

Por otro lado, la libertad de expresión, que aquí está en juego, necesita, para desarrollarse según las exigencias del Estado de Derecho que nuestra Constitución proclama, un «amplio espacio», que sólo puede ser consreñido dentro de límites muy precisos. En consecuencia, las exigencias de tipicidad, que han de ser siempre rigurosas, deben extremarse cuando de limitar la libertad de expresión se trata. Desde esta perspectiva, son varias las Sentencias del Tribunal Supremo que niegan el carácter de insulto o injuria a las imputaciones de ignorancia profesional. Cabe hablar, en ese punto, de una doctrina reiterada y respetuosa con los valores constitucionales en juego. No se me alcanza por qué hayamos de permitir, en este caso, una interpretación extensiva de los términos típicos que reduce drásticamente el ámbito del derecho fundamental.

La comparación del supuesto que nos ocupa con el enjuiciado por el Tribunal Europeo en el caso Haes et Gijssels c. Belgique (S de 24 de febrero de 1997) que se cita en el fundamento 5.º de la Sentencia, ilustra perfectamente cuanto se acaba de decir. Se trataba allí de una serie de artículos periodísticos que, al tachar a los Jueces de parciales, les imputaban implícitamente un delito. Frente a esa imputación, se reaccionó con la condena civil a un franco y a publicar la Sentencia condenatoria. Por las mismas razones que cabe, indudablemente, afirmar que en el caso enjuiciado se procedió de modo respetuoso con la libertad de expresión, habría que concluir que, en la Sentencia de la que discrepo, no se le ha dado el valor que la Constitución le otorga.

Madrid, a diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho.—Tomás S. Vives Antón.—Firmado y rubricado.

7406 *Sala Segunda. Sentencia 47/1998, de 2 de marzo de 1998. Recurso de amparo 2.268/1994. Contra Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, confirmatoria de la anterior, que había condenado a los recurrentes por delitos de apropiación indebida, falsificación de documentos y desobediencia. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia e insuficiente motivación en relación con la concreción de la pena.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Julio Diego González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2.268/94, interpuesto por don Emilio Ramón Ayela Llorca y don Antonio de la Concepción Martínez, representados por el Procurador de los Tribunales don Felipe Ramos Cea y asistidos por el Letrado don Javier Gerona Pérez, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de diciembre de 1991 y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1994. Ha comparecido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don José Gabaldón López, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 27 de junio de 1994, don Felipe Ramos Cea, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de los anteriormente relacionados, interpone recurso de amparo contra Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1994, y la de la Audiencia Provincial de Alicante, de 14 de diciembre de 1991.

2. Del contenido de la demanda y de los documentos que la acompañan resultan relevantes, en síntesis, los siguientes hechos:

a) Según se declaró probado por las citadas Sentencias objeto del recurso, los recurrentes, en unión de otros tres socios, don Pedro Amores de la Viña, don Enrique Candela Pérez y don Fernando de la Concepción Martínez, constituyeron a finales de 1981 una sociedad privada civil e irregular que tenía por objeto la explotación de un negocio de hostelería. Durante los años 1982 a 1985, los recurrentes, que a partir del año 1983 se reservaron la dirección y gestión del negocio, apartaron de la intervención negocial a dos socios, don Pedro Amores y don Enrique Candela, a los que no se facilitó información contable ni rendición de cuentas de los ejercicios económicos correspondientes, hasta el punto de que el 6 de agosto de 1984 Antonio de la Concepción Martínez, en contestación a un requerimiento notarial efectuado por uno de los socios marginados, dijo que desconocía la existencia de dicha sociedad privada. En ese período, el negocio generó unos beneficios de 55.000.000 de pesetas, que los recurrentes, en unión del otro socio que también fue condenado, incorporaron a su patrimonio sin rendir cuentas a la sociedad.

También se declaró probado que Antonio de la Concepción, en fecha 9 de mayo de 1984, dirigió una instancia al Alcalde solicitando el cambio de titularidad en la licencia municipal de apertura del negocio inicialmente otorgada, figurando en su margen izquierdo una anotación manuscrita en la que se indicaba que por parte de uno de los socios marginados se aceptaba el cambio, sin que ese dato se correspondiera con la realidad. Don Emilio Ramón Ayela Llorca extendió personalmente dicha anotación.

Finalmente, por parte de la Audiencia Provincial se consignó como hecho probado que el Juez de Instrucción, en providencia de fecha 28 de mayo de 1987, acordó deducir testimonio de particulares para depurar responsabilidades por incumplimiento de los requerimientos que se habían efectuado a Antonio de la Concepción por el Juzgado de Instrucción en orden a la presentación de las cuentas y libros de la sociedad.

