

**MÁSTER DE ACCESO AL EJERCICIO DE LA
ABOGACÍA CURSO 2019 / 2020**



Universidad de Valladolid

**INFORME SOBRE LA PERTINENCIA DE
PLANTEAR UN RECURSO DE AMPARO EN
SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD
PARTRIMONIAL DERIVADA DE MALA PRAXIS
PROFESIONAL**



AUTORA CRISTINA DE VEGA PÉREZ
TUTOR JUAN FERNANDO DURÁN ALBA

ÍNDICE

I. PARTE INTRODUCTORIA

I.1 ANTECEDENTES FÁCTICOS..... Págs. 3-4

I.2 OBJETO DEL INFORME..... Pág. 5

II. INFORME

II.1 ACERCA DE LA LESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL REQUIRENTE

A) Lesión del derecho a la integridad física (artículo 15 CE)..... Págs. 6-9

B) Lesión del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE)..... Págs. 10-13

II.2 REQUISITOS PROCESALES PREVIOS A LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

A) Invocación tempestiva de los derechos fundamentales vulnerados..... Págs. 14-16

B) Agotamiento de la vía previa al amparo constitucional..... Págs. 17-26

II.3 REQUISITOS FORMALES PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

A) Legitimación del requirente para interponer el recurso de amparo..... Págs. 27-28

B) Modalidad del recurso de amparo.....Págs. 29-32

C) Plazo de interposición del recurso de amparo..... Págs. 33-35

D) Lugar de interposición del recurso de amparo..... Págs. 36-38

E) Documentos que deben acompañar al escrito de demanda..... Pág. 39

II.4 LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO..... Págs. 40-42

II.5 CONCLUSIONES.....	Págs. 43-44
-------------------------------	--------------------

BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 45-46
--------------------------	-------------------

I. PARTE INTRODUCTORIA

I.1 ANTECEDENTES FÁCTICOS

El requirente ingresó en los Servicios de Salud de la Junta de Castilla y León el 7 de febrero de 2017. La asistencia sanitaria que se le proporcionó aquel día no revestía carácter de urgencia y, sin embargo, no se le informó del procedimiento.

Ello derivó en una defectuosa asistencia por parte del equipo sanitario, dado que por no informar debidamente al paciente y no requerir de él su consentimiento, preceptivo para la práctica del tratamiento, incurrieron en mala praxis. El requirente ha sufrido una serie de daños y perjuicios derivados de esa práctica que no consintió y de la que no fue informado. En concreto, la práctica de una cirugía de colecistectomía laparoscópica con el resultado de una trombosis aortoiliaca severa que se detectó con un retraso injustificado, precisando by-pass aorto-femoral, siendo necesaria posteriormente una nueva cirugía por eventración secundaria a la colocación de by-pass.

El perjudicado interpuso una reclamación por los daños y perjuicios derivados de la defectuosa asistencia prestada por los Servicios de Salud de la Junta de Castilla y León. Dicha reclamación fue desestimada mediante Orden de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León a fecha de 7 de marzo de 2017, no quedando justificada, ni la falta de información previa, ni el no requerir al paciente su consentimiento.

Desestimada la reclamación de responsabilidad patrimonial, el requirente interpuso un recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, sobre la misma base, mala praxis sanitaria derivada de un supuesto de falta de consentimiento informado del paciente que lesiona su derecho a la integridad física y moral, recogida en el artículo 15 de la Constitución Española. En la demanda el requirente adujo la doctrina del Tribunal

Constitucional en materia de consentimiento informado del paciente, en relación con el derecho a la integridad física, contenida en la STC 37/2011, de 28 de abril.

La Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, desestimó el recurso mediante Sentencia dictada el 19 de diciembre de 2018. Se señalaba, en el pie de recurso, que contra la resolución cabía interponer un recurso de Casación, y así lo hicieron las partes, siguiendo expresamente las indicaciones contenidas en la Sentencia de la Sala de Valladolid.

Con fecha de 17 de enero de 2019 el requirente anunció la interposición de un recurso de casación para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ante la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Además de los motivos casacionales comunes a este tipo de recursos, se puso de relieve el hecho de que la propia Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal de Justicia de Castilla y León había dictado, con anterioridad, sentencias estimatorias en asuntos muy similares y, en concreto, una Sentencia estimatoria, de 10 de septiembre de 2018, en materia del derecho a la integridad física y el consentimiento informado del paciente.

Mediante Auto de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Valladolid), de 21 de enero de 2019, se tuvo por preparado recurso de casación ante el TS.

Elevado el recurso de casación a la Sala Tercera del Tribunal Supremo fue inadmitido mediante providencia de 3 de diciembre de 2019, disponiendo como causa de inadmisión que el recurso de casación interpuesto por el requirente carecía de interés casacional a los efectos de lo dispuesto en el artículo 88.3 letra b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

I.2 OBJETO DEL INFORME

Tras la inadmisión del recurso de casación se plantea, por el requirente, la posibilidad de interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por ello se precisa un estudio previo a fin de responder a los diversos extremos que se plantean de cara a interponer el mencionado recurso, a saber, qué derechos fundamentales se estiman infringidos, cuáles son los requisitos procesales previos a la interposición del recurso de amparo, en concreto si se cumple en el supuesto objeto de dictamen el requisito de la invocación tempestiva de los derechos lesionados y si se ha agotado correctamente la vía previa al amparo, si se cumplen los requisitos formales tales como la legitimación del requirente para interponer un recurso de amparo constitucional, a qué modalidad de recurso de amparo corresponde el que se pretende plantear, cuál es el lugar y el plazo correctos para interponerlo y qué documentos han de acompañar al escrito de demanda, y por último si en el supuesto concreto se cumple el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo.

II. INFORME

II.1 ACERCA DE LA LESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL REQUIRENTE

A) Lesión del derecho a la integridad física (artículo 15 CE)

El requirente solicita el reconocimiento de la vulneración producida de su derecho a la integridad física, entendido como uno de los derechos fundamentales que gozan de especial protección constitucional, y que se encuentra recogido en el artículo 15 de dicho texto. Si bien es cierto que este artículo no hace una mención expresa al consentimiento informado del paciente, ello no implica que esta materia quede al margen de la previsión constitucional, y así lo refiere el Tribunal Constitucional en la STC 37/2011, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 2011. Dicha sentencia refiere en su FJ3:

“(…) Este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Por esa razón, hemos afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que, como hemos señalado, tenga una justificación constitucional (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6).”

