionalmente relevante derivada de la elección del procedimiento ordinario en lugar del abreviado. Es más, los órganos judiciales sostienen que el procedimiento elegido amplía las posibilidades de defensa y ofrece mayores garantías, al prever un régimen de recursos contra el Auto de procesamiento que no existe en el procedimiento ordinario. Los perjuicios que el recurrente atribuye al Auto de procesamiento (publicidad, amenaza del honor, suspensión de empleo y sueldo) son efectos inherentes a la decisión de procesamiento acordado, pero no generadores de indefensión, efectos que además, como destaca el Ministerio Fiscal, igualmente podrían haberse producido en la tramitación de un procedimiento abreviado.

En conclusión, tampoco desde la perspectiva de las garantías esenciales del proceso justo y de la tutela judicial efectiva cabe apreciar vulneración alguna, derivada de la elección de las normas del procedimiento ordinario para la tramitación del proceso.

9. Analizaremos a continuación la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) derivada de la inadmisión por extemporáneo del incidente de recusación formulado por el recurrente.

Como más detalladamente se expuso en los antecedentes, del examen de las actuaciones se constata que el ahora demandante de amparo recusó a la Sala del Tribunal Supremo llamada a juzgarle, al poner en duda la imparcialidad objetiva de la misma y la subjetiva de uno de sus miembros. El incidente se formuló mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Supremo el día 25 de febrero de 1999, fue admitido inicialmente a trámite, se designó instructor, se tramitó conforme a lo legalmente previsto, se recibió a prueba y fue finalmente desestimado por la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 LOPJ, mediante Auto de 16 de junio de 1999, sin entrar en el fondo del asunto, por considerar extemporánea la recusación planteada.

El primero de los reproches que el recurrente formula contra la anterior resolución es que, tras la inicial admisión a trámite del incidente, mediante providencia de 4 de marzo de 1999, y la subsiguiente tramitación del mismo, la Sala ya no podía inadmitirlo por extemporáneo, pues el art. 223.1 LOPJ sólo contempla esta posibilidad al comienzo de

la tramitación, pero no una vez concluida ésta, apoyando esta argumentación en nuestro ATC 226/1988, de 16 de febrero, FJ 1.

Con independencia de lo que este Tribunal decidiera en un caso concreto acerca de la posibilidad o conveniencia de desestimar por extemporáneo un incidente de recusación contra uno de sus Magistrados una vez admitido a trámite (interpretando la legalidad procesal que él mismo tenía que aplicar), lo cierto es que lo que aquí se cuestiona es una interpretación de la legalidad procesal, llevada a cabo por los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les corresponde en exclusiva ex art. 117.3 CE, que no cabe calificar de arbitraria o irrazonable como pretende el recurrente, aunque carezca de previsión legal expresa, sin que, por otra parte, se denuncie efecto material de indefensión alguno derivado de que la inadmisión se realizase, no en un primer momento, sino tras la tramitación del incidente. Debe recordarse al respecto que este Tribunal ha declarado reiteradamente, en relación con los incidentes de recusación, que los defectos procesales en ellos producidos únicamente tienen relevancia constitucional si revisten una incidencia material concreta (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 6/1998, de 13 de enero, FJ 2; 136/1999, de 20 de julio, FJ 4). Pues bien, tal incidencia material ni se alega ni se fundamenta en la demanda de amparo.

No obstante, al margen del momento procesal en que se produjera, la queja principal se plantea en relación con la decisión misma de inadmitir el incidente de recusación por extemporáneo, cuestión de la que pasamos a ocuparnos a continuación.

10. Nuestra jurisprudencia, de manera constante desde las primeras resoluciones de este Tribunal, viene sosteniendo que las causas de recusación y de abstención previstas por la ley se orientan a la preservación de la imparcialidad judicial, y que el derecho a formular recusación es un remedio procesal en principio útil para garantizar el derecho a un juez imparcial, desplazando del conocimiento del proceso a aquellos Jueces o Magistrados cuya imparcialidad suscite recelos (SSTC 42/1982, de 12 de julio, FJ 3; 145/1988, de 12 de julio, FJ 5; 138/1991, de 20 de junio, FJ 2; 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4;282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

También hemos afirmado que, al constituir "el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión" (SSTC 137/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3), el derecho a recusar integra el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, de modo que la privación de la posibilidad de ejercer la recusación "implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente" (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3).

Ello no impide, desde luego, que los órganos judiciales puedan inadmitir la recusación sin entrar en el fondo de la misma, si bien nuestra jurisprudencia siempre ha sostenido que el rechazo preliminar de la recusación ha de tener carácter excepcional, pudiendo sustentarse en el incumplimiento de los requisitos formales que afecten a la esencia del procedimiento (entre los que ha de incluirse el cumplimiento de los plazos legalmente previstos), en la inexistencia de causa en que legítimamente pueda fundarse (bien porque no se designe, bien porque su invocación sea arbitraria o manifiestamente infundada, de modo que sea prima facie descartable), o en que no se establezcan los hechos que le sirven de fundamento (SSTC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3; 234/1994, de 20 de julio, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

Por otra parte es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva no resulta lesionado por el mero hecho de que los órganos judiciales dicten resoluciones que impidan el examen del fondo apreciando razonablemente la concurrencia de un motivo legalmente previsto (entre otras muchas, SSTC 19/1981, de 8 de junio, FJ 2; 69/1984, de 11 de junio, FJ 2; y entre las más recientes, 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 10/2001, de 29 de enero, FJ 4; 106/2002, de 6 de mayo, FJ 4).

11. La aplicación al caso de esta doctrina exige analizar las circunstancias fácticas y procesales que rodearon la interposición del incidente y la argumentación de la resolución judicial que lo desestima por extemporáneo sin pronunciarse sobre el fondo.

Del examen de las actuaciones se deduce que el incidente de recusación se promovió mediante escrito presentado el día 25 de febrero de 1999, al día siguiente de la notificación del Auto de 19 de febrero de 1999, que desestima el recurso de súplica contra el Auto de apertura del juicio oral (Auto de 3 de febrero de 1999, notificado el día 5 de febrero de 1999). Dicho incidente se formula por el recurrente contra los tres Magistrados que componían la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que habría de juzgarle, alegando dos tipos de causas. En primer lugar, con base en los arts. 219.10 LOPJ y 54.12 LECrim, la falta de imparcialidad objetiva, al haber dictado una serie de resoluciones en fase procesal anterior (fundamentalmente los Autos de confirmación del procesamiento y de denegación del sobreseimiento libre) que condicionaban su neutralidad a la hora de afrontar la fase final de enjuiciamiento. En segundo lugar, al amparo de los arts. 219.8 y 9 LOPJ y 54.9 y 10 LECrim, la falta de imparcialidad subjetiva de uno de esos tres Magistrados, por su amistad íntima con el Abogado de los querellantes y su interés directo o indirecto en la causa. En ambos casos lo que se alega es que la concurrencia de dichas causas inhabilitaba a los Magistrados recurridos para formar parte del Tribunal encargado del enjuiciamiento.

El Auto de 16 de junio de 1999 sostiene que el escrito de recusación padece el vicio procesal de extemporaneidad porque "se presentó después de la apertura del juicio oral

como fase del proceso -regulación de la Ley de enjuiciamiento criminal- y no 'tan luego' como se tuvo conocimiento de las causas de tal recusación -regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial-". Ante ello se acuerda desestimar la recusación planteada sin entrar en el fondo.

A tal conclusión se llega desde un examen de las normas reguladoras de la recusación previstas tanto en la Ley de enjuiciamiento criminal como en la Ley Orgánica del Poder Judicial, interpretando que el art. 56 LECrim impide conocer de las recusaciones propuestas una vez dictado el Auto de apertura del juicio oral. A partir de esta interpretación destaca que el Auto acordando la apertura del juicio oral es de fecha 3 de febrero de 1999; que fue recurrido en súplica por el recusante sin que en ese momento ejercitara recusación alguna; que el recusante había sugerido la abstención sin plantear la recusación en forma mediante escrito de 16 de noviembre de 1998 y que el escrito por el que se formula el incidente tiene fecha de 25 de febrero de 1999. De todo lo cual concluye: "a) Que la parte recurrente alegó la actual recusación bastante después de tener todos los elementos necesarios para sustentar, según su criterio, la misma, y a pesar de ello, en vez de plantear, una vez dictado el Auto de apertura del juicio oral, la recusación pretendida, recurrió únicamente en súplica la reforma de dicho Auto.- b) Que lo anterior es aplicable a la recusación tanto en su aspecto objetivo o procesal, basado en la pérdida de la imparcialidad al haberse formado el Tribunal cuestionado convicciones previas, como en su aspecto subjetivo o sociológico con razón a la amistad íntima que une al Magistrado D. E.B.Z. con el Letrado de la parte querellante, D. A.G.C., la que además en principio puede carecer de toda base real o legal".

Frente a esta argumentación el recurrente sostiene que la interpretación que la Sala Especial del Tribunal Supremo realiza del art. 56 LECrim es incorrecta, pues cuando el legislador marca como límite temporal máximo para la interposición de la recusación el comienzo del juicio oral ("nunca después de comenzado el juicio oral, a no ser que el motivo de la recusación sobreviniere con posterioridad") se refiere al comienzo de las sesiones del juicio y no al de la fase intermedia del proceso penal. Y, en todo caso, que la recusación se planteó cuando la parte tuvo los datos necesarios para hacerlo, pues las sospechas de la falta de imparcialidad objetiva del Tribunal llamado a juzgarle se concretan cuando el Tribunal, mediante Auto de 3 de febrero de 1999, desestima el sobreseimiento libre de la causa y decide abrir el juicio oral, Auto que quedó firme tras la desestimación del recurso de súplica interpuesto contra el mismo.

12. Hemos de comenzar señalando que, si bien la normativa procesal aplicable en cuanto a los plazos en el planteamiento de la recusación no es inequívoca, no corresponde a este Tribunal -desde el control externo al que se limita nuestra competencia- decidir cuál es la interpretación correcta de los preceptos en cuestión, en concreto, si el art. 56 LECrim. se refiere al Auto de apertura del juicio oral o al comienzo de las sesiones del mismo, o cómo ha de interpretarse el "tan luego como se tenga conocimiento de la causa" del art. 223.1 LOPJ, sino tan sólo hemos de

pronunciarnos respecto a si la interpretación llevada a cabo por el órgano judicial en su aplicación al caso concreto resulta constitucionalmente admisible desde la perspectiva del art. 24.1 CE.

También hemos de recordar -como hiciéramos en la STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 3, en relación con la inadmisión por extemporáneo de un incidente de recusación-, que "la determinación del dies a quo, como todo lo relativo al cómputo de los plazos, constituye una cuestión de legalidad ordinaria, en la que no podemos entrar salvo que se fije de manera irracional o arbitraria o produzca indefensión (SSTC 1/1989, de 16 de enero, FJ 3; 32/1989, de 13 de febrero, FJ 2; 65/1989, de 7 de abril, FJ 2; 201/1992, de 19 de noviembre, FJ 2; 220/1993, de 30 de junio, FJ 4; 322/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 191/1997, de 10 de noviembre, FJ único; 215/1997, de 27 de noviembre, FJ único; 89/1999, de 26 de mayo, FFJJ 3 y 4; 66/2000, de 13 de marzo, FJ 4, y 133/2000, de 16 de mayo, FJ 3, entre otras muchas)".

Y en el presente supuesto la interpretación que realiza la Sala Especial de los arts. 56 LECrim y 223.1 LOPJ -aun existiendo otras menos rigurosas, que hubieran permitido un examen sobre el fondo de la cuestión planteada- es sin duda una interpretación posible de la legalidad procesal, que, teniendo en cuenta una serie de datos obrante en autos, expresamente reseñados en la resolución judicial (que el recurrente sugirió la abstención, sin plantear la recusación en su escrito de 16 de noviembre de 1998; que interpuso un recurso de súplica frente al Auto de apertura del juicio oral, dictado el 3 de febrero de 1999, sin ejercitar recusación alguna; y que hasta el 25 de febrero de 1999 no se interpone la recusación), le permite concluir que el incidente de recusación se planteó fuera del plazo legalmente previsto para ello. Tal conclusión se halla, por tanto, razonada y fundada en Derecho y no puede calificarse de irracional o arbitraria, ni generadora en sí misma de indefensión. Por todo ello, la decisión de inadmisión del incidente de recusación ha de considerarse conforme a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

13. Habiendo sido inadmitido por extemporáneo el incidente de recusación y no existiendo, por tanto, un pronunciamiento sobre el fondo por parte de los órganos judiciales, ello impide nuestro pronunciamiento acerca de la alegada vulneración del derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE), en relación con la falta de imparcialidad subjetiva del Magistrado don E.B.Z. y con la falta de imparcialidad objetiva de la Sala por haber dictado ciertas resoluciones con carácter previo al enjuiciamiento, por falta de agotamiento de la vía judicial previa (art. 44.1.a LOTC), como sostiene el Ministerio Fiscal.