Por lo que a este último extremo respecta, el Tribunal Supremo declaró probado que no consta que Antonio de la Concepción cumpliera la orden legítima, reiterada en varias ocasiones, dictada por el Juez de Instrucción, en el sentido de que aportara al Juzgado los libros de contabilidad y soportes contables relativos al negocio en cuestión, y entregase la suma de 17.000.000 de pesetas por los beneficios de los años 1982, 1983, y 1984.

b) La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, en Sentencia dictada el 14 de diciembre de 1991, absolvió a los recurrentes del delito de malversación y, respecto de don Antonio de la Concepción Martínez del delito de desobediencia, condenando a ambos como autores de un delito de apropiación indebida, a la pena de un año y seis meses de prisión menor y accesorias, durante el tiempo de la condena, y a don Emilio Ramón Ayela Llorca, como autor de un delito de falsificación de documento oficial, a la pena de ocho meses de prisión menor, multa de 50.000 pesetas con

diez días de arresto sustitutorio en caso de impago, accesorias y costas. Los recurrentes en amparo, en unión de un tercer condenado, debían indemnizar solidariamente a los perjudicados con las cantidades de 13.750.000 pesetas y 6.875.000 pesetas.

c) Contra dicha Sentencia se interpusieron diversos recursos de casación, entre ellos los planteados por los actores. Por Sentencia de 9 de mayo de 1994, la Sala Segunda del Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos, a excepción del formulado por la acusación particular, al estimar que el recurrente Antonio de la Concepción Martínez era además criminalmente responsable de un delito de desobediencia grave a la autoridad por lo que fue condenado a la pena de dos meses de arresto mayor y multa de 100.000 pesetas con arresto sustitutorio de diez días en caso de impago.

3. Los demandantes de amparo alegan, en primer lugar, que la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2), en la medida en que, estimando el motivo de casación aducido por la acusación particular, anula la dictada por la Audiencia Provincial y pronuncia nueva Sentencia condenando a don Antonio de la Concepción Martínez por el delito de desobediencia.

A este respecto se expone en la demanda que el acusador particular recurrió contra la Sentencia de la Audiencia Provincial afirmando, en primer lugar, que ésta incurrió en quebrantamiento de forma, al no expresar los hechos que consideraba probados en relación con el delito de desobediencia; en segundo término, se mantenía que vulneraba el art. 24.1 C.E. ya que, basándose en que se había ordenado por el Juez instructor deducir testimonio de particulares para depurar responsabilidades por el delito de desobediencia, absolvía por dicho delito, afirmando no poder entrar a conocer sobre su enjuiciamiento; por último, y a través del motivo referido al error de hecho en la apreciación de la prueba, se solicitaba la incorporación al relato fáctico de la Sentencia de determinados hechos con base en documentos obrantes en autos. El Tribunal Supremo acoge los dos primeros motivos, señalando que, efectivamente, la Sentencia de instancia no contenía en el relato de hechos probados ninguna referencia, ni positiva ni negativa, al delito de desobediencia que se imputaba por la acusación, absolviendo sin embargo al acusado de dicho delito por un motivo procesal, con lo que, entendiéndose en nuestro sistema que la absolución es siempre libre, el acusador quedaba impedido de ejercitar nuevamente la acción penal; el motivo de error de hecho en la apreciación de la prueba también se estima, pese a que se acaba de reconocer que la Audiencia no formuló relato alguno de hechos considerados probados, y, con base en documentos obrantes en la causa, el Tribunal Supremo construye una relación de hechos *ex novo*, respecto de los que no entró a conocer el Tribunal de instancia, y condena al acusado por el delito de desobediencia.

Los demandantes de amparo consideran que el Tribunal Supremo ha realizado en este caso un «juicio en primera instancia», que ni la Constitución ni la Ley [art. 901.bis a) L.E.Crim.] le permite, pues ha de sujetarse en el ejercicio de su potestad jurisdiccional a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan (art. 117.3 C.E.); y lo ha hecho con base en una motivación manifiestamente contradictoria e irrazonable, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1): Tras afirmar que no aparece ninguna referencia fáctica al delito de desobediencia en el relato de hechos probados por lo que no ha habido apreciación de prueba

alguna, señala que ha existido un error en la apreciación de la prueba. Los actores recuerdan la jurisprudencia de este Tribunal sobre la necesidad de que las pruebas y el debate se lleven a cabo ante el órgano jurisdiccional que ha de dictar Sentencia, de forma que tome contacto con dichos medios de prueba (principios de inmediación y oralidad), y afirman que, al dictar nueva Sentencia en lugar de devolver las actuaciones al Tribunal de instancia, el Tribunal Supremo ha quebrantado el art. 24, en relación con los arts. 117.3 y 120.1 y 2 C.E. (STC 137/1988).

En segundo término, los recurrentes aducen la vulneración del derecho a un Juez imparcial, comprendido en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2), en la medida en que formó parte de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante un Magistrado que previamente había decidido un pleito civil entre las mismas partes en el que se resolvieron cuestiones que, como elementos integrantes de los delitos enjuiciados, se recogieron en los hechos probados. Intentada la recusación en tiempo y forma, fue desestimada, y la misma suerte corrió el motivo de casación planteado posteriormente contra la Sentencia de la Audiencia, rechazado por el Tribunal Supremo con el argumento formal de que la toma de postura previa en un proceso civil no se recoge de forma expresa entre las causas de abstención y recusación enumeradas en los arts. 219 L.O.P.J. y 54 L.E.Crim.