La vulneración se ha producido por la falta de consentimiento del requirente ante las actuaciones médicas que se llevaron a cabo por los Servicios de Salud de la Junta de Castilla y León. Falta de consentimiento derivada de una absoluta carencia de información sobre el procedimiento que se iba a seguir, los posibles riesgos que

entrañaba, así como de las otras opciones a las que el requirente, entonces paciente, habría podido recurrir.

Este derecho fundamental entraña a su vez una facultad negativa, ya que obliga a abstenerse de cualesquiera actuaciones médicas, salvo que, de forma excepcional, éstas se encuentren constitucionalmente justificadas. Un supuesto excepcional que no tiene cabida en este caso, dado que no concurren los requisitos de gravedad ni urgencia en la práctica del procedimiento. De ello se extrae que el paciente gozaba de una facultad de oposición a dicha asistencia médica, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación.

De la documentación aportada por el requirente ha quedado probado, por un lado, el nexo causal entre los daños y perjuicios producidos en el paciente y la intervención sanitaria practicada sin su consentimiento, y, por otro lado, que no hay dudas sobre esa falta de consentimiento informado. Así pues, siguiendo el parecer del Tribunal Constitucional en la antecitada STC 37/2011 añade:

“[...] esa garantía de efectividad del derecho en el ámbito médico implica que cualquier [] actuación que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, según la delimitación que antes efectuábamos del mismo, se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada.”

De todo lo anterior puede constatarse que ha resultado una efectiva lesión del derecho a integridad física y moral del requirente. En este sentido, la STC 220/2005, de 12 de Septiembre, sostiene que la inviolabilidad de la persona, no sólo comprende aquellos ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino que también se erige en una garantía contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

En el presente supuesto se señala que, producto de una defectuosa asistencia sanitaria, se han derivado una serie de daños y perjuicios. Aún sin entrar a valorar la gravedad los daños, el Tribunal Constitucional entiende que:

“estos derechos, destinados a proteger la incolumidad corporal, han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, por lo cual se hace imprescindible asegurar su protección” adquiriendo cualquier violación de los mismos un carácter grave, tal como se extrae de la STC 37/2011 FJ3, párrafo 5°.

Sin perjuicio de la doctrina ya citada, es necesario hacer mención a la regulación sobre este derecho contenida en normas y tribunales supranacionales. Así, aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) no contempla una norma específica en relación a la salvaguarda de la integridad física y moral, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha querido subsumir este derecho como una faceta más del derecho a la “vida privada”, regulado en el artículo 8.1 del CEDH.

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

A este respecto y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el Tribunal de Estrasburgo ha manifestado en varias ocasiones la importancia del consentimiento efectivo de los pacientes, por considerar que la imposición de un tratamiento médico sin existir este consentimiento, siempre que estemos tratando de un paciente adulto y con plena capacidad de obrar, supondría un gravísimo ataque a su integridad física, vulnerando lo dispuesto en el citado artículo 8.1 del CEDH. Algunos ejemplos de jurisprudencia del TEDH se contienen en las resoluciones recaídas en los casos:

Tysiak vs. Polonia, de 20 de marzo de 2007.

Evans vs. Reino Unido, de 10 de abril de 2007

Grauer y otras vs. Francia, de 23 de octubre de 2012.

Debemos entender que, en el supuesto objeto de dictamen, no encontramos un mero caso de mala praxis sanitaria sino que, de esa falta de información y la consiguiente falta de consentimiento del paciente, se ha derivado la producción de una serie de daños y perjuicios. El requirente no conocía, en el momento de la práctica, si podía acudir a otras vías, ni que riesgos entrañaba el procedimiento.

B) Lesión del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (artículo 14 CE)

Además de la vulneración del derecho a la integridad física, en los términos expuestos, se advierte, en el supuesto que nos ocupa, la infracción de otro derecho igualmente recogido en la Constitución española, concretamente en el artículo 14.

Ha sido la desestimación del recurso contencioso-administrativo, la que nos ha llevado a poner de manifiesto la patente violación del derecho a la igualdad en su vertiente de la igualdad en la aplicación judicial de la ley, en definitiva, el derecho a ser tratado igual por el mismo órgano juzgador en supuestos idénticos.

Esto es así ya que, como se adujo en el posterior recurso de casación interpuesto para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ante la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, existe una sentencia anterior dictada el 10 de septiembre de 2018 por este último tribunal en un caso de idénticas características, cuyo fallo es contrario al del caso que nos ocupa.

La sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo que dicta ahora la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León entra en contradicción con la dictada en 2018, y provoca en el requirente una vulneración del derecho a la igualdad en el dictado de las resoluciones judiciales. Una vertiente más del derecho a la igualdad ante la ley que proclama el artículo 14 de la Constitución española.

Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, para entender que existe una efectiva vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, es decir, que un tribunal ha lesionado el derecho comprendido en el artículo 14 de la Constitución mediante el dictado de una resolución judicial, debemos atender a la concurrencia de tres requisitos, sin los cuales dicha infracción no podría ser apreciada. Así lo hace saber el Tribunal Constitucional en varias sentencias entre las que destacamos la

STC 105/2009 de 4 de mayo o, más próxima en el tiempo, la STC del Pleno 133/2014, de 22 de septiembre, FJ 3º:

“Por lo que se refiere al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, que es la concreta perspectiva del art. 14 CE EDL 1978/3879 alegada por los recurrentes, este Tribunal ha reiterado que el reconocimiento de la lesión del citado derecho fundamental exige, en primer lugar, la acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada EDJ 2008/20027 y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria

En segundo lugar, también se precisa la identidad de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley.

Igualmente, es necesaria la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de "la referencia a otro" exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

Por último, además, se exige que el tratamiento desigual se concrete en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia;

concluyendo que lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (por todas, STC 105/2009, de 4 de mayo, FJ 4 EDJ 2009/82104).”

Respecto de la acreditación del *tertium comparationis*, esto es, un término de comparación válido con el que hacer la comparación de ambas sentencias, el juicio de igualdad sólo puede realizarse entre la sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial, que en una misma materia resuelve de forma distinta. La STSJ impugnada de 19 de diciembre de 2018 y la anterior con que ésta se compara, de 10 de septiembre de 2018, comparten la misma materia. Se trata de dos supuestos idénticos de vulneración del derecho a la integridad física y moral, en la modalidad del consentimiento informado del paciente y, sin embargo, nos encontramos con dos fallos íntegramente contradictorios.