En efecto, reiteradamente nuestra jurisprudencia ha venido exigiendo el planteamiento de la recusación en tiempo y forma, siempre que sea posible, para entender agotados los recursos judiciales e invocada la supuesta lesión, pues las exigencias derivadas de la subsidiariedad del recurso de amparo impiden a este Tribunal un pronunciamiento sobre

el fondo que no haya sido precedido de otro por parte de los órganos judiciales, existiendo un cauce procesal idóneo para ello, por causas sólo imputables al recurrente (por todas, SSTC 138/1991, de 20 de junio, FJ 2; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y las allí citadas). Como afirmábamos en STC 52/2000, de 28 de febrero, FJ 3, "no se trata de cerrar la vía del amparo constitucional con un enfoque formalista, sino de cumplir una función práctica: dar a los propios órganos judiciales la posibilidad de reparar las vulneraciones de derechos procesales que puedan cometer, ellos mismos o los Tribunales sobre los que ostentan competencia de recurso; y reservar al recurso de amparo ante este Tribunal Constitucional el carácter subsidiario que le ha atribuido la Constitución".

Ahora bien, junto a las anteriormente reseñadas el recurrente denuncia una tercera causa de pérdida de imparcialidad del Tribunal, referida al interés mostrado por el Presidente del mismo durante el acto del juicio, que con su iniciativa y actitud al interrogar al procesado y a dos testigos habría evidenciado una tendencia a favorecer los intereses de las acusaciones en el proceso. Respecto de esta alegación sí hemos de pronunciarnos, dado que la misma no está afectada por el planteamiento extemporáneo del incidente de recusación.

14. Nuestra jurisprudencia ha señalado que el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) otorga al acusado en un proceso penal el derecho a exigir del Juez la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, siendo un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas. (STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3).

Ahora bien, ello no significa que haya de exigirse al órgano judicial una actitud pasiva durante el acto del juicio. Al respecto hemos afirmado lo siguiente: "Más concretamente, en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim, no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ex officio judicis prevista en

el art. 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto" (STC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2; en el mismo sentido STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3).

En el presente caso lo que se reprocha al Presidente del Tribunal es haber formulado una serie de preguntas al acusado y fundamentalmente a los testigos, preguntas que versaron sobre los hechos objeto de acusación (pues todas ellas se refieren a la actuación del propio Juez y del Fiscal en la instrucción de la causa en la que se dictaron los Autos presuntamente prevaricadores) y que pueden entenderse razonablemente llevadas a cabo al efecto de alcanzar el grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de ésta. Por lo demás tampoco puede sostenerse que la formulación de tales preguntas haya generado indefensión alguna al demandante de amparo, pues pudo alegar al respecto lo que estimó oportuno en el acto de la vista. En conclusión, cabe afirmar que ni de la formulación de las citadas preguntas, ni del contenido de las mismas pueda apreciarse la denunciada pérdida de imparcialidad judicial, debiendo ser desestimada también esta alegación.

15. Una vez rechazadas las alegaciones de carácter estrictamente procesal, analizaremos a continuación las de carácter material, comenzando por la relativa al principio de legalidad (art. 25.1 CE).

Como más ampliamente se expuso en los antecedentes, el recurrente sostiene que la aplicación al presente caso del delito de prevaricación previsto en el art. 446 CP se fundamenta en una interpretación extensiva in malam partem y en una aplicación analógica del tipo penal a supuestos no comprendidos en él. En concreto se afirma que la Sala sentenciadora prescinde del elemento subjetivo exigido por el Código penal (que la resolución injusta sea dictada "a sabiendas"), objetivando la "injusticia" y considerando suficiente para que exista el delito con que la resolución sea manifiestamente injusta. Por otra parte, respecto del elemento objetivo, entiende el recurrente que la Sala se conforma con la mera ilegalidad de la resolución, cuando la injusticia ha de ser "patente, manifiesta y grosera", lo que no sucede en el presente caso.

Tanto el Ministerio Fiscal como las otras partes personadas consideran, por el contrario, que la alegación debe ser desestimada, sosteniendo el Fiscal que no es cierto que la Sentencia condenatoria prescinda del elemento subjetivo del tipo, sino que en la fundamentación jurídica se alude a ambos elementos del tipo, cuya concurrencia se analizan de forma razonada, subsumiendo los hechos en la norma. Lo que subyace a la queja del recurrente es una mera discrepancia con la calificación jurídica efectuada por

la Sentencia, planteando un problema de subsunción de los hechos en la norma que es una cuestión de legalidad ordinaria.

16. Así delimitado el problema a analizar, debemos comenzar recordando que nuestra jurisprudencia viene sosteniendo que la garantía material de certeza derivada del principio de legalidad en materia penal tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales, que en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales se encuentran, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, en situación de sujeción estricta a la ley penal, estándoles vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan (entre otras muchas, SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 13/2003, de 28 de enero, FJ 2).

Por lo que respecta al alcance del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales, nuestra doctrina parte de que toda norma penal admite diversas interpretaciones como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3), y de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que pueda este Tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3). En otras palabras, "es ajena al contenido de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados" (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

Por tanto, en este ámbito nuestro papel como jurisdicción de amparo "se reduce a velar por la indemnidad del derecho indicado y, con ello, la de los valores de seguridad jurídica y de monopolio legislativo en la determinación esencial de lo penalmente ilícito que lo informan", verificando "si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a aquellos valores" (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; citándola SSTC 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4). Además desde la STC 137/1997, de 21 de julio, hemos destacado que no se limita a comprobar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni

a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino que, más allá de estas constataciones, nuestra jurisprudencia exige comprobar en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica, pues sólo de este modo puede verse en la decisión sancionadora "un fruto previsible de una razonable administración judicial o administrativa de la soberanía popular". "Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios" (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

En definitiva, nuestro canon de enjuiciamiento constitucional, configurado a partir de la STC 137/1997, es el siguiente: cabe hablar de aplicación analógica o extensiva in malam partem, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 12; 126/2001, de 4 de junio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3).

17. Sentado cuanto antecede hemos de examinar a continuación cuál es el precepto aplicado y la interpretación que del mismo realiza la resolución judicial impugnada para justificar la subsunción de los hechos en el mismo.

El precepto aplicado es el art. 446.3 CP, cuyo tenor literal es el siguiente: "El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 3º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas". Los dos primeros apartados de este precepto (respecto de los cuales, por contraposición, se define el tipo de resolución a que se refiere este

apartado tercero) contemplan los supuestos de "sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito" (apartado primero) y "sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta" (apartado segundo).

Señala la Sentencia de 15 de octubre de 1999, en el segundo de sus fundamentos jurídicos sobre el fondo, que el delito de prevaricación del art. 446 CP "se comete por el juez que dictare, a sabiendas, sentencia o resolución injusta", destacando que en su forma dolosa, a diferencia de la imprudente, no se exige que la injusticia de la resolución sea manifiesta, pero sí que el juez haya obrado "a sabiendas". "Ello no significa -como erróneamente se ha dicho en ocasiones- que este delito dependa exclusivamente de la actitud interna del autor. Por el contrario, el delito de prevaricación exige -como todos los delitos- la comprobación de un tipo objetivo (la acción de dictar resolución injusta) y de un tipo subjetivo (haber realizado la acción a sabiendas de su injusticia o habiendo tenido a la vista una sentencia o resolución manifiestamente injusta)".

Con este punto de partida en el fundamento jurídico tercero destaca que el delito de prevaricación requiere, ante todo, que la sentencia o resolución judicial pueda ser considerada "como un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes", de modo que "la prevaricación, por lo tanto, consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales". Afirma que en ese sentido han de interpretarse las adjetivaciones utilizadas por la jurisprudencia respecto de la antijuridicidad de la resolución como "flagrante y clamorosa", "clara y manifiestamente contraria a la ley", "esperpéntica", "que puede ser apreciada por un lego", adjetivaciones que "suelen reemplazar a un concepto sustantivo, que será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho". Y establece a continuación lo siguiente: "De esta manera la jurisprudencia ha subrayado la importancia del elemento objetivo del delito de prevaricación y ha excluido paralelamente interpretaciones basadas en la llamada teoría subjetiva de este delito, que caracteriza la injusticia sólo como una actitud subjetiva del Juez o funcionario que dicte sentencia o resolución contra su convicción jurídica, aunque la sentencia o resolución resulte objetivamente compatible con las normas aplicadas.- En la STS 1/1996 (causa especial núm. 2830/94) esta Sala subrayó que la jurisprudencia requiere que el carácter injusto del acto sea objetivo, remitiéndose al respecto a antiguas sentencias del Tribunal Supremo ... Desde este punto de vista es evidente que la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia".

A continuación rechaza la subjetivización del delito de prevaricación defendida por el Ministerio Fiscal, afirmando, con cita de la STS 1/1996, que la injusticia se da cuando "quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate", que "el juez ... sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de

interpretación le permita", y que "puede recurrir, según su parecer, al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión deber provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos cánones interpretativos establece". Y añade lo siguiente: "Lo que el Juez no puede es erigir su voluntad o su convicción en ley. Tal tarea sólo corresponde al Parlamento. Por lo tanto, no es cierto que no se pueda saber cuál es la solución jurídicamente correcta en cada caso, pues toda resolución motivada de la manera que acabamos de explicar será jurídicamente correcta, en tanto exprese la voluntad del legislador o de la ley -en su caso- y no la del Juez. Naturalmente se podrá discutir si en un caso concreto es más adecuada un interpretación teleológica que otra gramatical; lo que no es discutible es que las decisiones basadas en la propia convicción empecinada del juez, sin fundamento racional en la ley, son incompatibles con el Estado democrático de Derecho (art. 1 CE)".

Y tras otra serie de consideraciones se afirma que: "Por todo lo expuesto la Sala reitera el carácter objetivo de la injusticia, señalando, además, que el apartamiento de la función judicial propia del Estado de derecho se da cuando, como se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de interpretación del derecho aceptables en tal Estado de Derecho. En dichos casos, serán siempre aplicables los conocidos adjetivos de 'manifiestamente contraria a la ley', 'flagrante y clamorosa', 'grosera', 'llamativa', etc., pues estaremos ante un apartamiento grave del imperio del derecho".

Ahora bien, a reglón seguido se destaca que el carácter objetivo de la injusticia de la resolución "no comporta una reducción de ninguno de los aspectos subjetivos del delito. Se trata de una cuestión más simple: la injusticia del acto no depende de la opinión o de la convicción del Juez, sino de la relación de aquél con las normas y principios del ordenamiento jurídico. A ello se debe sumar el elemento subjetivo a sabiendas".

Finalmente se advierte de que no es posible trasladar la construcción jurisprudencial elaborada para las prevaricaciones de funcionarios a la prevaricación judicial (exigiendo en ocasiones que la arbitrariedad sea "esperpéntica" o "que pueda ser apreciada por cualquiera"), pues un Juez "que tiene la máxima calificación jurídica no puede ser tratado como un funcionario, cuya profesión puede no tener ninguna connotación jurídica".

18. Una vez establecidas las anteriores pautas, la Sentencia analiza cada una de las resoluciones judiciales en que se fundamenta la acusación y justifica en cada caso la concurrencia de los elementos del delito de prevaricación.

a) Así, respecto del Auto de 15 de mayo de 1997, que reimplanta el secreto del sumario, tras haber sido revocado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el Auto en el que se había decretado inicialmente el secreto, por entender que no era imprescindible, ni necesario, ni adecuado ni proporcionado, se destaca, en primer lugar, que cuando se

dictó este Auto "el Juez sabía que el secreto de la causa había sido declarado innecesario, inidóneo y desproporcionado por la Audiencia. Es decir, que el cumplimiento material de la decisión de la Audiencia exigía que no se reimplantara el secreto sobre la base de los mismos elementos que existían en la causa y que habían sido considerados insuficientes por el Tribunal de alzada para justificar la medida".