Los demandantes en amparo estiman que lo importante para determinar si se produjo una quiebra del derecho al Juez imparcial, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 164/1988, 11/1989), es examinar si el Juez dictó resoluciones, practicó pruebas o realizó actos que permitan poner razonablemente en duda su imparcialidad objetiva, aunque no se realizaran en el propio procedimiento penal. En el presente caso, existe una indudable incidencia del procedimiento civil en el penal, ya que en el marco del primero se resuelve toda una serie de cuestiones de carácter civil que después tienen una incidencia directa para poder determinar en el procedimiento penal la concurrencia o no de los distintos elementos del delito de apropiación indebida. Habiendo intervenido en ambos procedimientos el mismo Magistrado, se infringe, a juicio de los actores, la llamada imparcialidad objetiva, por cuanto con anterioridad al juicio oral y debido a su intervención previa, éste había prejuzgado sobre una serie de cuestiones como los exactos porcentajes de participación de cada socio en una sociedad irregular, las aportaciones realizadas y la adquisición de un bien inmueble para la entidad, que fueron luego recogidas como hechos probados en ambas Sentencias, circunstancia que hace quebrar la apariencia de imparcialidad que se requiere de un Juez en una sociedad democrática (caso De Cubber, T.E.D.H.).

A este respecto se denuncia la falta de análisis de cuestiones tales como la ausencia de ajuste a derecho de la constitución de la sociedad, pues se aportó a la misma un bien inmueble sin que constara en escritura pública (art. 1.667 C.C.), la existencia o no de pactos entre los socios, incluido la distribución de pérdidas y ganancias, la verificación de si el desembolso del capital social había sido total o parcialmente efectuado o el ejercicio por parte de los recurrentes, socios industriales, del derecho de retención respecto de las cantidades de cuya apropiación indebida se les imputó.

En tercer lugar, los demandantes en amparo sostienen que la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial desconoce sus derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2, en relación con los arts. 53.1 y 120.3 C.E.), ya que, por un lado, no entra a resolver cuestiones fundamentales planteadas

por la defensa que, si bien eran de carácter civil, hubieran determinado la falta de tipicidad respecto al delito de apropiación indebida. A este respecto se denuncia la falta de análisis de cuestiones tales como la falta de ajuste a Derecho de la constitución de la sociedad, pues se aportó a la misma un bien inmueble sin que constara en escritura pública (art. 1.667 C.C.) la existencia o no de pactos entre los socios, incluido la distribución de pérdidas y ganancias, la verificación de si el desembolso del capital social había sido total o parcialmente efectuado o el ejercicio por parte de los recurrentes, socios industriales, del derecho de retención respecto de las cantidades de cuya apropiación indebida se les imputó. Por otra parte, declara hechos probados sin especificar la prueba pericial de entre los cuatro practicados en que basa su certeza. La Sentencia dictada por el Tribunal Supremo no entra a analizar tampoco la problemática considerada esencial por los actores, afirmando que se trata de cuestiones bizantinas, de carácter puramente civil y que, además, hubieran debido plantearse en calificaciones definitivas; y en cuanto a la falta de motivación de la pericial tomada en cuenta por el Tribunal de instancia, el Tribunal Supremo rechaza esta alegación, considerando que la Sentencia de la Audiencia motiva suficientemente la prueba.

Por último, los actores alegan la vulneración, por parte de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en relación con la obligación de motivar las Sentencias (arts. 24.1 y 120.3 C.E.), respecto del derecho a la libertad (art. 17.1 de la Norma Fundamental), en la medida en que no se motiva la extensión de la pena concretamente impuesta dentro del grado mínimo. Concretamente se refieren a la pena impuesta por el delito de apropiación indebida respecto de la cual al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad, se impuso en grado mínimo; no obstante la extensión de la pena dentro de ese grado varía desde seis meses y un día a dos años y cuatro meses, sin que la Audiencia explicara la razón por la que se impuso concretamente un año y seis meses de privación de libertad. Planteada la cuestión en el marco del recurso de casación, fue rechazado el argumento por el Tribunal Supremo, con la afirmación de que la motivación no es exigible cuando se impone el grado mínimo.

Los recurrentes afirman sin embargo que, por mandato de los arts. 24 y 120.3 C.E., el órgano jurisdiccional, al que el Código Penal concede un amplio margen de discrecionalidad para determinar la extensión de la pena, incluso dentro del grado mínimo, pero estableciendo los criterios que debe aplicar para ello (art. 61.4 y 7), está obligado a motivar, a consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que la norma citada fija imperativamente para ello (STC 224/1992).

4. Mediante providencia de fecha 24 de octubre de 1994, la Sección acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para formular alegaciones en relación con la carencia manifiesta de contenido de la demanda.

Los recurrentes presentaron sus alegaciones ratificando en esencia el contenido de la demanda inicial, mientras que el Ministerio Fiscal, sin prejuzgar cuál haya de ser su dictamen en la fase de alegaciones, estimó que la demanda debía ser admitida a trámite a la vista de la complejidad y trascendencia de los temas planteados, reclamando al mismo tiempo la incorporación al recurso de amparo de toda la documentación relativa al proceso, en sus distintas fases.

5. Por providencia de 16 de diciembre de 1994, la Sección acordó admitir a trámite la demanda y tener

por personado al Procurador de los Tribunales Sr. Ramos Cea en representación de las personas que interponen la demanda de amparo y contra los actos que en la misma se indican.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LOTC, se requirió a los órganos judiciales ante los que se sustanció el pleito antecedente, para que remitieran en el plazo de diez días un testimonio de las actuaciones, y procedieran al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el mencionado procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, lo que hicieron don Pedro Amores de la Viña y don Enrique Candela Pérez, representados por el Procurador don José Luis Ortiz Cañavate y Puig Mauri, así como don Fernando de la Concepción Martínez, representado por la Procuradora Doña Blanca Berriartúa Horta.