Se requiere asimismo la identidad en el órgano judicial, o dicho de otro modo, que las sentencias objeto de comparación fueran dictadas por el mismo órgano, entendiendo cada órgano jurisdiccional como una entidad diferenciada de las demás. En este caso vemos que sí concurre la identidad de órganos que dictan las sentencias consideradas contradictorias, ya que el órgano que dictó ambas sentencias, STSJ de 10 de septiembre de 2018 y STSJ de 19 de diciembre de 2018, es exactamente el mismo, a saber: la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid.

Otro requisito que ha de cumplirse es “la referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo. Esto se conoce como la alteridad en los supuestos contrastados y, claramente, concurre en el presente supuesto, puesto que los términos de contraste son resoluciones distintas, con diferentes recurrentes, pero que versan sobre el mismo supuesto y cuyo resultado, estimatorio en el primera caso y desestimatorio en el segundo, es diferente.

De otro lado el Tribunal Constitucional se ha venido refiriendo a la posibilidad de que un cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional o en las normas que regulan esta materia justificase un fallo distinto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sala de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia.

Para entender que con el dictado de la sentencia se ha provocado la vulneración del derecho, el tratamiento desigual debe concretarse en una quiebra injustificada, inmotivada, y de carácter puntual y exclusivo, del criterio que un órgano jurisdiccional venga aplicando de forma pacífica, constante y reiterada. Este requisito se proyecta como un control de no arbitrariedad. La decisión debe surgir para esta ocasión solamente, y no como un giro legítimo de jurisprudencia, que justifique adecuadamente los motivos de tan radical cambio. Así lo señala el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, entre ellas la STC 54/2006 del 27 de febrero, FJ4:

“...se exige que el tratamiento desigual se concrete en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia”

Por lo anteriormente expuesto, podemos afirmar concluyentemente que, desde el 10 de septiembre de 2018 en que se dictó la Sentencia estimatoria, hasta el 19 de diciembre del mismo año, en que se dicta la sentencia objeto de recurso, no se produce cambio o modificación legislativa alguna, ni tampoco en la doctrina constitucional, concurriendo de esta forma la *ratio decidendi* a que se refiere el Alto Tribunal Constitucional. Dicho esto, en cualquier caso no es a la parte que alega el trato desigual a quien cumple encontrar o no razones para la desigualdad en la aplicación de la ley, pues, en cualquier caso, en la sentencia objeto del presente dictamen no se encuentra razón alguna que justifique el cambio de parecer en el tribunal al resolver supuestos idénticos, resultando de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida que es el órgano judicial que resuelve y no las partes quien tiene que justificar dicho cambio de parecer para que no exista vulneración del derecho recogido en el art. 14 CE en su vertiente del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley.

II.2 REQUISITOS PROCESALES PREVIOS A LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

A) Invocación tempestiva de los derechos fundamentales vulnerados

La falta de invocación de los derechos fundamentales lesionados, en este caso el derecho a la integridad física y el derecho a la igualdad en las resoluciones judiciales, se plantearía como un óbice insalvable para la admisión a trámite del amparo constitucional.

La importancia del cumplimiento de esta exigencia viene motivada principalmente por el carácter subsidiario del recurso, el que los tribunales de la vía ordinaria deben poder tener la oportunidad de reparar la vulneración del derecho que se estime infringido, así como el hecho de que el Tribunal Constitucional no puede entrar a juzgar cuestiones *ex novo*, sino solo aquello que ya ha sido objeto en el procedimiento anterior. En los propios términos del Tribunal Constitucional:

“Se trata de un requisito según el cual, con carácter previo a la interposición del recurso de amparo constitucional, ha de darse oportunidad a los órganos jurisdiccionales ordinarios de reparar la vulneración supuestamente cometida a través del planteamiento en el proceso judicial del problema constitucional objeto del recurso de amparo” (STC 42/2012, de 29 de marzo, FJ 3).

Por lo demás, la naturaleza instrumentalmente relevante del requisito se expresa su carácter insubsanable si no ha sido rectamente observado (ATC 191/2000, de 24 de julio, FJ 1). Pues bien, en relación con el derecho recogido en el artículo 15 de la Constitución española, ya desde la primera reclamación de responsabilidad patrimonial que desestimó la Orden la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, el consiguiente recurso Contencioso-Administrativo desestimado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, y el recurso de Casación último interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia e igualmente inadmitido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, siempre se han aducido de forma constante los mismos motivos. Motivos fundados en la mencionada vulneración del derecho a la integridad física y

moral que consagra nuestra Constitución en su artículo 15, por lo que el requisito de la invocación tempestiva del derecho presuntamente vulnerado, sí se cumple en este caso. A mayor abundamiento, en rigor, la invocación, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, únicamente sería exigible desde el momento en el que se intenta el acceso a la justicia, denunciando la vulneración del derecho invocado e impetrando, en consecuencia, su tutela judicial (ATC 124/2010, de 4 de octubre, FJ 3).

Conforme a este requisito, con carácter previo a la interposición del recurso de amparo constitucional, ha de darse oportunidad a los órganos jurisdiccionales ordinarios de reparar la presunta vulneración del derecho.

Además, no solo obliga a invocar la presunta vulneración antes de acudir a la vía del amparo constitucional, sino que engloba una doble exigencia, ya que emplaza a la persona que crea vulnerado uno de sus derechos fundamentales a que lo invoque inmediatamente, o al menos “tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”. Esta doble exigencia, de forma y tiempo, supone que la inobservancia del mismo puede producirse cuando no se ha invocado el derecho constitucional ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, pero también en los casos en que, aun invocada la violación, esa invocación hubiera sido tardía por no realizada “tan pronto como hubiera sido conocida”.

Esta exigencia, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, obliga a que la presunta vulneración del derecho se ponga de manifiesto ante el juez, puesto que en vía administrativa no es preceptiva la asistencia letrada. Así lo dispone la STC 211/2007, de 8 de octubre, FJ2:

“El sentido más profundo del requisito exigido por el art. 44.1 c) LOTC -hemos declarado en la STC 203/1987, de 18 de diciembre-, «reside en facilitar que los Jueces y Tribunales puedan cumplir su función tutelar de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional ... o bien la de conseguir que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad fundamental, dándoles la oportunidad de argumentar y pronunciarse sobre la cuestión que luego puede ser objeto del recurso último y

subsidiario de amparo. Y que esa invocación previa puede hacerse ante el mismo órgano judicial cuando exista un remedio procesal previsto, aunque las posibilidades de acogida sean remotas, o bien ante el Tribunal superior directamente ... Todo ello, obviamente, para preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultará desvirtuada si ante ella se trajeran cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos del Poder Judicial, que son los que de modo directo y en primer término garantizan los derechos fundamentales que la Constitución proclama.”