A continuación se analizan una serie de hechos que revelan el carácter meramente aparente del fundamento de la reimplantación del secreto, algo que para la Sala es tan claro "que demuestra un manifiesto abuso de las facultades que la ley acuerda al Juez de instrucción para limitar el derecho de defensa", para concluir lo siguiente:

"Una motivación que tergiversa los hechos de la causa constituye un apartamiento grave de la ley, pues carece de todo respaldo en ella. El juez no ignoraba estos extremos y, en consecuencia, obraba 'a sabiendas', pues tenía conocimiento de lo actuado en la causa y procuró conscientemente disimularlo mediante la justificación formal de la petición policial.- Ni siquiera poniéndonos en la más estricta y restringida de las formulaciones jurisprudenciales se podría negar que cualquiera, aunque no sea jurista, puede constatar la injusticia del Auto dictado por el juez el 15-5-97, dado que, con fundamentos inexistentes y datos tergiversados ha reimplantado el secreto, en evidente contradicción con el Auto de la Audiencia, respecto de hechos que sabía estaban ya acreditados, de documentos que ya se encontraban en la causa y respecto de diligencias pendientes que no apuntaban a la prueba de hechos que hubieran sido desconocidos por la Audiencia al levantar el secreto (inclusive parcial) de las actuaciones".

b) En cuanto al Auto de 28 de febrero de 1997, por el que se prohibía la salida de España a alguno de los inculpados, se destaca, en primer lugar, que del Auto dictado que desestima la reforma contra el anterior (Auto de 13 de marzo de 1997) se desprende que "el Juez sabe y conoce que no existe una habilitación legal que permita imponer a un inculpado, cuando no existieren razones para ordenar su detención, en los términos del art. 486 y ss LECrim, una prohibición para salir del territorio". A continuación se afirma que "ningún método de interpretación permite deducir o inducir del art. 486 LECrim que es posible restringir el derecho fundamental garantizado por el art. 19 CE, de entrar y salir libremente de España de personas respecto de las que no se dan los presupuestos para ordenar al menos su prisión y antes de contar con una mínima corroboración de la veracidad de la denuncia. La circunstancia de que el derecho de entrar y salir del territorio de España sea un derecho fundamental hace más grave la infracción de la ley, dado que, de acuerdo con el art. 53 CE, los derechos del capítulo II título I CE 'sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos'".

Y tras otra serie de consideraciones se afirma, de nuevo, que la medida adoptada no tiene fundamento en la ley, que afecta a un derecho fundamental de modo grave, que ningún método interpretativo permitiría inducir o deducir del art. 486 LECrim una

limitación del derecho fundamental como la del Auto de 28 de febrero de 1997 y que el Juez sabía que la ley no contemplaba la citada medida, que la misma restringía un derecho fundamental y que tenía graves consecuencias para los interesados. "Tampoco en este caso ofrece ninguna duda que se trata de una ilegalidad que cualquiera podía percibir: cualquiera que sepa castellano y lea el art. 486 LECrim sabe que el Juez sólo podía citar al imputado para oírlo, no podía omitir citarlo y privarlo de su derecho del art. 19 CE, cuando -se insiste- no tenía en la causa ningún elemento que corroborara los hechos denunciados. La contradicción con la norma es tan clara que resulta, por ello, manifiesta, llamativa e inclusive grosera".

c) Finalmente, en relación con el Auto de 26 de junio de 1997, dictado en la pieza de situación personal de don Jesús de Polanco, en el que se acuerda su libertad provisional, fijando una fianza de doscientos millones de pesetas, se afirma la arbitrariedad de la fianza impuesta, "toda vez que el Juez se apartó totalmente de la ley que debería haber aplicado. Pero no sólo no se daban los presupuestos formales para decretar la libertad bajo fianza, sino que además, la suma impuesta resultaba verdaderamente desproporcionada para contrarrestar un peligro que el mismo Juez declaraba inexistente, como lo puso de manifiesto el Auto de la Audiencia Nacional de 19-2- 98 (FJ 3)". A renglón seguido se sostiene que "desde el punto de vista subjetivo no cabe duda que el Juez obró a sabiendas", analizando una serie de datos objetivos de los que deduce esta afirmación (el conocimiento de la revocación del secreto por la Audiencia; el conocimiento de la inexistencia de damnificado alguno en la causa y de la inexistencia de peligro alguno).

Finalmente, se afirma que "también en este caso es evidente que la injusticia del Auto puede ser percibida por cualquier persona, aunque sea lego en derecho, toda vez que el apartamiento de las normas constitucionales, legales e inclusive de la instrucción 1/88 de la Fiscalía General del Estado es manifiesta. Cualquiera puede comprobar que si estas normas condicionan las medidas al peligro de incomparecencia o fuga y el propio Juez afirma que tal peligro no existe, la limitación de derechos fundamentales carece de todo apoyo en la ley y es merecedora de los adjetivos de 'manifiestamente ilegal', de 'flagrante', etc. Nadie podría negar seriamente que una fianza de 200.000.000 de pesetas impuesta para afianzar un peligro inexistente es totalmente desproporcionada".

19. Del examen del conjunto de los razonamientos esgrimidos en la Sentencia, tanto en relación con el delito de prevaricación en abstracto como de su concurrencia en el caso concreto, cabe concluir que la interpretación y aplicación llevada a cabo por los órganos judiciales del tipo penal de prevaricación al presente supuesto es acorde con las exigencias del principio de legalidad (art. 25.1 CE).

En efecto, partiendo del tenor literal del precepto, comienza diferenciando entre el tipo objetivo (dictar una resolución injusta) y el tipo subjetivo (realizar la acción a sabiendas de su injusticia), efectuando una serie de precisiones en relación con el carácter objetivo

de la injusticia, que pueden resumirse en la idea de que ésta concurrirá cuando la aplicación del Derecho se haya realizado desconociendo los medios y métodos de interpretación aceptables en un Estado de Derecho (a lo que se reconducen los adjetivos habitualmente empleados en la jurisprudencia para calificar la antijuridicidad de la resolución). Precisando, a continuación, que al carácter manifiestamente injusto de esa resolución ha de sumarse el haberla dictado a sabiendas para que concurra el delito. Y en la posterior aplicación de esos criterios generales a cada uno de los supuestos enjuiciados se constata por la Sala enjuiciadora la existencia de resoluciones objetivamente injustas (a partir del análisis de las circunstancias fácticas obrantes en la causa y de la regulación legal aplicable) y se afirma que se dictaron "a sabiendas", aportando datos objetivos en los que el órgano judicial fundamenta esta afirmación y teniendo en cuenta que el Juez conocía la ley a aplicar y el alcance objetivo de la misma.

Por tanto, en contra de lo sostenido por el recurrente, con esa interpretación no se niega el elemento subjetivo del delito (lo que sería manifiestamente contrario al tenor literal del precepto), sino que se afirma que junto a él existe un elemento objetivo (lo que también viene exigido por el tenor literal del precepto), rechazando interpretaciones conforme a las cuales la injusticia se caracteriza sólo por una actitud subjetiva del Juez al aplicar el Derecho. Tampoco es cierto que se devalúe el elemento objetivo, conformándose con la mera ilegalidad de la conducta, apartándose así de la exigencia de que la antijuridicidad sea "patente, manifiesta y grosera", sino que - como expresamente señala la Sentencia- se trata de dotar de contenido sustantivo a tales calificativos, atendiendo al bien jurídico protegido por el delito y al papel que los órganos judiciales desempeñan en un Estado de Derecho, que es precisamente el de aplicar únicamente el Derecho, sometiéndose al mismo. Es más, en la valoración de la injusticia de las resoluciones en el caso concreto se afirma que la misma es perceptible por cualquiera, aunque no sea jurista (respecto del Auto de 15 de mayo de 1997); que es "manifiesta, llamativa e inclusive grosera" la contradicción con la norma y perceptible por "cualquiera que sepa castellano" (respecto del Auto de 28 de febrero de 1997) y que es "manifiestamente ilegal" y "flagrante" la limitación de derechos fundamentales contenida en el Auto de 26 de junio de 1997.

Por lo demás, y desde la perspectiva de control que nos compete, cabe afirmar que tal interpretación del delito de prevaricación y tal subsunción de los hechos en el mismo es posible a la vista del tenor literal del precepto y no puede calificarse de extravagante o imprevisible para sus destinatarios, ni por su soporte metodológico, ni por las pautas valorativas que la inspiran. En efecto, afirmar que el delito de prevaricación tiene un componente objetivo y otro subjetivo, como cualquier tipo delictivo; que la existencia de uno y otro es independiente y que el carácter injusto de la resolución concurrirá cuando el juez se aparte de la función judicial que le es propia, desconociendo su obligación de aplicar el Derecho conforme a los medios y métodos de interpretación aceptables en un Estado de Derecho, es una interpretación no contraria a la orientación

material de la norma, que tiene en cuenta el bien jurídico protegido por la misma y los fines a los que se orienta (lo que se hace explícito en la Sentencia impugnada) y que encuentra respaldo en la doctrina científica acerca de este delito.

Por todo lo anteriormente expuesto ha de rechazarse la existencia de la denunciada vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE).

20. Estrechamente relacionada con la anterior alegación se encuentra la relativa a la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), derivada de la arbitraria modificación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el delito de prevaricación.

Sostiene el recurrente que la Sentencia que le condena se ha apartado de la hasta entonces doctrina jurisprudencial unánime sobre el delito de prevaricación, cambio de criterio que carece de toda justificación razonable y que se debe a razones de mera oportunidad y a un mero voluntarismo selectivo. Cita como término de comparación la Sentencia del Tribunal Supremo 1/1996, de 4 de julio, en la que se condena a otro Juez como autor de un delito de prevaricación. También cita un Auto del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 1997, en el que se inadmite una querella interpuesta contra el propio demandante de amparo, por la presunta comisión de otro delito de prevaricación.

Posteriormente aporta otra serie de Autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Autos de 21 de septiembre y 12 de noviembre de 2001; Auto de 14 de mayo de 2002 y Auto de 23 de julio de 2002). Ciertamente tal aportación se hace, según ya señala el Ministerio Fiscal, no como término de comparación para fundamentar la alegada vulneración del principio de igualdad (pues se trata de resoluciones posteriores a la Sentencia ahora impugnada), sino como prueba de la existencia de una doctrina consolidada -aunque en su momento sólo hubiera sido aportada una Sentencia, la de 4 de julio de 1996-, doctrina que se habría mantenido tras la Sentencia de 15 de octubre de 1999, ahora impugnada, de la que ésta se habría apartado injustificadamente.

En todas estas resoluciones se exige, según el demandante de amparo, respecto del elemento objetivo del tipo, que la injusticia sea evidente, patente, notoria, carente de toda explicación razonable, manifiesta, exponente de una clara arbitrariedad o irrazonabilidad, flagrante, clamorosa o grosera, apreciable por cualquiera. Y, desde el punto de vista subjetivo, que sea dictada con plena conciencia de su carácter injusto, de la ilegalidad o la arbitrariedad. Y de tales exigencias se apartaría injustificada e inmotivadamente la Sentencia recurrida en amparo.

21. Como recordábamos en el fundamento jurídico sexto de esta Sentencia, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal corresponde al demandante de amparo la carga de aportar un término de comparación válido, los precedentes de los que la resolución impugnada se habría apartado, poniendo así a disposición de este Tribunal los

elementos de juicio necesarios para poder valorar si un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente idénticos, ha resuelto en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio, o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada (SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2; 183/1991, de 30 de septiembre, FJ 3; 104/1996, de 11 de junio, FJ 29; y 102/2000, de 10 de abril, FJ 2).

A los efectos del cumplimiento de la expresada carga procesal nuestra jurisprudencia ha afirmado, en lo que a la resolución del presente recurso puede interesar, que dicha exigencia no queda cubierta citando cualquier precedente o uno aislado, sino una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza (SSTC 142/1985, de 23 de octubre, FJ 1; 48/1987, de 22 de abril, FJ 2; 159/1989, de 6 de octubre, FJ 4; 11/1995, de 16 de enero, FJ 7; 1/1997, de 13 de enero, FJ 2; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; 57/2001, de 30 de marzo, FJ 2), sin perjuicio de que pueda ser eficaz, excepcionalmente, la invocación de un precedente siempre que sea inmediato en el tiempo y exactamente igual el supuesto fáctico desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició (STC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 9, citada a su vez por la STC 140/2003, de 14 de julio, FJ 4). También hemos sostenido que la aplicación del principio de igualdad exige un elemento de "alteridad", no pudiendo someterse a contraste dos resoluciones judiciales referidas a la misma persona (SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 64/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 111/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 162/2001, de 5 de julio, FJ 2; 46/2003, de 3 de marzo, FJ 2). Por otra parte, respecto de la identidad del órgano judicial, hemos exigido, no sólo la identidad de Sala, sino también, en su caso, la de Sección, al considerar a éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la ley (entre otras, SSTC 134/1991, de 17 de junio, FJ 2; 245/1994, de 15 de septiembre, FJ 3; 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 34/1995, de 6 de febrero, FJ 1; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5; 32/1999, de 22 de abril, FJ 4; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 55/1999, de 12 de abril, FJ 2; 62/1999,de 26 de abril, FJ 4; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; 111/2001, de 7 de mayo, FJ 2; 46/2003, de 3 de marzo, FJ 2).