6. En virtud de providencia de 8 de junio de 1995, la Sección acordó requerir al Procurador don José Luis Ortiz-Cañavate para que acreditara la representación procesal que manifestó ostentar respecto de don Pedro Amores de la Viña, lo que hizo en el plazo concedido, y además se acordó no tener por personada a la Procuradora Sra. Berriartúa Horta en nombre y representación de don Fernando de la Concepción Martínez, por ostentar la misma posición procesal de los recurrentes y haberle transcurrido el plazo que la Ley Orgánica de este Tribunal establece para recurrir; tampoco al Procurador Sr. Ortiz Cañavate y Puig Mauri, en nombre y representación de don Enrique Candela Pérez, por no haber sido parte en el precedente procedimiento.

Mediante providencia de 19 de junio de 1995, la Sección acordó tener por personado al Procurador don José Luis Ortiz-Cañavate y Puig Mauri en nombre y representación de don Pedro Amores de la Viña, y dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para formular las alegaciones pertinentes.

Frente a esta resolución, doña Blanca Berriartúa interpuso recurso de súplica, del que se dio traslado para formular alegaciones a la parte personada, que se opuso por considerarlo una maniobra dilatoria, y al Ministerio Fiscal que estimó que a lo sumo podía estimarse el recurso en el caso de que el recurrente no hubiera sido emplazado conforme al art. 51 LOTC, limitando su intervención en este proceso de amparo a la posición de coadyuvante.

Finalmente, por Auto de 11 de diciembre de 1995, se acordó estimar el recurso y tener por parte, en calidad de coadyuvante a la referida Procuradora de los Tribunales.

7. En virtud de providencia de 15 de enero de 1996, la Sección acordó de conformidad con lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones por un plazo de veinte días a la Procuradora doña Blanca Berriartúa, para que en dicho término pudieran formular las alegaciones que estimaran pertinentes.

8. Los recurrentes presentaron las suyas el 14 de julio de 1995, ratificando en esencia sus argumentaciones anteriores.

9. El Procurador don José Luis Ortiz Cañavate y Puig Mauri, en representación de don Pedro Amores, evacuó su informe mediante escrito que se registró en la sede de este Tribunal el 13 de julio de 1995, solicitando la denegación del amparo demandado.

Esta parte inicia su alegato subrayando que la actuación procesal de los recurrentes sólo pretende dilatar indebidamente la ejecución de las Sentencias recurridas, que son firmes, con grave perjuicio económico de la parte, que incide directamente también sobre su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y sin que se le

cause indefensión. A continuación analiza separadamente cada uno de los motivos en que se sustenta la demanda de amparo, y lo hace en los siguientes términos:

A) **Condena por delito de desobediencia.**

En primer lugar se deja sentado que la Sentencia de la Audiencia, contrariamente a lo que afirma el recurrente no contiene una absolución en la instancia, proscrita en nuestro Derecho, sino una absolución libre, tras un proceso celebrado con todas las garantías, con los efectos que a la misma concede el art. 144 L.E.Crim., lo que impide afirmar que el Tribunal Supremo juzgara en primera instancia los hechos constitutivos de la desobediencia, ya que se limitó a resolver el recurso de casación interpuesto por esta parte, contra la absolución inicial.

Expresamente se niega que se produjera infracción del art. 901 bis a) L.E.Crim., pues el Tribunal Supremo a la vista de los cuatro motivos en los que se fundó el recurso de casación interpuesto, procedió, por razones de economía procesal y de acuerdo con una consolidada jurisprudencia, a actuar con plena jurisdicción, y restablecer el derecho a la tutela judicial efectiva que había sido conculcado por la Sentencia de instancia por no consignar con claridad los hechos probados. A este respecto, recuerda la parte que el recurso se basó también en la infracción del art. 849.2 L.E.Crim. (error en la valoración de la prueba), estimado en este extremo, por lo que no había obstáculo procesal alguno para que el Tribunal Supremo pudiera, si lo consideraba oportuno, modificar los hechos que en la instancia se declararon probados.

Finalmente concluye afirmando que en caso de haber existido infracción de legalidad, ésta carecería de trascendencia constitucional, ya que no se produjo indefensión material de tipo alguno.

B) **Imparcialidad del Juez.**

Respecto de este punto se afirma que la tramitación de un juicio declarativo no es actividad judicial susceptible en la causa de abstención o recusación prevista en el art. 219.10 L.O.P.J., que constituye un auténtico *numerus clausus* (STC 157/1993), y debe interpretarse de forma restrictiva. Por otra parte se destaca que en el proceso civil previo no hubo una decisión que materialmente comprometiera la imparcialidad posterior del Juez que intervino también en el proceso penal, pues los hechos que se establecieron en la Sentencia civil (constitución de la sociedad, adquisición de un bien inmueble y afectación al objeto social, porcentajes de participación de los socios...), fueron admitidos expresamente por ambas partes y no fue necesario practicar prueba para su fijación, circunstancia que descarta una previa toma de postura por el Juez en cuestión.

C) **Presunción de inocencia y falta de motivación de la Sentencia.**

Los recurrentes cifran la infracción del derecho a la presunción de inocencia en la supuesta falta de respuesta por los órganos judiciales a la cuestión relativa a la defectuosa constitución de la sociedad civil, y con independencia de que el derecho a la presunción de inocencia se refiere a otra cuestión, como es el desarrollo durante el proceso de actividad probatoria que pueda calificarse como de cargo, lo que efectivamente se hizo, los Tribunales dieron efectiva respuesta a la cuestión planteada al calificar la sociedad como civil irregular por no haberse otorgado la escritura pública.