Por otro lado en lo referente al derecho regulado en el artículo 14 de la Constitución, el derecho a la igualdad en su vertiente de la igualdad en las resoluciones judiciales, hemos de determinar cuándo se ha vulnerado y si se adujo la vulneración tan pronto como fue posible.

El derecho fue vulnerado mediante sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sala de Valladolid, del TSJ, en relación con la desestimación del recurso contencioso-administrativo que interpuso el requirente. En aquella sentencia se compelió a las partes a que interpusiesen recurso de casación en cuanto estuviesen en desacuerdo con el fallo.

Siguiendo expresas indicaciones el requirente interpuso el consiguiente recurso de casación, donde invocó además de los motivos casacionales, la lesión de su derecho a la igualdad en las resoluciones judiciales. Podemos entender, y entendemos, que adujo esta otra vulneración tan pronto como le fue posible.

B) Agotamiento de la vía previa al amparo constitucional

El agotamiento previo de la vía ordinaria se configura como un requisito obligatorio para la admisión a trámite del recurso de amparo constitucional, y se contempla en los artículos 43.1 y 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante: LOTC).

El artículo 43.1 reproduce lo siguiente:

“1. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente.”

En la misma línea el artículo siguiente en su apartado primero, letra a), cita:

“1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.”

La necesidad de agotar la vía previa al recurso de amparo constitucional, reside en el carácter subsidiario de éste. Carácter derivado del tratamiento que de él hace la Constitución Española en sus artículos 53.2 y 161.1, contemplándolo, no como una vía directa ni tampoco necesaria sino, como una última instancia en la defensa de los derechos reconocidos en nuestro país como fundamentales.

En el supuesto concreto, tras la primera reclamación por daños y perjuicios, el recurso contencioso administrativo y el posterior recurso de casación, invocando todos ellos la lesión del derecho a la integridad física, podríamos entender cumplido el requisito *sine qua non* de agotamiento de la vía. No obstante ese sería el caso si estuviésemos en presencia de un recurso de amparo por vulneración de un derecho fundamental a través de una decisión administrativa, y sin embargo tras el dictado de

la resolución desestimatoria del recurso contencioso-administrativo se lesiona un nuevo derecho fundamental, ahora en sede judicial.

Esta nueva lesión provocada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, convierte a nuestro amparo constitucional en un híbrido, ya que al mismo tiempo podemos encuadrarlo en el supuesto del amparo a que se refiere el artículo 43 y al que recoge el artículo 44, ambos de la LOTC.

Se plantea, por lo tanto, si en este supuesto resulta preceptiva la interposición del conocido “Incidente de Nulidad de Actuaciones” recogido en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante: LOPJ), ya que según doctrina aquel tan solo será exigible en los casos en que la vulneración del derecho fundamental se hubiere producido en la última sentencia recaída en el procedimiento. Es decir, en aquellos supuestos que se encuadrarían en el artículo 44 de la LOTC, cuando el derecho fundamental lo ha infringido, a juicio del recurrente, una disposición judicial.

El objeto de interponer el incidente de nulidad de actuaciones responde a la necesidad de dar oportunidad a los órganos jurisdiccionales ordinarios de reparar la vulneración supuestamente cometida a través de la inserción en el proceso judicial del problema constitucional objeto del recurso de amparo (STC 43/2010, de 26 de julio, FJ 5, y STC 153/2012, de 16 de julio, FJ 3). Un ejemplo de este tipo de supuestos sería en el que la lesión al derecho fundamental se produzca con razón del Auto de inadmisión de un recurso de casación o la Sentencia resolutoria del mismo.

Ahora bien, plantear o no el incidente de nulidad de actuaciones tendrá sus consecuencias, sobre todo en lo que a los plazos para interponer éste y el posterior recurso de amparo se refiere.

Plantearlo no siendo necesario conducirá posteriormente a la inadmisión del recurso de amparo por extemporaneidad, derivada de la utilización de recursos manifiestamente improcedentes (STC 204/2009, de 23 de noviembre, FJ 2). Esto

sucede así porque la resolución del incidente de nulidad de actuaciones, tras su tramitación, muy probablemente exceda del plazo para interponer el recurso de amparo, que sería de 30 a partir de la notificación de la última resolución recaída en el proceso judicial en nuestro caso, por tratarse de un amparo con carácter judicial además de administrativo. Ello es así porque, precisamente, el planteamiento del incidente únicamente procede si concurren estrictamente las condiciones previstas para ello en los términos exigidos por el artículo 241.1 LOPJ (STC 1/2013, de 14 de enero, FJ 1).

De igual forma puede ocurrir todo lo contrario, que siendo necesario el incidente de nulidad de actuaciones no se plantee y que por tanto no se haya agotado debidamente la vía. En estos casos el Tribunal Constitucional inadmitirá el recurso de amparo por no haber interpuesto previamente el incidente de nulidad y, en consecuencia, el acceso al amparo constitucional sería prematuro (STC 202/2012, de 12 de noviembre, FJ 2).

En conclusión, en los supuestos en que su interposición es preceptiva sucede que elegir la opción incorrecta dejará al cliente sin posibilidad de que se analice su vulneración de derechos fundamentales por un error procesal del abogado. Este error acarrea asimismo la consecuencia de que el requirente tampoco podrá acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues éste inadmite los casos que no fueron correctamente agotados en fase nacional.

En palabras del propio Tribunal Constitucional,

“la tesitura a que puede verse abocado el recurrente ante una encrucijada difícil de resolver, toda vez que si no utiliza todos los recursos disponibles dentro de la vía judicial ordinaria su recurso de amparo podrá ser inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa, y si decide, en cambio apurar la vía judicial, interponiendo todos los recursos posibles o imaginables, corre el riesgo de incurrir en extemporaneidad al formular alguno que no fuera en rigor precedente” STC 202/2012, de 12 de noviembre, FJ 2.

A la luz de lo expuesto, queda determinar si en el supuesto objeto de informe es o no preceptiva la interposición del incidente de nulidad a efectos de agotar la vía ordinaria.