En atención a todo lo anteriormente expuesto puede afirmarse que en el presente supuesto no se ha aportado término de comparación válido que permita formular a este Tribunal un juicio en relación con el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, según se razona seguidamente.

No puede ser término de comparación el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1997 porque se trata de una resolución referida al propio demandante de amparo, no concurriendo por ello el aludido elemento de "alteridad", sin que por otra parte concurran en este caso las circunstancias que hacen aplicable nuestra doctrina acerca de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos de

arbitrariedad, como sucedió en el caso resuelto por la STC 162/2001, de 5 de julio, FFJJ 2 y 4.

Y tampoco constituye término de comparación válido la única Sentencia aportada por el recurrente en su demanda de amparo, relativa a la condena por prevaricación de otro Juez. En primer lugar porque constituye un único precedente, cuyo carácter aislado no puede acreditar, por sí mismo, la existencia de una línea jurisprudencial consolidada y constante de la que se hubiera apartado la Sentencia impugnada en amparo. En segundo lugar porque su sustrato fáctico (conversión de dos testigos en imputados, constitución en prisión de uno de ellos, constitución en prisión de varios querellados, todo ello sin datos objetivos que pudieran fundamentar o justificar tales medidas) carece, respecto del supuesto de autos, de la similitud necesaria para que, de modo excepcional, pueda un único precedente fundamentar la apreciación de la vulneración del principio de igualdad.

En consecuencia no acredita el recurrente que se haya producido un cambio arbitrario y no motivado de criterio en la resolución judicial recurrida contrario al principio de igualdad en la aplicación de la ley, consagrado en el art. 14 CE.

22. No obstante lo expuesto, aun admitiendo como término de comparación esta Sentencia y el Auto de 5 de noviembre de 1997, junto a los Autos aportados por el recurrente con posterioridad a la interposición de la demanda de amparo (que, según ya se indicó, no podrían demostrar un apartamiento del precedente, pero sí el carácter aislado e insólito de la resolución impugnada y la existencia de voluntarismo selectivo), un examen comparativo de todas esas resoluciones y de la Sentencia del 15 de octubre de 1999 no permite llegar a la conclusión de que exista el denunciado cambio injustificado e inmotivado de la doctrina jurisprudencial en relación con el delito de prevaricación, según se razona a continuación en el presente y en el siguiente fundamento jurídico.

En efecto, de la lectura de aquellas resoluciones judiciales se desprende que tanto la Sentencia y Auto invocados en la demanda de amparo como los Autos posteriormente aportados parten -al igual que la Sentencia aquí recurrida- de la distinción entre el elemento objetivo y el subjetivo en el delito de prevaricación.

Respecto del primero, la Sentencia 1/1996 manifiesta expresamente que no basta una mera ilegalidad que pudiera ser corregida por vía de recurso, sino que el Derecho penal se reserva "para aquellos casos de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irrazonabilidad de la resolución de que se trate conforme al principio de intervención mínima"; exigiendo el elemento objetivo "la absoluta notoriedad en la injusticia, faltando tal elemento cuando se trate de apreciaciones que en uno u otro grado son discutibles en Derecho". Y respecto del segundo se exige "actuar con plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta".

En cuanto al Auto de 5 de noviembre de 1997 éste afirma, respecto del elemento objetivo, que "la injusticia ha de ser clara, patente y manifiesta, de tal modo que de producirse cualquier duda razonable se produciría la atipicidad de la conducta", y señala, en cuanto al elemento subjetivo, que ha de haber una "intención deliberada de faltar a la justicia", de modo que "es preciso que el sujeto sepa y le conste que la resolución que dicta es injusta, por contraria a la Ley, y que a pesar de ello se dicte conscientemente".

Por su parte, los Autos posteriormente aportados -con cita expresa de la Sentencia aquí impugnada tanto en el Auto de 21 septiembre de 2001 (FJ 5), como en el de Auto de 14 de mayo de 2002 (FJ 2) y en el de 23 de julio de 2002 (FJ 1)- insisten en que no basta una mera ilegalidad sino que "la actividad delictiva característica del delito de prevaricación consiste en el ejercicio de la función jurisdiccional en contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, de modo que la resolución judicial de que se trata suponga un auténtico 'torcimiento del derecho', por constituir una manifiesta ilegalidad, tan grosera y evidente que revele por sí la injusticia, el abuso y el plus de antijuridicidad necesario para la infracción penal; supone, en definitiva, el apartamiento de la función jurisdiccional propia del Estado de Derecho por haberse aplicado la norma jurídica desconociendo los medios y métodos de interpretación aceptables. Debe tratarse, pues, de resoluciones manifiestamente contrarias a la ley, flagrantes, clamorosas, groseras, llamativas - que todos estos calificativos ha utilizado la jurisprudencia- realizadas con plena conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad -a sabiendas-" (Auto de 21 de septiembre de 2001, FJ 5). Igualmente el Auto de 12 de noviembre de 2001 hace referencia a "la injusticia objetiva de las resoluciones judiciales (patente, flagrante, clamorosa, grosera, llamativa ...)" y al elemento subjetivo, "cuya concurrencia puede ser acreditada mediante una razonable inferencia del conjunto de datos objetivos acreditados en la causa, entre ellos, y de modo particular, la evidencia y la relevancia de la injusticia" (FJ 3). En la misma línea, el Auto de 14 de mayo de 2002, tras una extensa cita literal de la Sentencia de 15 de octubre de 1999 en su FJ 2, afirma en el FJ 3 que "por resolución injusta hemos de considerar aquella que es contraria al ordenamiento jurídico, pero con un plus de antijuridicidad que caracteriza al delito, de modo que su conculcación sea palmaria, evidente, clamorosa, grosera, y en definitiva, pueda ser apreciable por cualquiera". Finalmente, el Auto de 23 de julio de 2002 señala en su FJ 1 que "el delito se comete cuando el juez adopta una resolución que se funda en su propia voluntad y no en la ley aplicable al caso. El tipo objetivo del delito, por tanto, se dará cuando el Juez toma decisiones que no puedan ser derivadas de la ley por ninguno de los métodos de interpretación de la misma admitidos por la práctica judicial. Si la resolución no puede ser deducida de la ley por alguno de estos métodos, no se la podrá considerar como aplicación de la ley vigente, sino como un acto voluntarista del juez".

23. Pues bien, si se comparan tales afirmaciones con las realizadas por la Sentencia recurrida en amparo -recogidas en los anteriores fundamentos 17 y 18- puede

comprobarse que esta resolución no constituye un supuesto aislado o insólito que quiebre una línea jurisprudencial consolidada, pues no es cierto -como sostiene el demandante de amparo- que se devalúen las exigencias del tipo objetivo, conformándose con la mera ilegalidad, ni que se prescinda del elemento subjetivo "a sabiendas".

Por el contrario, la Sentencia recurrida, en lo que se refiere al elemento objetivo, expresamente señala que los adjetivos habitualmente utilizados por la jurisprudencia para calificar la antijuridicidad de la resolución ("flagrante y clamorosa", "clara y manifiestamente contraria a la ley", "esperpéntica", "que puede ser apreciada por un lego") reemplazan "a un concepto sustantivo, que será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho" y que tales calificativos han de ser interpretados en el sentido de que exista "un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes" y que la prevaricación consiste "en el abuso de la posición que el derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales". Por tanto en las precisiones doctrinales acerca del elemento objetivo del delito no puede apreciarse un apartamiento de los precedentes jurisprudenciales, sino a lo sumo una concreción del contenido sustantivo de los términos habitualmente empleados por la jurisprudencia, profusamente razonada y motivada. Ello se ve confirmado cuando, al valorar la injusticia de las resoluciones en el caso concreto, se sostiene -como ya destacamos en el FJ 19- que la misma es perceptible por cualquiera, aunque no sea jurista (respecto del Auto de 15 de mayo de 1997); y que es "manifiesta, llamativa e inclusive grosera" la contradicción con la norma y perceptible por "cualquiera que sepa castellano" (respecto del Auto de 28 de febrero de 1997); y que es "manifiestamente ilegal" y "flagrante" la limitación de derechos fundamentales contenida en el Auto de 26 de junio de 1997.

Y en relación con el elemento subjetivo se afirma expresamente que el carácter objetivo de la injusticia "no comporta una reducción de ninguno de los aspectos subjetivos del delito", y que a la injusticia objetiva del acto ha de sumarse el elemento subjetivo "a sabiendas". Y en la concreción de esa exigencia respecto de cada una de las resoluciones dictadas en el presente caso se afirma expresamente que el Juez obraba "a sabiendas", lo que se infiere de los datos objetivos obrantes en las actuaciones y del conocimiento que el Juez tenía de lo actuado en la causa y de las normas legales a aplicar.

Por otra parte, como han puesto de relieve el Ministerio Fiscal y alguna de las partes personadas, existen también Sentencias posteriores dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (así, las SSTS de 11 de diciembre de 2001 y de 26 de febrero de 2002) en las que se recoge expresamente la doctrina de la resolución recurrida en amparo, lo que viene a reforzar la tesis de la inexistencia de voluntarismo selectivo.

En atención a todo lo expuesto debemos concluir que no ha existido una arbitraria modificación del la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el delito de prevaricación, por lo que no cabe apreciar la denunciada vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE).

24. Finalmente se alega por el recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por inexistencia de prueba de cargo en la que sustentar la conclusión condenatoria.

Sostiene el recurrente que no existe prueba, ni siquiera de indicios, para afirmar que las resoluciones dictadas eran injustas y mucho menos que fueran dictadas con la intención de que así resultaran. Afirma, igualmente, que los hechos probados se construyen desde el más puro voluntarismo, sobre la base de inferencias personalistas que ignoran el resultado de la prueba practicada en el acto del juicio y a través de razonamientos ilógicos o tan abiertos que no pueden llegar a probar lo que se pretende. Para fundamentar estas afirmaciones examina cada uno de los Autos, aportando datos fácticos que, a su juicio, resultaron probados y han sido omitidos por el Tribunal.

Conviene comenzar recordando que, conforme a la doctrina de este Tribunal, desde STC 31/1981, de 28 de julio, el derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio y en esta sede constitucional, se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida. Por lo tanto "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3).

Constituye también reiterada doctrina de este Tribunal la afirmación de la "radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad", y que "nuestra misión se constriñe a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. En rigor, pues, la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino en el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él" (por todas, STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3).

Por otra parte, desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, hemos sostenido que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los

siguientes requisitos, que permiten distinguirla de las simples sospechas: a) que parta de hechos plenamente probados y b) que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia condenatoria (SSTC 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre; 24/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 17/2002, de 28 de enero, FJ 3).

Nuestro control de la razonabilidad del discurso, esto es, de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente (excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia). En dicho último caso este Tribunal afirma que ha de ser especialmente cauteloso, por cuanto son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso, completo y adquirido con todas las garantías de la actividad probatoria, especialmente por factores derivados de la inmediación. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 14).

25. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente supuesto ha de conducir, necesariamente, a rechazar la existencia de la vulneración denunciada.

En efecto, conforme a lo expuesto en el primero de los fundamentos jurídicos sobre el fondo de la Sentencia impugnada, la prueba de cargo de los hechos consiste, fundamentalmente, en los documentos que constituyen las diligencias núm. 54/97 del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional. A ello se añaden, respecto de algunas cuestiones, las declaraciones prestadas por el propio acusado en el acto del juicio y por los Fiscales Sres. G. y F., así como el Policía Sr. Z. V., en lo que concierne a su propia actuación procesal en las citadas diligencias.

Nadie discutió en el proceso la existencia de los Autos que la Sentencia considera prevaricadores, ni su autoría por parte del demandante de amparo, extremos respecto de los que existe prueba directa, consistente en la documental referida. Las cuestiones controvertidas a probar serían, por tanto, la injusticia de tales resoluciones y su carácter doloso (el haber sido dictadas a sabiendas). En ambos casos, nos encontramos ante elementos del delito no susceptibles de prueba directa, sino que la acreditación de su concurrencia exige una inferencia y una valoración por parte del Tribunal sentenciador,

a partir de otros hechos acreditados en la causa, proceso que en el presente supuesto se realiza en los siguientes términos:

a) Respecto del Auto de 15 de mayo de 1997, que reimplanta el secreto de las actuaciones, el Tribunal Supremo pone de manifiesto, en primer lugar, una serie de datos fácticos acreditados en las actuaciones. Así, entre otros, la implantación inicial del secreto, mediante Auto de 27 de febrero de 1997, inmediatamente después de incoarse la causa, cuando "en ese momento en la causa sólo se contaba con la denuncia, no ratificada, un ejemplar del informe que había servido para el artículo publicado en la revista 'Época' (ver folios 2169/2176) de siete folios y sin firma"; la revocación del citado Auto por la Audiencia Nacional por estimarlo innecesario, inadecuado y desproporcionado; la existencia de un oficio policial relativo a las diligencias a practicar; y, finalmente, el propio Auto en el que se reimplanta el secreto respecto de las diligencias de investigación encomendadas a la Brigada.