Además de haberse practicado prueba de cargo, ésta, contrariamente a lo que se afirma en la demanda y como es de ver en las Sentencias impugnadas, fue objeto de una precisa valoración por los Tribunales, subrayando que los recurrentes utilizan en sede de amparo argumentos de mera legalidad que ya fueron debatidos y contestados en sede jurisdiccional.

D) **Necesidad de motivar la concreta determinación de la pena.**

No existe respecto a este punto precedente ni en el Tribunal Supremo ni en el Tribunal Constitucional que obligue a los Tribunales a motivar la concreta determinación de la pena, por lo que, con independencia de que ello fuera más o menos atendible desde la óptica constitucional, lo cierto es que en el presente caso, en un proceso que ha durado más de diez años, que se ha causado un perjuicio económico superior a los 20.000.000 de pesetas, no parece compatible con los derechos fundamentales a un proceso sin dilaciones indebidas y a la tutela judicial efectiva.

Toda la argumentación jurídica de los recurrentes se encamina a un solo fin, cual es el de evitar la ejecución de las Sentencias impugnadas, lo que les permite en estos momentos continuar con su actividad delictiva, como es de ver en un Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 2 de diciembre de 1993 y dictado en un nuevo procedimiento incoado por apropiación indebida, que se aporta por esa parte.

10. La Procuradora doña Blanca Berriartúa formuló sus alegaciones el 11 de abril de 1996, en las que hizo suyas las alegaciones de los recurrentes, para interesar la nulidad de las Sentencias impugnadas por vulneración de los derechos fundamentales que se relacionan a continuación:

A) **Derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 2, 117.3 y 120 C.E.).**

La instrucción relativa al supuesto delito de desobediencia, que se habría cometido ante el propio Juez instructor, obviamente se atribuyó a otro Juzgado, sin que en ningún momento se incorporara en la fase de plenario documentación alguna al respecto; es por ello por lo que la Audiencia Provincial se limitó a dejar constancia de esta circunstancia. Pero sin pronunciarse sobre lo realmente sucedido, al no constarle la realización de práctica instructora alguna. Sin embargo, el Tribunal Supremo, arrogándose facultades que legalmente no tiene atribuidas, y con vulneración clara de los derechos de defensa y de tutela judicial efectiva, pese a existir, como sostiene, quebrantamiento de forma, no casa y anula la Sentencia reponiéndola a su respectivo momento procesal, sino que, además, estimándose competente dicta una nueva, entrando a conocer el fondo del asunto, respecto de ese delito y cuestión particular, sin que el Ministerio Público hubiera tenido ocasión de pronunciarse, ni a favor ni en contra, por ser justamente inexistente y no formar parte de la causa.

B) **Vulneración del derecho a ser juzgado por un Juez imparcial (art. 24.2 C.E.).**

Con cita de la Sentencia de este Tribunal dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 157/93, entiende que uno de los Magistrados firmantes de la Sentencia de instancia, que también había intervenido en el pleito civil antecedente, llegó al enjuiciamiento de la causa penal con una convicción predeterminada sobre los hechos, que le impide desarrollar su función con las garantías mínimas que se derivan del art. 24.2 C.E.

C) **Vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (arts. 24.1 y 2, 53.1 y 120.3 C.E.).**

Por lo que se refiere a este punto se denuncia una carencia de motivación suficiente en la Sentencia, que no precisa la concurrencia de todos los elementos del tipo penal de apropiación indebida, pues ni siquiera se fija en la Sentencia el momento en que se inicia la obligación de devolver lo recibido, que sólo puede existir una vez se ha practicado la disolución de la sociedad. De la amplia prueba pericial practicada, sólo se despren-

de de forma confusa la existencia de diversas cifras de ingresos, de gastos y de beneficios, pero no que los recurrentes hayan hecho suyos particularmente unos beneficios, de los que incluso se habla en las Sentencias que no han repartido.

D) Falta de motivación de las Sentencias por lo que al derecho de la libertad respecta (arts. 24.1, 120.3 y 17.1 C.E.).

El mandato constitucional de motivación de las resoluciones judiciales no sólo se refiere a hechos y consideraciones jurídicas, sino que debe hacerse extensivo a todos los pronunciamientos judiciales, incluida la imposición de la pena, extremo éste que no se ha observado en este proceso.

11. El Ministerio Fiscal interesó la desestimación de la demanda, mediante escrito que tuvo su entrada en este Tribunal el 17 de julio de 1995.

Tras realizar una breve descripción de los antecedentes fácticos en los que se apoya la demanda, descartó que se hubieran producido las violaciones de derechos fundamentales alegadas por las razones que se exponen a continuación.

A) Vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 2, 117.3, 120.1 y 2 C.E.).

El Ministerio Público estima ajustada a Derecho la decisión del Tribunal Supremo de condenar por delito de desobediencia en lugar de devolver las actuaciones a la Audiencia y ello porque el recurso de casación se fundó no sólo en un quebrantamiento de forma, sino también en otros tres motivos más por infracción de ley. En definitiva al no existir infracción de norma procesal alguna, mal puede hablarse de lesión de un derecho fundamental.

B) Derecho al Juez imparcial (art. 24.2 C.E.).