La regulación del incidente de nulidad de actos procesales o nulidad de actuaciones, se recoge en el capítulo III, del Título III, del Libro III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente en los artículos 238 a 243, bajo el “De la nulidad de los actos judiciales”. El artículo 241 nos resuelve esta cuestión al establecer en que casos cabe y en cuales no, sosteniendo lo siguiente:

“No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

El requirente, siguiendo expresas instrucciones contenidas en el pie de recurso de la Sentencia de la Sección 3ª Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, interpuso un Recurso de Casación para el Tribunal Supremo, ya que el anterior Recurso Contencioso-Administrativo había sido desestimado.

La vulneración del derecho fundamental a la igualdad en el dictado de resoluciones judiciales se había producido con dicha desestimación, y así lo expresó el requirente en el Recurso de Casación, aduciendo además de los motivos casacionales, la vulneración que había provocado el dictado de la sentencia del TSJ, Sala de Valladolid.

Por tratarse éste de un recurso de amparo que engloba la vulneración de dos derechos fundamentales, una de carácter administrativo y la última de carácter judicial, aparentemente procede interponer el incidente de nulidad de actuaciones previa interposición del recurso de amparo constitucional, a efectos de agotar la vía ordinaria, pero únicamente con respecto de la vulneración del derecho fundamental inédita en términos judiciales y, además, hacerlo ante el órgano de instancia.

Así, en reiteradas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha aludido a este tipo de “amparos mixtos”, haciendo saber que si el derecho vulnerado en sede judicial ha quedado inédito sería preceptivo interponer el incidente de nulidad, porque de lo contrario la vía no estaría agotada (STC 11/2012, de 30 de enero, FJ 2, y la STC 117/2014, de 8 de julio, FJ 3).

Ahora bien, en los casos en que sí se ha dado oportunidad a un tribunal de la vía ordinaria para reparar la lesión producida en sede judicial, en nuestro caso con la sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, no es preceptiva su interposición. Decimos que no es preceptiva, no que no cabe, porque lo anterior no significa que si acudiésemos a la vía del incidente de nulidad estuviésemos haciendo uso de un mecanismo manifiestamente incorrecto.

Tan solo quiere decir que en el supuesto objeto de informe no es necesaria tal interposición, ya que, como a ello se ha venido refiriendo el Tribunal Constitucional en una amplia jurisprudencia, podemos entender convalidado el incidente de nulidad de actuaciones si previamente se ha dado denunciado la vulneración del derecho a través de otro mecanismo impugnatorio, y con ello se ha dado la oportunidad al tribunal a quo de restaurar el derecho vulnerado.

En el supuesto que se analiza, ese “otro mecanismo de impugnación” es el recurso de casación planteado ante la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, para la Sala Tercera del Tribunal Supremo en que, además de los motivos casacionales propios de este tipo de recurso, se adujo la vulneración del derecho a la igualdad en las resoluciones judiciales que había provocado el dictado de la sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo.

En último lugar es preciso recordar que la razón de la interposición de ese recurso de casación, y de no haber recurrido a otro mecanismo en su lugar, encuentra lugar en las expresas instrucciones a pie de recurso contenidas en la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid.

Reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional avala esta cuestión, y es que en la STC 112/2019, de 3 de octubre, en asunto idéntico al que nos ocupa por concurrir una vulneración de derecho fundamental producida en sede judicial y la posterior vía de impugnación a través del recurso de casación, el Alto Tribunal ha venido refiriendo lo que sigue:

“[...] son a los órganos judiciales a quienes “primeramente corresponde la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos”. Por esta razón, la sentencia citada sostiene que “cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir a este Tribunal”.

Al imputarse la lesión de derechos fundamentales a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y haber sido inadmitido el recurso de casación interpuesto contra esta sentencia por apreciar el Tribunal Supremo que carecía de interés casacional, de acuerdo con la jurisprudencia citada, para agotar la vía judicial hubiera debido interponerse un incidente de nulidad de actuaciones contra la referida sentencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

c) El Tribunal, sin embargo, tras la debida reflexión, decide modificar esta doctrina y considerar que en estos supuestos no es preciso interponer un incidente de nulidad de actuaciones para cumplir el requisito que exige agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo del art. 44. 1 a) LOTC por las razones que seguidamente se exponen.

d) El requisito de agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo, según ha sostenido la jurisprudencia constitucional, “ha de ser interpretado de manera flexible y finalista” (entre otras muchas, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2, y 164/2003, de 29 de septiembre, FJ 2; STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 2, y 18/2009, de 26 de enero) y “no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso” (SSTC 137/2006, de 8 de mayo, FJ 2; 152/2006, de 22 de

mayo, FJ 5, y 62/2007, de 27 de marzo, FJ 2), “sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente” (...) y 76/2007, de 16 de abril, FJ 2; STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 2, y 89/2011, de 6 de junio, FJ 2].

(...) El art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) atribuye a este incidente carácter excepcional y dispone que solo procede cuando la vulneración de derechos fundamentales que se imputa a la resolución judicial “no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”. De esta regulación no se infiere que este incidente deba interponerse también en los casos en los que el recurso ordinario o extraordinario que se haya interpuesto contra la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales se inadmita por razones procesales que no sean imputables a la falta de diligencia de la parte. Por ello, de acuerdo con la doctrina expuesta, la interposición de este incidente en estos supuestos no puede considerarse necesaria para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo.

(... la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo no exige en estos casos la interposición de este incidente. El recurso de amparo tiene esta naturaleza porque “la Constitución no lo contempla como una vía directa ni tampoco, necesariamente, como general y única, sino especial y extraordinaria posterior a la defensa de aquellos derechos y libertades ante los tribunales ordinarios, a los que el art. 53.2 encomienda la tutela general” (STC 185/1990, de 15 de noviembre, FJ 4, entre otras muchas). En todo caso, como ha señalado la citada STC 185/1990, FJ 4, “la subsidiaridad del amparo no puede ‘conducir a una sucesión ilimitada de recursos judiciales, incompatible con el principio de seguridad jurídica que la CE consagra en su art. 9.3’”.

En el supuesto que ahora se examina el carácter subsidiario del recurso de amparo ha sido respetado, pues frente a la resolución judicial que se estima lesiva de derechos fundamentales se interpuso el recurso que, de acuerdo con la legislación procesal, es, en principio, procedente para obtener esa tutela —el recurso de casación— y este recurso se ha interpuesto cumpliendo los requisitos de tiempo y forma que establece la referida normativa.”