A partir de dichos datos se pone de manifiesto por el Tribunal que el acusado sabía, cuando reimplantó el secreto, que el mismo había sido declarado innecesario, inidóneo y desproporcionado por la Audiencia, lo que ha sido admitido tanto por el Juez como por el Fiscal; que el oficio policial obrante al folio 285, que es el único fundamento del Auto que reimplantó el secreto, no se refiere ni a hechos, ni a documentos nuevos, y que el carácter instrumental de "Sogecable" ya estaba claramente verificado en la causa (como se desprendía de los interrogatorios de los inculpados y del informe del Ministerio de Hacienda). A esos datos se unen, al entender del Tribunal, otros, como la inexistencia de damnificados por las supuestas irregularidades; que de los informes policiales posteriores no se desprenda la práctica de diligencia alguna sobre hechos nuevos o nuevos documentos y que toda la investigación realizada careciera por completo de utilidad para determinar la tipicidad de los hechos; así como la innecesariedad del secreto de la causa "para volcar en el informe policial los datos proporcionados por los bancos".

Y a partir de todos estos hechos el Tribunal infiere el carácter meramente aparente del fundamento de la reimplantación del secreto, entendiendo que hubo un manifiesto abuso de las facultades que la ley otorga al Juez de instrucción, la innecesariedad del secreto dictado, la conculcación manifiesta del art. 302 LECrim y la conciencia del Juez de todos estos extremos, lo que le lleva a concluir que obraba "a sabiendas", pues "tenía conocimiento de todo lo actuado en la causa y procuró conscientemente disimularlo mediante la justificación formal de la petición policial". Es ésta una inferencia que no puede considerarse ni falta de lógica, ni excesivamente abierta o indeterminada. En efecto, la reimplantación del secreto sumarial, tras su inicial revocación en los términos en que la misma se produce, sin que ni de los datos precedentes ni de los posteriores pueda deducirse en absoluto su necesidad -partiendo, como nos es obligado, de la apreciación probatoria hecha por la Sala-, puede lógicamente interpretarse como un manifiesto abuso de derecho, que permite afirmar la injusticia de la resolución por la

que se acuerda y su dictado "a sabiendas", dada la posición procesal del Juez en la causa.

b) Respecto del Auto de 28 de febrero de 1997, que prohíbe a algunos de los procesados la salida del territorio nacional, se ponen de manifiesto por el Tribunal los siguientes hechos: el Auto fue dictado tres días después de la incoación del procedimiento y sin motivación alguna; el Fiscal se pronunció a favor del mantenimiento, sin fundamento alguno; el Juez desestimó el recurso de reforma afirmando que, aunque la ley no contemple la medida, se trata de una cautela instrumental que tiende a asegurar la presencia de los imputados en el proceso; posteriormente se deniega la autorización para salir del territorio español a dos de los imputados, si bien días después la autorización es concedida; y finalmente la Audiencia Nacional revocó el Auto por considerarlo arbitrario.

A la luz de estos datos, y tras rechazar los argumentos de descargo, el Tribunal Supremo concluye que el Juez conocía cuando dictó este Auto la inexistencia de habilitación legal que le permitiera imponer a un inculpado tal limitación de un derecho fundamental, reconocido en el art. 19 CE, como se desprende de la mera lectura del art. 486 LECrim y de las resoluciones dictadas por él mismo. De ello concluye que el Juez se apartó infundada y conscientemente de la ley y decidió según su propia voluntad. Se trata de una inferencia que tampoco puede considerarse ni contraria a la lógica, ni excesivamente abierta, a la luz de los datos tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador.

c) Finalmente, respecto del Auto de 26 de junio de 1997, en el que se impone a don Jesús de Polanco una fianza de doscientos millones de pesetas, se destaca que este Auto afirma que no se encuentran razones de estricta necesidad para la aplicación de la prisión provisional incondicional, que no existe alarma social y que tampoco puede decirse que el imputado tenia decidido eludir el proceso y sus eventuales responsabilidades mediante una huida, ni se han detectado maniobras claras para perjudicar la instrucción de la causa. Igualmente se destaca que, una vez apartado el Juez de la causa, el Fiscal manifestó la innecesariedad de mantener las presentaciones periódicas del Sr. de Polanco y de que hubiera de solicitar autorización para ausentarse del territorio nacional, sin perjuicio de su puesta en conocimiento del órgano judicial a fines de permanente localización para la práctica de algunas diligencias.

El Tribunal Supremo, a partir de estos hechos y de la lectura de los preceptos aplicables de la Ley de enjuiciamiento criminal, concluye que la imposición de la fianza era arbitraria, toda vez que el Juez se apartó totalmente de la ley que debería haber aplicado, pues no se daban los presupuestos formales para decretar tal medida y, además, la suma impuesta era desproporcionada. Igualmente se afirma que "desde el punto de vista subjetivo no ofrece ninguna duda que el Juez obró 'a sabiendas'", partiendo de una serie de datos obrantes en la causa. La Sala destaca que el propio Juez afirmó en su Auto que

no existía intención del inculpado de ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial. Por otra parte, la edad, el arraigo familiar, profesional y social, así como los datos sobre su patrimonio, "no podían sino corroborar que no existía el peligro de fuga, ni de perturbación de la investigación", de modo que "una vez establecido que no se daban tales peligros era evidente que la fianza carecía de todo sentido, pues nada había que asegurar o afianzar"; añadiéndose que "el art. 532 LECrim lo corrobora especialmente cuando establece que 'la fianza se destinará a responder de la comparecencia del procesado cuando fuere llamado por el Juez o Tribunal que conozca de la causa'".

Finalmente afirma que la injusticia del Auto es evidente, pues "cualquiera puede comprobar que si estas normas condicionan las medidas al peligro de incomparecencia o fuga y el propio Juez afirma que tal peligro no existe, la limitación de derechos fundamentales carece palmariamente de todo apoyo en la ley y es merecedora de los adjetivos de manifiestamente ilegal, de flagrante etc. Nadie podría negar seriamente que una fianza de 200.000.000 pesetas impuesta para afianzar un peligro inexistente es totalmente desproporcionada". Estamos en este caso ante una conclusión perfectamente posible, desde un punto de vista lógico, y suficientemente concluyente a partir de las premisas expuestas.

En definitiva, y desde la perspectiva limitada y externa que corresponde a esta jurisdicción, debemos rechazar la pretensión de amparo y afirmar la razonabilidad de la inferencia realizada por los órganos judiciales en el presente caso, tanto desde el punto de vista de su lógica o coherencia, como en atención a su solidez. Ningún otro juicio compete a este Tribunal, pues conviene recordar que "el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo" (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y que "entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos" (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13).

Fallo

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil tres.

Votos particulares

1. Voto particular que formula el Presidente don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo núm. 4455/99.

Como se dijo en un momento del largo debate, el presente recurso de amparo ofrece la particularidad de haberse otorgado el indulto al todavía quejoso. Fue una advertencia que considero acertada.

El derecho de gracia [art. 62 i) CE], en tanto que prerrogativa con la que se excepcionan los rigores del Ordenamiento, es radicalmente incompatible, una vez ejercido, con la pretensión de recabar tutela jurisdiccional, pues quien se beneficia de la gracia se sitúa en un domino que no es el de lo jurídicamente debido, sino el de lo graciable. No le cabe, en definitiva, pedir en Derecho lo que ha obtenido en virtud de la gracia, es decir, con excepción del Derecho mismo.

Quien acepta el perdón no puede demandar justicia. Aquél presupone la admisión tácita de una culpa previa; con la petición de justicia se niega la culpa y se exige una solución en Derecho.

Es cierto que la gracia no es repudiable por quien la recibe sin haberla pedido, pero la pretensión de interesar una respuesta jurisdiccional para lo que ha quedado solventado tras la gracia sólo puede prosperar si, con fundamento en el derecho a la jurisdicción, se impugna la propia concesión graciosa. En otro caso sólo se generarían consecuencias perturbadoras para el Ordenamiento y, si se quiere, para los intereses del afectado, pues basta pensar en el supuesto de un pronunciamiento jurisdiccional estimatorio que llevara aparejado un nuevo enjuiciamiento de la causa que fue indultada, respecto del cual ya no produciría efectos, evidentemente, la primera gracia.

Procedía, en suma, no entrar a considerar los argumentos expuestos en el recurso de amparo.

Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil tres.

2. Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Cachón Villar a la Sentencia dictada por el Pleno de este Tribunal en el recurso de amparo núm. 4455/99.

Disiento de la Sentencia del Pleno, de la que he sido Ponente, y, más concretamente, del fallo, en cuanto desestima el recurso de amparo, y del fundamento jurídico 12, en cuanto entiende que la decisión de inadmisión del incidente de recusación, decisión

adoptada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo, "ha de considerarse conforme a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)". Tal disentimiento lo es con el máximo respeto al criterio del Pleno sustentado en la Sentencia.

Entiendo que la expresada decisión de inadmisión adoptada por la Sala Especial del Tribunal Supremo, en cuanto referida a la alegada causa objetiva de recusación, vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente. Por ello debió el Pleno haber pasado a conocer de la invocada vulneración del derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE), vulneración que estimo ha sido cometida por la Sentencia recurrida en amparo, dictada el 15 de octubre de 1999 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Todo ello según las razones que seguidamente expongo. En los cinco primeros apartados me referiré al incidente de recusación y su resolución por la Sala Especial del art. 61 del Tribunal Supremo y en los restantes apartados me referiré a la invocada vulneración del derecho a un Juez imparcial.

1. Así pues, paso en primer lugar al examen del incidente de recusación, expresando mi previa aceptación de lo que se dice sobre esta materia en los fundamentos jurídicos noveno, décimo y undécimo de la Sentencia.

Partiendo del hecho de que el instituto jurídico de la recusación se orienta a la preservación y garantía del derecho fundamental al juez imparcial, el control constitucional de la decisión judicial de inadmisión por extemporáneo de un incidente de recusación ha de ser especialmente intenso.

En efecto, aunque es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva no resulta lesionado por el mero hecho de que los órganos judiciales dicten resoluciones que impidan el examen del fondo, apreciando razonablemente la concurrencia de un motivo legalmente previsto (entre otras muchas, SSTC 19/1981, de 8 de junio, FJ 2; 69/1984, de 11 de junio, FJ 2; y entre las más recientes, 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 10/2001, de 29 de enero, FJ 4; 106/2002, de 6 de mayo, FJ 4), ha de recordarse también la doctrina conforme a la cual si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental el canon de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso, hablándose de deber de motivación reforzado (SSTC 62/1996, de 16 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4, 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 83/1998, FJ 3; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2;. 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 108/2001, de 29 de mayo, FJ 3; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; entre otras muchas).

El significado y alcance de esa especial intensidad de nuestro control ha de atender, como recordábamos en la STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 2, a las circunstancias de cada caso y tiene perfiles y matices muy diversos, según cuál sea el derecho fundamental en

juego. Al margen de lo cual, sí puede afirmarse que, con carácter general, exige que la decisión adoptada tenga en cuenta que, más allá del derecho a la tutela judicial efectiva, existe otro derecho fundamental concernido, respecto del que puede producirse un efecto derivado o reflejo (STC 10/2001, de 29 de enero, FJ 4, citando STC 105/1997, de 2 de junio), debiendo ser incluido el interés en la preservación de este otro derecho en la ponderación previa a la adopción de una decisión.

Tratando de concretar esta idea en el caso que nos ocupa, hemos de recordar, en primer lugar, que el derecho fundamental a la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho (STC 299/1994, de 14 de noviembre, FJ 3), la primera de las garantías de un proceso justo "sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso" (STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 3). Y hemos de recordar asimismo, en segundo lugar, que la recusación es un instrumento procesal orientado a preservar este derecho, evitando la materialización de su vulneración, y, en principio, idóneo para ello. Por tanto, en la interpretación judicial de los requisitos procesales formales que pueden determinar la inadmisión de un incidente de recusación, los órganos judiciales deben tener presente que la cuestión de fondo suscitada atañe al derecho fundamental al juez imparcial y que con la decisión de inadmisión se omite la realización de un control posible de carácter preventivo acerca de la imparcialidad del Juez o Tribunal cuestionado.