Tras compartir la argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo en el sentido de que las causas de abstención y recusación deben interpretarse de forma restrictiva y que no puede equipararse la instrucción de un proceso penal con la tramitación de un litigio civil, el Ministerio Fiscal destaca que indudablemente existe una íntima conexión entre ambos procedimientos. Sin embargo, tras analizar ambas Sentencias, el Fiscal estima que el único hecho de la Sentencia civil que puede calificarse como eslabón indiciario de la condena penal es el relativo a la constitución de la sociedad, pero no así el resto, singularmente todo lo relativo a la maquinación apropiatoria.

C) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (arts. 24.1 y 2, 53.1 y 120.3 C.E.).

En opinión del Ministerio Fiscal en este punto, los recurrentes mezclan de forma indebida la incongruencia con los derechos mencionados, olvidando que durante el proceso se practicó, con las debidas garantías, prueba suficiente, limitándose la queja de los recurrentes a una discrepancia sobre la valoración de la misma efectuada por los Tribunales. Niega expresamente el Fiscal que las Sentencias impugnadas puedan tacharse de incongruentes, pues en ellas se realiza un análisis pormenorizado respecto de la concurrencia de los elementos de los tipos penales aplicados y así como de la prueba practicada, por lo que no ha existido la infracción denunciada.

D) Falta de motivación de la Sentencia respecto de la determinación de la pena (arts. 24.1, 120.3 y 17 C.E.).

El Fiscal empieza señalando que en el supuesto de autos la Sala de instancia hubiera podido determinar de manera más expresa la individualización de la pena privativa de libertad impuesta, atendiendo a factores como la personalidad del delincuente, la gravedad del

delito, la del mal causado, y la situación de la víctima, especialmente cuando de esa determinación puede derivarse la aplicación o no de un beneficio de tanta trascendencia como la remisión condicional de la pena. No obstante, estima que en este concreto supuesto, del contexto de los hechos probados, del delito impuesto, las circunstancias de comisión del mismo, así como la gravedad del daño causado y la relación de los culpables con las víctimas del delito, puede inferirse dicha motivación y que la pena no es desproporcionada a tales efectos, por lo que la omisión denunciada carecería de trascendencia para anular la Sentencias objeto de recurso.

11. Mediante providencia de 26 de septiembre de 1996, la Sección acordó tener por personada a la Procuradora doña Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de don Pedro Amores de la Viña, por fallecimiento de su padre don José Luis Ortiz-Cañavate.

12. Mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 1997, la Procuradora doña Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre de don Enrique Candela Pérez y don Pedro Amores de la Viña, puso en conocimiento de este Tribunal que los recurrentes habían vuelto a ser acusados en un nuevo procedimiento por el Ministerio Fiscal dado que continuaban, después de trece años, realizando los mismos hechos que motivaron estas actuaciones, y obteniendo en exclusiva el beneficio económico derivado de la explotación del negocio común.

En definitiva denuncia la conducta procesal de los recurrentes como puramente obstruccionista y tendente a evitar la ejecución de una Sentencia firme.

13. En virtud de providencia de fecha 26 de febrero de 1998, se señaló para la deliberación de la Sentencia el día 2 de marzo siguiente.

II. Fundamentos jurídicos

1. Constituye objeto del presente recurso de amparo la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 14 de diciembre de 1991, confirmada por la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1994, por cuya virtud se condenó a todos los recurrentes como autores criminalmente responsables del delito de apropiación indebida y a dos de ellos, además, de los delitos de falsificación en documento oficial y desobediencia, respectivamente.

Los recurrentes imputan a las resoluciones impugnadas la violación del art. 24.1 C.E. por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su doble manifestación de privación del derecho a la doble instancia en un proceso penal y motivación errónea. Asimismo alega vulneración del derecho al Juez imparcial (art. 24.2 C.E.) como expresión del derecho a un proceso con todas las garantías. Concluyendo con la invocación del derecho a la presunción de inocencia y reiterando en un cuarto motivo de impugnación la infracción del art. 24.1 C.E. por insuficiente motivación de la Sentencia respecto de la concreción de la pena.

2. Antes de entrar en el análisis del primer motivo alegado debe puntualizarse que la demanda se construye en función de una premisa, a tenor de la cual se califica como «absolución en la instancia» la decisión de la Audiencia Provincial de absolver a uno de los recurrentes del delito de desobediencia. Pero ha de señalarse al respecto que la institución de la absolución en la instancia fue proscrita de nuestro Derecho hace más de un siglo, como sin dificultad se deduce de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del art. 742 del referido texto, subrayando este Tribunal, desde la STC 56/1982 hasta la más reciente STC 41/1997,

su rigurosa incompatibilidad con el art. 24.1 C.E. Y aunque la Sentencia de la Audiencia pudiera inducir a confusión, ya que a pesar de resolver expresamente que procede absolver libremente al recurrente por el delito de desobediencia, en otros pasajes renuncia al enjuiciamiento de los hechos que motivaron esa acusación con motivo de estar abierto un procedimiento por ese mismo delito de desobediencia en otro Juzgado, no cabe duda, como la Sentencia del Tribunal Supremo indica, que el pronunciamiento absolutorio precedido de acusación formal, como en el caso ha ocurrido, ha de entenderse siempre como libre (art. 144 L.E.Crim.) y productor del consiguiente efecto de cosa juzgada.