Expuesto lo anterior, la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, en supuestos como el de la reciente STC o el que es objeto de este informe, al no derivarse de forma clara su procedencia del tenor del 241.1 LOPJ, no será un requisito necesario para agotar la vía judicial previa al amparo ante este Tribunal, contemplada en el artículo 44.1 de la LOTC.

No obstante lo anterior no significa que si se presenta haya de considerarse un recurso manifiestamente improcedente que pueda conllevar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargar indebidamente la vía judicial, pues únicamente viene a decir que su interposición no es preceptiva, aunque si se quiere hacer uso de él siempre se entenderá como un cauce idóneo para obtener la tutela de los derechos fundamentales que se imputan a la resolución frente a la que se interpuso el recurso inadmitido.

La STEDH *Berasategui Escudero y Arruabarena v. España*, de 26 de noviembre de 2019 va en esta línea de pensamiento cuando desestima la objeción por falta de agotamiento de la vía previa, invocada por el Gobierno. En el caso *Berasategui Escudero y Arruabarena v. España* el Gobierno entendió que la vía previa a la interposición del recurso de amparo constitucional no había sido agotada dado que no se planteó el incidente de nulidad de actuaciones.

No obstante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) desestimó dicha objeción por entender que en el caso concreto se había dado oportunidad a los tribunales que integran la vía ordinaria de reparar el derecho que se estimaba lesionado.

Esta decisión del TEDH refuerza la postura del Tribunal Constitucional en materia de la preceptividad de la interposición del incidente de nulidad y pone de manifiesto que el único objeto de recurrir a este mecanismo es dar la opción a los tribunales de la vía ordinaria de revisar, y en su caso subsanar, la infracción del derecho que se considera vulnerado.

Por ello, en los casos en que mediante otro mecanismo se ha brindado dicha oportunidad de retractación, entiende el TEDH que puede considerarse agotada la vía sin necesidad de plantear el incidente de nulidad de actuaciones. Así lo hizo saber en los párrafos 23 a 29 de la antecitada sentencia, y en concreto del 23 al 25, cuando sostuvo lo siguiente:

“23. En el presente caso, este Tribunal señala que las sentencias del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre y de 29 de noviembre de 2016, respectivamente, declararon inadmisibles por falta de agotamiento de los recursos internos la queja en amparo de los demandantes relativa al hecho de que la cuestión prejudicial que deseaban plantear ante el Tribunal de Justicia de la UE no fue confirmada por los tribunales a quo. En cuanto a la queja citada, las decisiones se basaban en el motivo de inadmisibilidad previsto en el artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a saber, la falta de agotamiento de los recursos judiciales ordinarios: el Alto Tribunal reprochó a los demandantes no haber interpuesto un incidente de nulidad sobre la base del artículo 241.1 de la LOPJ.

24. Este Tribunal observa que en el asunto *Arrozpide y otros c. España*, antes citado, los dos primeros demandantes interpusieron un incidente de nulidad ante el Tribunal Supremo solicitando su tramitación con carácter de urgencia, con el fin de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo legal. (...) el Tribunal Supremo les notificó una decisión por la que declaraba la inadmisibilidad de estos incidentes por falta de relevancia. En efecto, el Tribunal Supremo había considerado que la mayoría de las reclamaciones formuladas por estos dos demandantes ya habían sido examinadas en las sentencias de casación impugnadas y que, por lo tanto, con arreglo al artículo 241.1 de la LOPJ, los incidentes de nulidad debían declararse inadmisibles.

25. (...) Cabe señalar que en el presente caso las notificaciones de las sentencias de casación de 1 de marzo y 13 de enero de 2016 (párrafo 11 supra) especificaban que dichas sentencias eran firmes, pero que podían ser recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional en el plazo de 30 días. Este Tribunal señala que los motivos que los demandantes invocaron en el recurso de amparo ya habían sido objeto de un examen exhaustivo en el marco del recurso de casación;(...) la irrelevancia de los incidentes de nulidad.”

Dicho lo cual concluimos que no es preceptivo el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones y podemos entender correctamente agotada la vía a efectos de interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

No obstante que no sea necesario plantear el incidente no significa que de plantearse se estuviese haciendo uso de un recurso manifiestamente improcedente. Plantearlo o no es potestativo. Además de estimarse éste salvaríamos el trámite de acudir al Tribunal Constitucional, un proceso de larga duración y mucho más costoso. Se ofrecen en este punto cuatro posibilidades:

- La primera sería que el TSJCYL lo inadmita a trámite, en cuyo caso al presentar el recurso de amparo habría que justificar al TC que el incidente en realidad era procedente de acuerdo con la doctrina de la reviviscencia y, por lo tanto, no hemos alargado la vía previa usando recursos manifiestamente improcedentes. Sin embargo esta doctrina es cuanto menos escasa y que prospere sería complejo.
- La segunda, que el TSJCYL lo admitiese a trámite pero, tras tramitarlo, lo desestime. En este caso además de dilatarse el proceso del recurrente, éste habría de correr con las costas del proceso, como se prevé en el artículo 241.2, *in fine*, de la LOPJ.
- La tercera posibilidad es que lo estimara, en cuyo caso se daría por terminado el proceso y se salvaría el trámite de interponer el recurso de amparo. No obstante, en la práctica ésta es una posibilidad remota.
- La cuarta y última posibilidad es dar por agotada la vía previa y recurrir directamente en amparo ante el TC, obviando el trámite del incidente de nulidad.

Dado que quien ha de resolver en el incidente de nulidad de actuaciones es el órgano a quo, y éste ya ha desestimado el recurso de casación y teniendo en cuenta las costas que se derivarían para el cliente de ser desestimado el incidente, se ha acordado optar por esta cuarta posibilidad y dar por agotada la vía ordinaria para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

II.3 REQUISITOS FORMALES PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

A) Legitimación del requirente para interponer el recurso de amparo

Por lo dispuesto en el artículo 162.2 apartado b) de la Constitución Española, puede interponer recurso de amparo, entre otros, toda persona natural que invoque la vulneración de un derecho o libertad entendidos como fundamentales y comprendidos en los artículos del 14 al 29 del mencionado texto, así como en el artículo 30.2, b), así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

En el caso objeto de informe el requirente dice haberse vulnerado su derecho a la integridad física, derivado de una mala praxis sanitaria, a su vez provocada por falta del consentimiento el requirente, en ese momento paciente.