En este sentido hemos afirmado en la STC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3, tratándose del deber de motivación reforzado respecto de las resoluciones judiciales que se conectan con un derecho fundamental (cual es el caso respecto del derecho al juez imparcial), que "en cuanto al contenido de la fundamentación, la limitación o restricción de derechos fundamentales requiere que el razonamiento 'respete el contenido constitucionalmente garantizado' del derecho fundamental (STC 33/1999,de 8 de marzo, FJ 2)", y que por ello "resulta necesario que se exprese el juicio de ponderación entre los valores y derechos en juego en cada caso, 'haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad'(STC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3)".

Sentados los anteriores extremos deben ser examinadas separadamente las dos causas de recusación alegadas, pues su sustrato fáctico es radicalmente diferente y ello podría tener consecuencias en cuanto a la valoración de la decisión de inadmisión.

2. Por lo que respecta a la falta de imparcialidad subjetiva, atribuida a uno de los Magistrados por supuesta amistad con un Letrado de la otra parte, creo que procede su desestimación tanto por la extemporaneidad en su planteamiento como por la total falta de fundamento de la misma prima facie, por carecer de base legal o real.

Para valorar la conformidad constitucional de la decisión de inadmisión de esta causa de recusación ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que tanto en el escrito de

recusación como en la propia demanda de amparo se reconoce que las dudas sobre la imparcialidad del Magistrado recusado surgen al conocer la composición de la Sala competente para admitir la querella a trámite (esto es, un año antes del planteamiento del incidente), y que los elementos en los que se funda esa duda los conocía con anterioridad, desde la etapa en que fue Vocal del Consejo General del Poder Judicial, por lo que, según manifiesta el ahora recurrente, varias veces estuvo dispuesto a formular recusación. Por tanto parece fuera de toda duda que el conocimiento de la causa de recusación que se alega era muy anterior al pleito y que no se interpuso al inicio del mismo, sino sólo una vez abierto el juicio oral.

En segundo lugar, el planteamiento de la recusación por esta causa al comienzo del pleito parece una exigencia razonable, teniendo en cuenta que la causa, de concurrir, tendría relevancia material desde el primer momento, pues la garantía de imparcialidad es exigible también durante la fase de instrucción (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 21; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2), por lo que la falta de imparcialidad subjetiva de este Magistrado (cuya causa se conoce con anterioridad al pleito y de la que se duda desde el primer momento) le hubiera inhabilitado para actuar en cualquiera de las fases del proceso.

Por último ha de tenerse en cuenta que la Sala Especial del Tribunal Supremo no sólo tiene en cuenta la extemporaneidad en el planteamiento de la recusación, sino que sostiene además que la causa alegada puede carecer en principio de toda base real o legal, esto es, afirma la falta de fundamento prima facie del motivo de recusación alegado, lo que -al igual que afirmamos en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 6- excluiría el efecto material de indefensión y, por otra parte, permite sostener que la decisión ha tenido en cuenta la inexistencia de efecto derivado sobre el derecho al juez imparcial.

Por todo ello, respecto de esta causa de recusación, la decisión de inadmisión del incidente de recusación ha de considerarse conforme a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho al juez imparcial.

3. Por lo que respecta a la denuncia de falta de imparcialidad objetiva del Tribunal por haber dictado determinadas resoluciones en fases procesales anteriores nuestra conclusión debe ser otra.

Como punto de partida ha de tenerse en cuenta que lo materialmente relevante a efectos de la recusación planteada (y de la preservación de la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento a que la misma se orienta) es el hecho de que los Magistrados que dictaron las resoluciones que, al entender del recurrente, fundamentan el temor de parcialidad sean los mismos Magistrados que han de constituir el Tribunal enjuiciador.

Pues bien, la decisión de que se va a producir el enjuiciamiento se adopta mediante el Auto de 3 de febrero de 1999, notificado al recurrente el día 5 de febrero, que confirma el de conclusión del sumario y decide abrir el juicio oral. Por ello parece razonable entender -como hizo el recurrente- que el momento materialmente relevante para estimar que concurría la causa de recusación es el de la apertura del juicio oral. Dicho de otro modo, no puede exigirse que la recusación se formule antes de que se conozca si va a abrirse o no el juicio oral, pues es entonces cuando el interesado sabe si va a ser o no enjuiciado.

A ello no puede oponerse, como argumento del conocimiento de la causa de recusación, el que el recurrente, mediante escrito de 16 de noviembre de 1998, según dice el Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo, hubiera sugerido "la misma [la recusación] sin plantearla en forma", pues en ese escrito lo que se solicita, con cita de la STEDH en el caso Castillo-Algar, es que los tres Magistrados que dictaron el Auto de confirmación del de procesamiento se apartaran del conocimiento de la causa, pero en un momento procesal en el que -conforme a lo anteriormente expuesto- no existía aún constancia de que el juicio fuera a celebrarse ni, por tanto, de que esos tres Magistrados, que se habrían contaminado al dictar el Auto de confirmación del de procesamiento, fueran efectivamente a enjuiciarle, pues tal constancia sólo existe desde que se dicta el Auto de 3 de febrero de 1999. Por tanto, del escrito del recurrente de fecha 16 de noviembre de 1998 tan solo se desprende que conocía la jurisprudencia del Tribunal Europeo y que solicita la abstención de los Magistrados en un momento en el que -conforme a un entendimiento de la normativa procesal que puede calificarse de razonable- aún no procedía plantear la recusación.

4. Ahora bien, de la argumentación del Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo se desprende como primer y fundamental reproche a la conducta del recurrente el que, en vez de plantear inmediatamente la recusación tras conocer el Auto de apertura del juicio oral, lo recurrió en súplica, por lo que, conforme a lo establecido ahora en el art. 223.1 LOPJ, la recusación no se habría interpuesto "tan luego" como se tuvo conocimiento de la causa en que se fundaba.

Ciertamente, una vez dictado el Auto de apertura del juicio oral, el mismo se recurre en súplica, reiterando la petición de que se acuerde el sobreseimiento libre de la causa. Este recurso es desestimado mediante Auto de 19 de febrero de 1999, en cuya parte dispositiva se establece que contra la resolución recurrida no cabía recurso alguno, argumentándose en los razonamientos jurídicos que, pese a que del tenor literal del art. 236 LECrim parece desprenderse que contra todos los Autos de los Tribunales criminales cabe recurso de súplica, "ello se ve desmentido por una interpretación histórica y contextual del texto". Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que ni ese Auto que desestima el recurso de súplica, ni, por supuesto, la resolución que previamente le había dado curso afirman expresamente que el planteamiento de este recurso fuera

manifiestamente improcedente y representara un alargamiento artificial y fraudulento del plazo para interponer la recusación.

Por tanto, teniendo en cuenta que la improcedencia del recurso de súplica intentado no se deriva de manera clara, terminante e inequívoca de la ley (pues no existe un precepto legal que lo excluya de manera inequívoca, como reconoce el propio Auto que lo desestima) y que en el Auto recurrido -o en la diligencia de notificación del mismo- no se establecía que fuera firme y no cupiera frente a él recurso alguno, se puede concluir que la actuación del recurrente no revela la existencia de ánimo dilatorio o de un comportamiento contrario al deber de lealtad procesal, sino un entendimiento posible de la legalidad procesal, conforme al cual el Auto de apertura del juicio oral sólo adquiere firmeza cuando se resuelve el recurso de súplica, mediante Auto de 19 de febrero de 1999, notificado el día 24 de febrero. Y es precisamente al día siguiente de esta notificación cuando se formaliza la recusación.

5. En consecuencia, y a partir de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que ante una regulación legal que no es inequívoca y un comportamiento procesal del recurrente del que no se desprende la existencia de pasividad o negligencia, ni una actuación intencionadamente dilatoria o fraudulenta, la desestimación del incidente de recusación por extemporáneo se produce a partir de una interpretación de la legalidad procesal (frente a otras igualmente posibles que hubieran permitido el enjuiciamiento de fondo) que no ha tenido en cuenta, en los términos en que le era constitucionalmente exigible, que estaba en juego la preservación del derecho fundamental a la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento.

La constatación de que efectivamente se encontraba en juego el derecho al juez imparcial y de que la desestimación por extemporáneo del incidente, al impedir un control de fondo, posibilitaba o facilitaba la eventual vulneración del mismo puede constatarse en el presente caso teniendo en cuenta especialmente dos datos.

En primer lugar, que nos encontramos ante una causa de recusación que no se estima prima facie inexistente, ilusoria o arbitraria por el órgano judicial (lo que hubiera puesto de relieve una actuación del recurrente contraria al deber de actuar con probidad en el proceso, art. 11.2 LOPJ). Es de interés resaltar al respecto que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, SSTEDH 17 de enero de 1970, caso Delcourt c. Bélgica, § 31; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber c. Bélgica, § 26; de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt c. Dinamarca, § 48; 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar c. España, § 45; 25 de julio de 2000, caso Tierce y otros c. San Marino, § 76) y ha asumido nuestra jurisprudencia (por todas, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 6), en el ámbito de la imparcialidad objetiva incluso las apariencias son importantes, pues lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, lo que determina que cualquier

juez respecto del que exista una razón legítima para temer una falta de imparcialidad debe ser apartado del asunto, si bien el punto de vista decisivo no es el del acusado, sino que su temor ha de estar objetivamente justificado.

En segundo lugar, que con la decisión de inadmisión se impedía, en las circunstancias del caso concreto, cualquier pronunciamiento de fondo por un Tribunal distinto al cuestionado sobre la falta de imparcialidad de la Sala de enjuiciamiento, lo que hace especialmente graves para el derecho fundamental en juego las consecuencias de la declaración de extemporaneidad. En efecto, aunque la cuestión podía y fue planteada de nuevo como cuestión previa antes del comienzo del juicio, con ello sólo se obtuvo una respuesta de los propios recusados acerca de su imparcialidad, y tampoco era posible en este caso hacer valer la disconformidad contra esta resolución a través de los recursos contra las resoluciones de fondo, dado que se juzgaba en única instancia.

Por todo ello, y teniendo en cuenta la doctrina expresada en el apartado primero de esta exposición, ha de concluirse que la decisión de la Sala Especial del Tribunal Supremo de desestimar el incidente de recusación por extemporáneo, en relación con la denunciada falta de imparcialidad objetiva de la Sala que habría de llevar a cabo el enjuiciamiento, vulnera las exigencias constitucionales derivadas del art. 24.1 CE en relación con el derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial, como garantía esencial de un proceso justo (art. 24.2 CE).

6. La apreciación de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de la decisión de desestimar por extemporáneo el incidente de recusación en lo relativo a la falta de imparcialidad objetiva, no debe comportar en el caso la retroacción de actuaciones, previa anulación del Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo, a fin de que dicha Sala Especial se pronunciara sobre el fondo de esta cuestión. Y ello por las propias peculiaridades del presente caso.

En primer lugar, porque, a la vista de la actuación procesal del recurrente ante la jurisdicción ordinaria (solicitando la abstención de los Magistrados en su escrito de 16 de noviembre de 1998, formulando el incidente de recusación y planteando posteriormente la falta de imparcialidad como cuestión previa en el juicio) puede afirmarse que queda salvada la subsidiariedad del recurso de amparo.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta el carácter instrumental del incidente de recusación en cuya tramitación se produce la vulneración en relación con la preservación del derecho a la imparcialidad del juzgador. La razón de ser de dicho incidente es de carácter preventivo: se articula para evitar que el Tribunal sobre el que recaen sospechas de parcialidad derivadas de su intervención en la fase de instrucción realice el enjuiciamiento. Siendo así, y resultando imposible en este momento -una vez juzgado y condenado el ahora demandante de amparo- que tal efecto preventivo se despliegue, carecería de toda eficacia material reabrir el incidente de recusación, pues la

posible contaminación de la Sala de enjuiciamiento, de existir, ya no puede prevenirse, sino tan sólo repararse.

Tal reparación es lo que el demandante de amparo solicita de este Tribunal, al denunciar la vulneración del derecho al juez imparcial como parte del derecho a un proceso justo o con todas las garantías. Una negativa nuestra en tales circunstancias a un pronunciamiento de fondo, alegando la subsidiariedad del amparo, constituiría una aplicación rigorista y puramente formal de nuestros presupuestos procesales de enjuiciamiento, carente de justificación material, que dilataría el proceso y la reparación de la lesión eventualmente producida más allá de lo admisible, reabriendo un trámite procesal ya innecesario.

7. Es doctrina reiterada de este Tribunal -por todas, SSTC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2- que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial forma parte de las garantías del proceso debido, reconocido como derecho fundamental en el art. 24.2 CE y en el art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

De la imparcialidad objetiva hemos afirmado que su sentido constitucional no es otro que asegurar que los jueces y magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma "sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo, que pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso" (STC 157/1993, de 6 de mayo).