3. En cuanto a la primera infracción denunciada, ha de señalarse que se descobra en dos motivos diferentes. Por un lado, imputa directamente a la Sentencia del Tribunal Supremo la quiebra del art. 24.1 C.E., por condenar como autor de un delito de desobediencia a uno de los recurrentes, a pesar de que la Audiencia, mediante una «absolución en la instancia», había renunciado expresamente a fijar el relato de hechos probados sobre el delito en cuestión. En opinión del recurrente afectado, si el Tribunal Supremo estimaba que el delito de desobediencia era conexo y debía enjuiciarse conjuntamente con los otros, debió aplicar el art. 901 bis a) L.E.Crim. y devolver las actuaciones en vista de la existencia de una infracción formal, para que se procediese a un nuevo enjuiciamiento; y al no haberlo hecho, vino a juzgar al recurrente en primera y única instancia con elusión de los principios de inmediación en la práctica de la prueba y de oralidad.

Ese razonamiento está viciado de origen como ya hemos dicho y no puede por ello ser aceptado, puesto que la Sentencia del Tribunal Supremo (fundamentos jurídicos 3 y 4) estima el recurso de casación, además de por infracciones formales, por la vulneración del art. 849. 1 y 2 L.E.Crim. (infracción de ley y error en la valoración de la prueba), por lo cual procedió a dictar la Sentencia que en Derecho estimó procedente. Al no existir, pues, ni siquiera infracción del art. 901 bis a) L.E.Crim. (reservado para el supuesto en que sólo se estimen defectos formales) debe rechazarse la demanda en este punto, pues el Tribunal Supremo no juzgó en única instancia, sino que se limitó a revocar lo decidido por el órgano inferior y siempre con respeto a los principios de oralidad e inmediación.

Tampoco resulta estimable la imputación de que la Sentencia en cuestión incurriera en error patente al indicar primero que la Audiencia no había señalado relación de hechos probados en relación con el delito de desobediencia, pues lo que realmente hace el Tribunal Supremo (fundamento jurídico 3 de la Sentencia), en el legítimo ejercicio de las competencias que le atribuye la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es completar el relato de hechos probados por lo que al referido delito respecta, a la vista del manifiesto error en el que, según su criterio, incurre el juzgador y sin que de este proceder pueda derivarse reproche constitucional alguno.

4. Se imputa también a la Sentencia de la Audiencia la infracción del art. 24.2 C.E. (el derecho de los recurrentes a ser juzgados por un Juez imparcial), porque uno de los Magistrados integrantes de dicho Tribunal se había pronunciado sobre los hechos debatidos al haber intervenido en un anterior pleito civil en el que se resolvieron cuestiones recogidas por la Sentencia penal en los hechos declarados probados.

Como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en sus SSTC 113/1987, 145/1988, 106/1989, de las garantías del proceso debido, que reconoce como derecho fundamental el art. 24.2 C.E., forma parte la del Juez imparcial que, aunque no se cite de forma expresa, constituye no sólo una de las notas esenciales del prin-

cipio acusatorio, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también y al propio tiempo es un derecho fundamental, implícito en el derecho al Juez legal, proclamado en el mismo núm. 2 del art. 24 C.E. La imparcialidad del Juez puede por otra parte analizarse desde una doble vertiente: La relación del Juez con las partes, calificable como subjetiva y la que busca preservar la relación del juzgador con el objeto del proceso, denominada imparcialidad objetiva, única que aquí interesa, y que se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (STC 157/1993).

Debe ahora precisarse que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse en cuestiones como la planteada. Así, en la STC 206/1994, en un caso en el que un Magistrado se pronunció sobre los mismos hechos respecto de los mismos acusados, una vez en un Tribunal que juzgaba por estafa y luego en otro Tribunal distinto, juzgando sobre delito monetario, nuestra Sentencia concluyó que la circunstancia denunciada no afectaba a la imparcialidad objetiva. Y en la STC 138/1994 el Magistrado había juzgado sobre unos mismos hechos en distintos procesos y este Tribunal entendió que «la imparcialidad objetiva despliega su eficacia sobre el específico objeto del proceso, sin que pueda extenderse al resultado del contraste entre dicho objeto y el de cualesquier otros procesos de los que haya podido conocer el juzgador».

Doctrina aplicable al caso presente, pues la previa intervención del Magistrado se produjo cuatro años antes de conocer sobre los hechos que motivan este recurso, al dictar, como Juez de Primera Instancia, Sentencia en un juicio declarativo ordinario de menor cuantía donde se pretendía una declaración de que los ahora recurrentes de amparo constituyeron una sociedad con objeto de adquirir una finca urbana para la instalación y explotación de un negocio y que se les condenara a formalizar la correspondiente escritura pública de constitución social.

Aparte, pues, del carácter dispositivo del proceso civil, distinto en la intervención del Juez del ulterior proceso penal, ocurre también que en aquel juicio existió además conformidad entre los litigantes respecto del primero de los pedimentos; y en el segundo, que se rechazó, remitió la Sentencia, sin realizar valoración alguna respecto del fondo de las cuestiones, a la voluntad de los socios para decidir el tipo de sociedad, la determinación de su capital o los pactos sociales que habían de regirla.

No puede, pues, admitirse que la intervención previa del Magistrado firmante de la Sentencia impugnada en el proceso civil antecedente pueda considerarse como vulneración del derecho al Juez imparcial. En consecuencia, procede desestimar la demanda también en cuanto a este motivo de impugnación.