A este extremo se refiere el artículo 46 de la LOTC, sobre la legitimación para la interposición de los distintos tipos de amparo constitucional.

“Uno. Están legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional:

a) En los casos de los artículos cuarenta y dos y cuarenta y cinco, la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

b) En los casos de los artículos cuarenta y tres y cuarenta y cuatro, quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

Dos. Si el recurso se promueve por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, la Sala competente para conocer del amparo constitucional lo comunicara a los posibles agraviados que fueran conocidos y ordenará anunciar la interposición del recurso en el “Boletín Oficial del Estado” a efectos de comparecencia de otros posibles interesados. Dicha publicación tendrá carácter preferente.”

El requirente coincide en ser la persona que ha sufrido directamente el perjuicio y quien se ha personado en el procedimiento judicial iniciado con la reclamación por daños y perjuicios, y por tanto es él quien ostenta la legitimación activa.

B) Modalidad del recurso de amparo

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contempla en su Título III, Capítulo I, bajo la nomenclatura “De la procedencia e interposición del recurso de amparo constitucional”, regula tres modalidades principales de este tipo de recurso.

- El artículo 42 se refiere a la procedencia de interponer un recurso de amparo cuando el derecho fundamental presuntamente vulnerado procede de una decisión parlamentaria;
- El artículo 43 sin embargo hace referencia a los supuestos en que el derecho fundamental se ha visto vulnerado fruto de una decisión gubernativa o administrativa
- El artículo 44, por último, se refiere a los casos en que el recurso de amparo se interpone contra decisiones judiciales

A su vez, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General contempla dos modalidades de recurso de amparo contra actos y decisiones de la Administración electoral:

- El recurso de amparo contra los Acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidatos y candidaturas, regulado en el artículo 49.3.
- El recurso de amparo contra los Acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de Presidentes de las Corporaciones locales, regulado en el artículo 114.2.

Entendiendo que la violación del derecho fundamental a la integridad física se ha producido con ocasión de una defectuosa asistencia sanitaria de los Servicios de Salud de Castilla y León, la modalidad de recurso de amparo ha de ser necesariamente la recogida en el artículo 43 de la LOTC.

Este artículo se refiere a aquellas vulneraciones de derechos fundamentales producidas por decisiones gubernativas o administrativas.

En orden a la interposición del recurso de amparo contra decisiones gubernativas, contra decisiones judiciales o administrativas es preciso haber agotado antes la vía judicial previa, así como haber invocado en ésta, tan pronto como fuera posible, la vulneración del derecho fundamental que pretende hacerse valer ante el Tribunal Constitucional.

Si bien en un principio este proceso nació consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental por una decisión administrativa, en sede judicial y concretamente con ocasión de la desestimación del recurso contencioso-administrativo que interpuso el requirente se vulneró otro derecho fundamental, en este caso el derecho a la igualdad en el dictado de resoluciones judiciales.

En este sentido el artículo 44 de la LOTC reza lo que sigue

“1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.”

Esta segunda vulneración de un derecho fundamental ya no tiene carácter administrativo sino judicial, dado que se ha producido mediante el dictado de la sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, y por tanto el recurso de amparo constitucional que procede en este supuesto reviste ambos caracteres. No incluyéndose en la regulación que del recurso de amparo hace la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ésta es una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

La acumulación de dos pretensiones impugnatorias en todo caso será una administrativa y otra judicial, no siendo posible un recurso de amparo mixto como combinación de las vulneraciones a que se refiere el artículo 42 de la LOPJ con otra. Ello encuentra sentido en que la vulneración del artículo 42 de la LOPJ, provocada por un acto parlamentario sin valor de ley, se ejercita a través de un proceso constitucional en el que no concurre un denominador que es común a las vías impugnatorias de estos dos últimos preceptos.

En los recursos de amparo mixto se diferencia claramente el carácter de cada pretensión, nunca mezclándose las dos reivindicaciones de derechos. Como nos dice la doctrina, la existencia de un proceso judicial dista mucho de suponer que ambos cauces sean homologables, dado el distinto carácter con el que se presenta en cada caso esa vía previa.

Sin embargo a los solos efectos del plazo y la forma de presentación, y entendiendo que aunque existan dos vulneraciones y dos pretensiones distintas, estamos ante el planteamiento de una sola demanda, no teniendo sentido tramitar cada queja por separado, el plazo habrá de ser uno para las dos.

En estos casos de amparo constitucional mixto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en favor del plazo más favorable en virtud del principio *pro actione*, y por tanto en estos casos, será el recogido en el artículo 44 de la LOTC, treinta días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Es ejemplo de la doctrina a que nos referimos el ATC 211/2009 de 8 de junio de 2009, que en su fundamento jurídico 2º, se refiere expresamente a los amparos mixtos, sosteniendo lo siguiente:

“Así pues, el legislador ha venido a establecer plazos distintos para la interposición de los recursos de amparo de los arts. 43 y 44 LOTC, de suerte que el plazo de treinta días será aplicable a los amparos del art. 44 LOTC, así como a los llamados amparos mixtos, que reúnen dos pretensiones diferenciadas y autónomas, una dirigida contra el acto administrativo y otra contra la resolución judicial, y respecto de los cuales una interpretación sistemática conduce a determinar que en estos casos el plazo de interposición sea de treinta días...”

C) Plazo de interposición del recurso de amparo

Si únicamente tuviésemos en consideración que el derecho vulnerado es el derecho a la integridad física en su vertiente del consentimiento informado del paciente, podríamos concluir que se encuadra perfectamente en la modalidad recogida en el artículo 43 de la LOTC, y consecuentemente el plazo para interponerlo sería de en los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.

No obstante ya que hemos entendido que el amparo a solicitar reviste un doble carácter por evocar la vulneración de dos derechos fundamentales, uno de ellos infringido en sede judicial, como es el derecho a la igualdad en el dictado de resoluciones judiciales, habremos de acudir al artículo 44 de la LOTC, que proporciona un plazo distinto para la interposición del amparo constitucional. En este supuesto sería de los treinta días a partir de la notificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial.

A pesar de que éstas son dos pretensiones de caracteres diversos e individuales entre sí, se invocan ambas en una misma demanda de recurso de amparo constitucional, no teniendo sentido que se diera un plazo para el amparo del artículo 43 y otro para el del artículo 44 de la LOTC. En estos supuestos de amparo mixto se otorga siempre el plazo a que se refiere el artículo 44, de los treinta días naturales, por ser éste el más amplio.