Nuestra jurisprudencia ha establecido, como reglas constitucionalmente exigidas, la incompatibilidad entre las funciones de fallo y las de previa acusación o de auxilio a la acusación (SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 6; 225/1988, de 28 de noviembre, FJ 1; 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 6; 56/1994, de 24 de febrero, FJ 6), o entre las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento (entre otras, SSTC 113/1987, de 3 de julio, FJ 4; 145/1988, de 12 de julio, FFJJ 5 y 7; 11/1989, de 24 de enero, FJ 2; 106/1989, de 8 de junio, FJ 2; 151/1991, de 8 de julio, FJ 4; 142/1997, de 15 de septiembre, FJ 3).

Por otra parte, y a los efectos que aquí interesan, al margen de los supuestos de realización de actividades de instrucción en sentido estricto, nuestra jurisprudencia ha asumido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt c. Dinamarca, § 52), conforme a la cual quiebra la imparcialidad en aquellos supuestos en que la actividad jurisdiccional previa ha supuesto la exteriorización anticipada del juicio de culpabilidad. Muestra de ello son, entre otras, las SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5, 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4, y 310/2000, de 18 de diciembre, FFJJ 4 y 5

Por el contrario, hemos afirmado que no comprometen la imparcialidad judicial aquellas actividades de ordenación formal del proceso (STC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5, a contrario), de carácter estrictamente jurisdiccional (STC 162/1999, de 27 de septiembre, respecto de la admisión a trámite de una querella) o de contenido estrictamente técnico-jurídico, no comparables a la actividad investigadora o inquisitiva, ni susceptibles de generar prejuicio alguno sobre la culpabilidad. Cabe citar, en el último de los sentidos mencionados, las SSTC 14/2001, de 29 de enero, FJ 12, y 52/2001, de 26 de febrero, FJ 6.

En todo caso, del repaso casuístico de nuestra jurisprudencia se desprende que la exigencia de imparcialidad objetiva del órgano de enjuiciamiento no implica que cualquier actuación jurisdiccional previa conectada con la causa determine la pérdida de la misma, sino que ello se producirá, por una parte, en aquellos casos en que se hayan realizado por quien ha de enjuiciar actividades de instrucción en sentido estricto (esto es, que impliquen una actuación investigadora o inquisitiva sobre los hechos en relación con una determinada persona), que puedan generar en el juzgador un prejuicio sobre el acusado, y, por otra, cuando se hayan realizado otras actuaciones procesales que impliquen la exteriorización de un juicio anticipado de culpabilidad, aunque sea de carácter indiciario o provisional.

Por lo demás, tal valoración de la actuación judicial previa no puede ser realizada en abstracto, en atención al tipo de actividad jurisdiccional llevada a cabo, sino en cada caso concreto y en atención a la concreta actuación del órgano judicial.

8. Por lo que se refiere a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al margen de lo ya expuesto, ha de recordarse -como ya hiciéramos en STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 4- que si bien inicialmente (SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack c. Bélgica, y 26 de octubre de 1984, caso De Cubber c. Bélgica) parece estimarse siempre contrario al art. 6.1 del Convenio la previa asunción por el juez decisor de cualquier tipo de actividad instructora, desde la STEDH de 24 de mayo de 1989 (caso Hauschildt contra Dinamarca, § 50), el Tribunal ha convertido esa regla en excepción, afirmando expresamente y con carácter general la diferente naturaleza de las cuestiones a las que el juez tiene que responder cuando toma decisiones previas al enjuiciamiento y aquellas que son decisivas para la formulación de un juicio de culpabilidad definitivo, por lo que el simple hecho de que un juez haya adoptado decisiones previas al enjuiciamiento no puede, en sí mismo, justificar las aprensiones en cuanto a su imparcialidad, sino que ello depende de las circunstancias del caso.

En la STEDH de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar c. España, citada por el recurrente, se estimó la lesión del derecho a un juez imparcial porque dos miembros del Tribunal sentenciador formaron parte de la Sala que rechazó el recurso del demandante contra su procesamiento, afirmando que "los términos empleados por la Sala del Tribunal Militar Central ... podían fácilmente llevar a pensar que hacía suyo el punto de

vista adoptado por el Tribunal Supremo ... según el cual existían indicios suficientes que permitían concluir que se había cometido un delito militar" (§ 48).

No obstante, la posterior Resolución de 2 de marzo de 2000 (caso Garrido Guerrero c. España) inadmite una demanda relativa a un caso en el que un miembro del Tribunal sentenciador había participado en actos de investigación como juez instructor y otro había formado parte de la Sala que rechazó el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento. Citando expresamente la Sentencia del caso Castillo Algar, insiste en que la cuestión de si pueden considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la parcialidad contra un juez que ha formado parte de la Sala que revisó el Auto de procesamiento "varía según las circunstancias de la causa", constatando que "en el presente caso, el Tribunal de apelación tuvo mucho cuidado de precisar los límites del acto de inculpación como resolución formal y provisional, no prejuzgando en nada el desenlace del litigio, ni en cuanto a la calificación de los hechos que se discutían ni en cuanto a la culpabilidad del imputado", ante lo cual entiende que los temores de falta de imparcialidad del recurrente no están objetivamente justificados.

Y, más recientemente, la STEDH de 25 de julio de 2002 (caso Perote Pellón c. España), de nuevo en atención a las peculiares circunstancias del caso, declara objetivamente justificados los temores del demandante acerca de la falta de imparcialidad del Tribunal sentenciador.

Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo se deduce la inexistencia de un criterio general inequívoco acerca de esta cuestión, que pueda conectarse con la existencia de un cierto tipo de actividad jurisdiccional llevada a cabo durante la fase previa, considerada en abstracto. El Tribunal apela continuamente a las circunstancias del caso (entre las que se tiene en cuenta el tipo de sistema judicial, la naturaleza y alcance de las decisiones y, especialmente, los términos empleados en el pronunciamiento previamente emitido), por lo que puede afirmarse que sólo a partir del examen de la concreta actuación del órgano judicial en cada supuesto puede determinarse si las sospechas de parcialidad aparecen o no como objetivamente justificadas, en la medida en que dicho pronunciamiento esté próximo o sea equiparable a la declaración formal de culpabilidad y, por tanto, pueda considerarse una anticipación de la misma.

9. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta nos obliga a examinar cuáles han sido los concretos pronunciamientos emitidos durante la fase de instrucción por una Sala total o parcialmente idéntica a la que dictó la Sentencia condenatoria. Y ello para establecer si estaba o no objetivamente justificado el temor de parcialidad sustentado por el ahora recurrente en amparo.

El demandante de amparo cita cinco resoluciones judiciales que habrían determinado la contaminación del órgano de enjuiciamiento, que pueden agruparse en tres bloques, en

atención a la naturaleza y alcance de los pronunciamientos. En primer lugar, dos Autos relativos a la admisión a trámite de la querella: el Auto de 19 de febrero de 1998, por el que se acuerda la admisión a trámite de la querella y el de 16 de marzo de 1998 que confirma en súplica el anterior. En segundo lugar, el Auto de 3 de noviembre de 1998, en el que se desestima el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento. En tercer lugar, los Autos de 3 de febrero de 1999, que confirma el de conclusión del sumario, deniega el sobreseimiento libre solicitado tanto por el ahora demandante de amparo como por el Ministerio Fiscal y acuerda la apertura del juicio oral, y el de 19 de enero de 1999, que desestima el recurso de súplica interpuesto contra el anterior.

10. Por lo que se refiere a la decisión de admitir la querella a trámite, el Auto de 19 de febrero de 1998 fue dictado por una Sala en la que dos de sus tres miembros formaron parte de la Sala de enjuiciamiento. En su razonamiento jurídico tercero, tras resumir los hechos que en la querella interpuesta se reputan como conducta prevaricadora del querellado, se afirma lo siguiente: "De cuanto hemos expuesto surge una oposición tan extrema entre lo sostenido por el Juez querellado y el Tribunal que entendió en los recursos contra sus resoluciones que los datos revisten apariencia delictiva a los efectos del art. 446 del Código penal como 'resoluciones injustas', lo que determina la admisión de la querella y apertura de la instrucción".

Como dijimos en la STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 6, en nuestro sistema legal la admisión a trámite de una querella "no es un acto de parte, sino un acto jurisdiccional", que se encuentra "sometido a previsión legal, por más que ésta exprese únicamente los casos en que no procede la admisión a trámite" y respecto del que el órgano judicial competente "tiene ... muy escaso margen de decisión", limitándose las posibilidades legales de desestimación, conforme al art. 313 LECrim, a los casos en que "los hechos en que se funde no constituyan delito". Por ello, también hemos afirmado en dicha Sentencia que "el juicio que se expresa en la resolución por la que se admite a trámite una querella es claramente distinto del razonamiento fáctico y jurídico que permite afirmar, más allá de toda duda razonable, que unos hechos previstos por la ley como delito han sido cometidos por un acusado", de modo que "la disimilitud de juicios y el carácter estrictamente jurisdiccional de la actividad procesal realizada impiden considerar fundada cualquier duda que pueda expresarse sobre los Magistrados encargados del enjuiciamiento si deriva del hecho de haber admitido a trámite previamente la denuncia o querella que inició la fase preliminar del proceso penal".

Desde esa configuración legal y constitucional de la admisión a trámite de la querella han de valorarse los concretos pronunciamientos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que realiza una primera valoración tan solo de la calificación jurídica que el querellante da a los hechos, afirmando que los mismos "revisten apariencia delictiva a los efectos del art. 446 del Código penal como 'resoluciones injustas'". Con ello, el Tribunal se limita a excluir la posibilidad legal de desestimación de la querella (que los hechos en que se funda no sean constitutivos de delito), formulando un juicio acerca de

la apariencia delictiva de los mismos sobre la base de la calificación jurídica llevada a cabo por el querellante, sin prejuzgar ni su existencia, ni la calificación que de los mismos pudiera realizar el Tribunal, ni su posible atribución al querellado, lo que no puede considerarse la anticipación del juicio de culpabilidad definitivo.

Por tanto, ni de la naturaleza y alcance de la decisión, ni de los concretos pronunciamientos de la Sala puede deducirse la pérdida de imparcialidad objetiva de dos de los Magistrados que la adoptaron y que posteriormente formaron la Sala que dictó la Sentencia condenatoria. Esta conclusión ha de extenderse al Auto de 16 de marzo de 1998, dictado por la misma Sala, desestimatorio del recurso de súplica formulado contra el anterior.

11. Examinaremos a continuación el Auto de 3 de noviembre de 1998, que desestima el recurso de apelación formulado contra el Auto de procesamiento, de fecha 16 de junio de 1998.

Esta resolución fue adoptada por una Sala compuesta por los mismos Magistrados que componían la Sala que luego había de dictar la Sentencia condenatoria. En el razonamiento jurídico primero se dice lo siguiente: "Antes de considerar el fondo del asunto la Sala estima necesario establecer que el presente Auto se limita, por su naturaleza, a la comprobación de tres extremos: a) verificación de la legalidad de las pruebas obtenidas; b) comprobación del respeto del derecho de defensa; c) constatación de que la aplicación provisional de derecho contenida en el Auto de procesamiento no es manifiestamente incorrecta. Estos límites del Auto que resuelve esta apelación están impuestos por el objeto del recurso de apelación del Auto de procesamiento. En efecto, se trata de una decisión de carácter provisorio, que no prejuzga la culpabilidad del procesado, sino que se limita a la comprobación de la consistencia de la querella o denuncia con la que se inicia el procedimiento". Y, tras analizar los hechos que sirven de base a la querella, se insiste -en el razonamiento jurídico sexto- en que "rechazar el recurso y mantener el Auto de procesamiento en su totalidad no supone prejuzgar la cuestión sometida a debate, sino simplemente considerar que en los hechos descritos e inicialmente probados se reúnen los elementos de juicio que la ley requiere para la medida adoptada por el Excmo. Sr. Instructor respecto del presunto delito de prevaricación".

Con tales afirmaciones y consideraciones la Sala procura precisar los límites de su actuación, destacando que, a diferencia de lo que ocurre en el Auto de procesamiento -que constituye un acto formal de imputación, dictado por el Juez instructor, cuyo presupuesto es la existencia de "algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona" (art. 384 LECrim), lo que exige la formulación de un juicio positivo, aunque de carácter provisional, acerca de la existencia de fundadas sospechas de la participación del procesado en el hecho punible- el Auto que lo confirma en apelación puede limitarse a realizar un examen estrictamente técnico de la correcta

aplicación de la legalidad por parte del órgano instructor, sin exteriorizar juicio alguno propio acerca de la calificación de los hechos o la culpabilidad del acusado o, en palabras del Tribunal Europeo, sin hacer suyas las afirmaciones vertidas en el Auto recurrido.