5. La tercera infracción de derechos fundamentales en que se fundamenta la demanda de amparo se refiere de forma directa a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial, a la que se atribuye la violación del art. 24, apartados 1 y 2, C.E. El primero, por negarse el Tribunal a resolver cuestiones de naturaleza civil fundamentales según la defensa para la valoración penal de los hechos enjuiciados. El segundo, por falta de valoración suficiente de la prueba de cargo en que se fundó la condena, vulnerando el derecho a la presunción de inocencia.

En cuanto a lo primero, procede invocar nuestra doctrina afirmando que «la motivación que las resoluciones judiciales, como exigencia constitucional (120.3 C.E.) que se integra sin violencia conceptual alguna en el derecho a una efectiva tutela judicial, ofrece una doble fun-

ción. Por una parte, exterioriza las reflexiones que han conducido al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y, a la vez facilita su control mediante los recursos que procedan» (STC 184/1995), sin que sea exigible un pormenorizado análisis de todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes. Y en el presente caso, se deduce sin dificultad de los antecedentes que ambas funciones se cumplieron con la motivación inicial, pues ninguna dificultad tuvo el Tribunal Supremo para ejercer su función revisora a la vista de los razonamientos consignados en la instancia y sin que se aprecie en éstos infracción alguna de derechos fundamentales, pues la Audiencia toma en consideración las alegaciones de los recurrentes y expresamente les da una respuesta, aunque adversa a sus intereses, al entender que dichas cuestiones civiles son irrelevantes para la calificación penal de los hechos. Procede por ello rechazar este motivo de recurso.

Por otra parte, también es constante y reiterada nuestra doctrina respecto al derecho a la presunción de inocencia que comporta específicas garantías, como señala entre otras la STC 102/1994, todas las cuales se han observado en el presente caso, pues el Tribunal contó, como se relata en el fundamento jurídico 1 de la Sentencia, con prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia (declaración de las partes, documental y pericial contable) sin infracción alguna en la práctica de la misma. La Audiencia exterioriza las razones por las que llega a la íntima convicción respecto de la culpabilidad de los recurrentes, haciendo mención expresa a los distintos datos de las pruebas periciales que se practicaron en el acto del juicio oral. Debe, pues, rechazarse también este motivo del recurso.

6. Finalmente, se alega también violación del art. 24.1 C.E. en su manifestación de insuficiente fundamentación, aunque esta vez se imputa directamente a la Sentencia de la Audiencia Provincial en la medida en que no motivó la extensión de la pena concretamente impuesta dentro del grado mínimo.

Tal y como efectivamente señalan los recurrentes, este Tribunal, en la STC 224/1992, ya indicó al referirse a la denegación del beneficio de suspensión condicional de condena, que «la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad que, por lo demás, vendría prohibida por el art. 9.3 C. E.».

Ha de tenerse presente, en relación con ello, que la concreta determinación de la pena se produce, tanto en el Código Penal vigente como en el anterior (que fue el aplicado al caso) a partir de la señalada al tipo de delito consumado. Si, como en el presente supuesto, los responsables lo son en concepto de autores, la concurrencia de circunstancias genéricas o específicas determina un marco penal concreto, a partir del cual la pena habrá de individualizarse teniendo en cuenta «el grado de malicia y el daño causado por el delito» (art. 2 del Código Penal anterior) o al «mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo» (art. 4.3 del Código Penal vigente).

Esos datos básicos del proceso de individualización de la pena han de inferirse de los hechos probados, sin que sea constitucionalmente exigible ningún ulterior razonamiento que los traduzca en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición.

Nuestro control ha de ceñirse, pues, a determinar si, en el caso concreto, y a la vista de los datos que los hechos probados relatan, el *quantum* de la pena impuesta resultare manifiestamente irrazonable o arbitrario.

Y la respuesta ha de ser, en este caso, como señala el Ministerio Fiscal, negativa, dada la cuantía de la defraudación (muy superior a la que, según la jurisprudencia, determina la aplicación de la agravante específica del núm. 7 del art. 529 del Código Penal anterior) y las demás circunstancias que se consignan en los hechos declarados probados, pues la valoración conjunta de las afirmaciones contenidas en la Sentencia, nos permite llegar a la conclusión de que la Audiencia Provincial tuvo presentes dichas circunstancias a la hora de fijar la concreta pena de un año y seis meses, y que fue precisamente su concurrencia la que motivó la extensión ponderada de la misma a la mitad del grado en que necesariamente debía aplicarse, sin que este proceder pueda estimarse contrario al art. 24.1 C.E.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

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

Dada en Madrid, a dos de marzo de 1998.—José Gabaldón López.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Julio Diego González Campos.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Tomás S. Vives Antón.—Firmados y rubricados.

7407 *Sala Segunda. Sentencia 48/1998, de 2 de marzo de 1998. Recurso de amparo 2.712/1995. Contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictada en recurso contencioso-administrativo instado contra resolución de la Diputación General en relación con la convocatoria para el puesto de Secretario general del Servicio Aragonés de Salud, convocatoria de la que se excluía expresamente a sanitarios, investigadores y docentes. Vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Julio Diego González-Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2.712/95, interpuesto por don José Bermejo Vera, Abogado, actuando en su propio nombre y representación, frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Pri-