No obstante lo relevante no es que la Sala al resolver la apelación contra el procesamiento hubiera podido limitarse a realizar tales constataciones, sino si efectivamente lo hizo, lo cual ha de negarse en el presente caso. En efecto, tras resolver en el razonamiento jurídico tercero las cuestiones previas planteadas por el recurrente que afectarían a su derecho de defensa (sobre el procedimiento seguido, el principio non bis in idem y la denegación de medidas sumariales) y concluir que lo actuado es correcto, en el razonamiento jurídico quinto el Auto pasa a examinar "las tres acciones y los hechos de que proceden que han sido consideradas como presuntamente prevaricadoras en el auto de procesamiento, para constatar si la aplicación del derecho que en el mismo se hace no resulta manifiestamente incorrecta", analizando los delitos imputados y realizando una serie de afirmaciones que van más allá de lo inicialmente anunciado, según se expone a continuación.

12. En relación con el primero de los delitos imputados (reimplantación del secreto del sumario por Auto de 15 de mayo de 1997, tras haber sido revocado el Auto de 27 de febrero de 1997, en el que se había decretado inicialmente el secreto, por entender la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que el secreto era "innecesario, irrazonable y desproporcionado") se dice lo siguiente: "Un Auto que ha merecido una censura tan categórica por parte del Tribunal superior que intervino en la apelación y cuyos efectos sobre el derecho de defensa de las personas inculpadas en el procedimiento no pueden ser considerados irrelevantes, presenta indicios racionales de criminalidad. Como se dijo, la defensa parece alegar, básicamente, que la conformidad del Fiscal tendría los efectos de una causa de justificación. Pero lo cierto es que tal causa de justificación no existe en nuestro ordenamiento jurídico. La posibilidad de que la conformidad del Ministerio Fiscal tenga algún otro efecto sobre los hechos tendría que ser, por lo tanto, analizada dentro del contexto de todas las circunstancias que se acrediten en el juicio oral. Lo mismo cabe decir respecto del argumento del Ministerio Fiscal que, admitiendo la reprobabilidad objetiva de la conducta del Sr. Juez procesado, consideró, sin embargo, que éste habría obrado por 'empecinamiento'. Pero el estado de ánimo exaltado en el que se habrían dictado los Autos no tiene en la ley penal vigente efectos excluyentes de la pena, como lo demuestra el art. 21.3 CP. sin perjuicio de que el Ilmo. Sr. Juez procesado hasta ahora nunca alegó tal excusa".

En cuanto al segundo de los delitos objeto de procesamiento, relativo al Auto de 28 de febrero de 1997, por el que se prohibía a los querellados ausentarse del territorio nacional sin autorización judicial, dejado sin efecto por Auto de la Sala de 7 de mayo de 1997, se afirma: "El Auto de 28 de febrero de 1997 también fue censurado por la Audiencia de manera semejante a lo ocurrido con el anterior. Por lo tanto, también en

este caso existen indicios de criminalidad, dado que el Tribunal superior que intervino en la apelación y la Secretaría Técnica de la Fiscalía entendieron en su día que los hechos que daban lugar a la instrucción no eran constitutivos de delito, no obstante lo cual, mediante Auto de 28 de febrero de 1997 se afectaba a un derecho fundamental. Un Auto que afecta derechos fundamentales, dictado a propósito de hechos cuyo carácter delictivo ha sido categóricamente negado por un Tribunal, coincidiendo en ello con la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, requiere que se discuta en un proceso la posibilidad o no de que haya sido una resolución injusta en los términos del art. 446.3 CP".

Por último, respecto del tercero de los delitos imputados, concretado en el Auto de 26 de junio de 1997, que acordó la libertad provisional de uno de los denunciados, previa prestación de fianza de doscientos millones de pesetas, se afirma simplemente, tras resumir los antecedentes de hecho que dieron al lugar al procesamiento, que "aquí también y aunque sea con carácter presuntivo de criminalidad, se conjugan los requisitos que justifican el Auto de procesamiento".

13. Los concretos términos empleados en la resolución judicial ahora cuestionada ponen de manifiesto -como destaca el Ministerio Fiscal- que ésta no se limita a la realización de un control formal o externo de la correcta aplicación del derecho por parte del instructor, según lo afirmado en su razonamiento jurídico primero, sino que se lleva a cabo un análisis propio de los hechos imputados y una valoración autónoma de los mismos como constitutivos de indicios racionales de criminalidad, que va más allá de la efectuada en el propio Auto de procesamiento y del que lo confirma en reforma, y que supone la exteriorización de un juicio anticipado de culpabilidad, si bien de carácter indiciario o provisional.

En efecto, la simple lectura de los fragmentos del Auto que acaban de transcribirse, en contraste con las resoluciones que lo preceden, permite constatar que se afirma expresamente respecto de los hechos analizados la existencia de indicios racionales de criminalidad, introduciendo determinados elementos fácticos que sirven de base a tal valoración autónoma (por ejemplo, la censura "tan categórica" por parte del Tribunal superior y la irrelevancia de la conformidad del Ministerio Fiscal, respecto de los Autos relativos al secreto del sumario; o las referencias a que el Tribunal superior y la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado negaron "categóricamente" el carácter delictivo de los hechos que se investigaban, pese a lo cual el recurrente dictó un Auto en el que prohibía a los querellados la salida del territorio nacional). E incluso -respecto del primero de los delitos- se realizan consideraciones sobre causas de justificación o sobre si tiene o no eficacia excluyente de la pena el "estado de ánimo exaltado" en el que se habrían dictado los Autos, con cita de un precepto del Código penal en el que se regulan las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal.

Tal esfuerzo argumental, sin duda encomiable desde el punto de vista de la motivación exigida a las resoluciones judiciales, pone de relieve la adquisición por la Sala de una convicción anticipada acerca de la concurrencia, siquiera indiciaria o provisional, de los elementos del delito imputado, así como de algunas cuestiones relativas a la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta del acusado.

14. Por lo demás, la adquisición de una convicción anticipada acerca de tales cuestiones o de la concurrencia o no de los elementos del delito, a través de la resolución del recurso contra el Auto de procesamiento, era casi inevitable en las circunstancias del caso concreto, a la vista del tipo de delito y de la relativa simplicidad de la materia enjuiciada.

En efecto, ha de tenerse en cuenta que nos encontramos ante un delito de prevaricación del art. 446 CP, en el que la conducta típica consiste en que un Juez o Magistrado dicte, a sabiendas, una Sentencia o resolución injusta. Dado que está fuera de toda duda que las resoluciones cuya justicia se cuestiona existen y fueron dictadas por el Magistrado procesado, las cuestiones de fondo a resolver en el enjuiciamiento definitivo se referían exclusivamente a la valoración acerca de si las mismas eran objetivamente injustas, si se dictaron a sabiendas de su injusticia y si existía alguna causa que permitiera excluir la responsabilidad penal. Por otra parte, las resoluciones presuntamente prevaricadoras no abordaban materias técnicamente muy complejas, sino que se referían a la adopción de ciertas medidas cautelares, ya mencionadas, en la instrucción de una causa penal. Siendo ello así, puede afirmarse que el contacto directo e inmediato de la Sala con las resoluciones presuntamente injustas, mediante su lectura y estudio, y con todo el material aportado para la resolución del recurso de apelación contra el Auto de procesamiento determinaba, casi de forma necesaria, que un experto en Derecho adoptase una toma de postura y se formase un juicio previo propio (si bien de carácter indiciario y provisional) acerca de la justicia o injusticia de las resoluciones y del carácter doloso o no con que las mismas se dictaron. Máxime si, como se desprende de las afirmaciones vertidas en la Sentencia de 15 de octubre de 1999, al realizar el enjuiciamiento definitivo de los hechos, la injusticia de las resoluciones era evidente y perceptible por cualquiera. Ello se pone de manifiesto especialmente en relación con los Autos de 28 de febrero y 26 de junio de 1997.

15. Respecto del Auto de 28 de febrero de 1997, relativo a la prohibición de salir del territorio nacional sin autorización judicial, tras señalar inicialmente la Sentencia que "la decisión que prohibía la salida de España a algunos inculpados no fue motivada en ningún razonamiento jurídico del citado Auto", se sostiene que "se trata de una ilegalidad que cualquiera podría percibir: cualquiera que sepa castellano y lea el art. 486 LECr sabe que si el Juez sólo podía citar al imputado para oírlo, no podía omitir citarlo y privarlo de su derecho al art. 19 CE cuando -se insiste- no tenía en la causa ningún elemento que corroborara los hechos denunciados. La contradicción con la norma es tan clara que resulta, por ello, manifiesta, llamativa e incluso grosera".

Y en relación con el Auto de 26 de junio de 1997, por el que se acuerda la libertad bajo fianza del Sr. de Polanco, tras una serie de consideraciones relativas al contenido del Auto y a la LECrim, entre ellas que "en el presente caso, el Juez había afirmado que no existía interés del inculpado para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial", se afirma lo siguiente: "También en este caso es evidente que la injusticia del Auto puede ser percibida por cualquier persona, aunque sea lego en derecho, toda vez que el apartamiento de las normas constitucionales, legales e inclusive de la Instrucción 1/88 de la Fiscalía General del Estado es manifiesta. Cualquiera puede comprobar que si estas normas condicionan las medidas al peligro de incomparecencia o fuga y el propio Juez afirma que tal peligro no existe, la limitación de derechos fundamentales carece palmariamente de todo apoyo en la ley y es merecedora de los adjetivos de 'manifiestamente ilegal', de 'flagrante', etc. Nadie podrá negar seriamente que una fianza de 200.000.000 de pesetas impuesta para afianzar un peligro inexistente es totalmente desproporcionada".

Pues bien, si en la valoración de los propios Magistrados (expresada al realizar el enjuiciamiento definitivo de los hechos) la injusticia de las resoluciones era tan fácilmente perceptible, la conclusión no puede ser otra sino que el primer contacto con los citados Autos, su lectura y estudio para resolver el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento, no por un lego en Derecho, sino por esos mismo Magistrados del Tribunal Supremo, debió determinar en ellos la formación de un juicio previo acerca de la ilegalidad de dichos Autos y de que el Juez había obrado a sabiendas de la misma.

Tal juicio, pese a su provisionalidad (algo que la Sala insiste en afirmar, así como la necesidad de que las cuestiones planteadas se discutan en el acto del juicio oral, lo que no puede ser de otro modo, dado el momento procesal en que se dicta el Auto que resuelve el recurso de apelación contra el procesamiento), no tiene carácter meramente formal o externo, sino que es un juicio sobre el fondo de las cuestiones a enjuiciar posteriormente.

16. Siendo así, ha de concluirse -conforme a nuestra doctrina y a la del Tribunal Europeo- que hay razones objetivas para entender que con dicha resolución la Sala adquirió una convicción provisional y anticipada sobre la existencia del delito imputado y la culpabilidad del recurrente, por lo que el temor de éste acerca de la posible falta de imparcialidad de dicha Sala para llevar a cabo la labor de enjuiciamiento resultaba objetivamente justificado. Y al ser dictada la Sentencia condenatoria, de fecha 15 de octubre de 1999, por el mismo Tribunal que había dictado el expresado Auto de 3 de noviembre de 1998, se causó la vulneración del derecho del recurrente a ser juzgado por un Tribunal imparcial, que se incluye en el contenido propio del derecho a un proceso con todas las garantías, que prevé el art. 24.2 CE.

17. Por todo lo expuesto entiendo que debió ser otorgado parcialmente el amparo solicitado por don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella y, en consecuencia, declarar que se vulneraron sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, en su manifestación del derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial, con la consiguiente anulación del Auto que inadmitió la recusación y de la Sentencia impugnada de 15 de octubre de 1999, y con retroacción de actuaciones para un nuevo enjuiciamiento.

Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil tres.

p. **BIBLIOGRAFIA.**

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicología. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral "Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)". Departament de psicología social. Facultat de Psicología. Universitat de València. Servei de Publicacions. 2011.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. "La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco". Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Págs. 14-15.

- GARCÍA CAVERO P. "Acerca de la Función de la Pena". Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. http://www.revistajuridicaonline.com. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA ORZA JAVIER. "Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima". Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Págs.51-56.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. "El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.". Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, págs.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. "Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo". Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. "Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.". www.acosolaboral.org.uy. 22,33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and OrganitzationalPsichology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organitzational Psichology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., "Diagnósticos para el acoso laboral". 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. "Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral". http://www.preventionworld. com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. "Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.". www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. "Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.". www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Págs. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010.Págs. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Págs. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), págs. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Págs. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), págs. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PÉREZ MACHIO ANA I., "Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal". Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, núm. 06-06.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC.Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestion 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. "La consideración penal del mobbing", Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abr. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.ª1, 1991. Ediciones P.P.U. Págs. 9-22.