Esta interpretación es la más favorable al principio *pro actione* y es la que comparte el Tribunal Constitucional, haciendo referencia a la misma en diversas resoluciones (ATC 172, 175/2009, de 1 de junio, FFJJ 3, y ATC 211/2009, de 8 de julio, FJ2).

En concreto, el ATC 172, 175/2009, de junio, FJ 3 indica que:

“[...] los llamados amparos mixtos, que reúnen dos pretensiones diferenciadas y autónomas, una dirigida contra el acto administrativo y otra contra la resolución judicial (STC 291/1985, de 8 de mayo, FJ 2), respecto de los cuales una interpretación sistemática conduce a que el plazo de interposición común a ambas

pretensiones sea de treinta días, sino ante un recurso de amparo contra actos administrativos de los previstos en el art. 43 LOTC”.

Por su parte el ATC 211/2009, de 8 de julio, concretamente de su fundamento jurídico 2º, que mencionaba a los amparos mixtos, hacía ya referencia al plazo en que cabía interponerlos, al señalar que:

“...así como a los llamados amparos mixtos, que reúnen dos pretensiones diferenciadas y autónomas, una dirigida contra el acto administrativo y otra contra la resolución judicial, y respecto de los cuales una interpretación sistemática conduce a determinar que en estos casos el plazo de interposición sea de treinta días,...”

Además de este plazo de 30 días a contar desde la notificación de la resolución recaída en el proceso previo en vía ordinaria, en virtud de lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, existe la posibilidad de presentar el recurso hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad (artículo 85.2 LOTC).

Por lo que se refiere a la determinación de los días hábiles e inhábiles, se sigue el calendario del municipio de Madrid, por radicar allí la sede del Tribunal Constitucional. Además es importante tener en cuenta el tipo de recurso de amparo ante el que nos encontremos a efectos de contabilizar el plazo, ya que se considera inhábil todo el mes de agosto pero solo cuando el plazo se cuente por días.

Dicho de otra forma, en aquellos recurso de amparo a que se refiere el artículo 42 de la LOTC, sobre decisiones parlamentarias, en que el plazo es de tres meses a contar desde la notificación de la decisión objeto de recurso, agosto se considerará hábil (excepto, por supuesto, los sábados, domingos y festivos: Acuerdo de 15 de junio de 1982, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban las normas que han de regir el funcionamiento del Tribunal durante el período de vacaciones, BOE núm. 157, de 2 de julio, reformado por Acuerdos de 17 de junio de 1999, BOE núm. 148, de 22 de junio, y de 18 de enero de 2001, BOE núm. 20, de 23 de enero).

Por último, no podemos olvidar que en aquellos casos en que el último día del plazo sea inhábil, por ser festivo, éste se prorrogará hasta el siguiente día hábil.

En el supuesto que se analiza, ya que el dictamen sobre la pertinencia de interponer el consecuente recurso de amparo se deposita el día 15 de enero de 2020, y la fecha de la notificación ha de ser en los 3 días hábiles anteriores a dicho depósito, el 10 de enero de 2020 empezaría a contar el plazo de los 30 días hábiles. Por lo tanto el plazo comprendería desde el 10 de enero de 2020 hasta 21 de febrero de 2020, con prórroga hasta las 15 horas del día siguiente hábil, el 24 de febrero de 2020.

D) Lugar de interposición del recurso de amparo

El recurso de amparo se iniciará a través de demanda dirigida al Tribunal Constitucional donde, además de acreditarse el cumplimiento de los requisitos antes referidos, deben hacerse constar con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, los preceptos constitucionales que se consideren infringidos así como fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho que se entienda vulnerado.

En este paso el demandante habrá de comparecer representado por un Procurador del Colegio de Madrid y asistido a su vez por un Letrado de cualquier Colegio de España y corresponde presentarla en el Registro General del Tribunal Constitucional dentro del plazo legalmente previsto para cada modalidad de amparo.

La normativa que regula el lugar de interposición del recurso de amparo ha sido y sigue siendo objeto de debate, debido a la no tan afortunada redacción del artículo 85.2 párrafo 1º de la LOTC. Este artículo en su apartado 2º, párrafo 1º, dice lo siguiente:

2. Los escritos de iniciación del proceso se presentarán en la sede del Tribunal Constitucional dentro del plazo legalmente establecido. Los recursos de amparo podrán también presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La duda se planteaba de acuerdo a si la posibilidad de presentarlos en las oficinas o servicios de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad se entendía de todo el plazo de interposición del recurso, o solamente de los recursos presentados hasta quince horas del primer día hábil siguiente a aquel en que finalizase el plazo.

El Tribunal Constitucional se pronunció al respecto en diversas sentencias como la STC 54/2011 de 26 de febrero, aclarando que a tenor literal del artículo 85.2 las demandas de recurso de amparo solo podrían presentarse en lugar distinto del Registro General si su interposición se hacía en el día siguiente a la finalización del plazo hasta las quince horas, optando así por la interpretación más restrictiva.

No obstante el Tribunal Constitucional se ha pronunciado nuevamente al respecto y en el 2013, en favor del principio *pro actione*, dictó la STC 88/2013 de 11 de abril donde se manifestaba en sentido contrario. Si bien el artículo 85.2 de la LOTC leído rigurosamente sostiene el planteamiento que hasta el dictado de esta sentencia se había seguido, el nuevo criterio que mantiene el Tribunal Constitucional y que se prolonga hasta el día de hoy es que el recurso de amparo se podrá presentar indistintamente sin atender a en qué momento del plazo conferido nos encontremos. El Tribunal Constitucional introduce con el dictado de la referida sentencia la posibilidad de presentar el recurso en lugar distinto del Registro General del Tribunal Constitucional una vez que ya había extendido el plazo de interposición hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento.

A pesar de existir una nueva norma, vigente desde el 1 de enero del 2018, que limita a los procuradores a que la forma de interposición del recurso de amparo sea a través de la sede electrónica de la página web del Tribunal Constitucional (www.tribunalconstitucional.es), dado que ésta entra en contradicción con lo dispuesto en el artículo 85.2 de la LOTC y aquel no ha sufrido modificación alguna, en favor del principio de jerarquía habremos de estar a lo dispuesto en la LOTC y en concreto a la última interpretación que hace el Tribunal Constitucional sobre el artículo 85.2.

También se dice, en esta nueva regulación de 2018, que de manera excepcional podrán presentarse en soporte papel en la oficina o registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad, siempre que se haga después del vencimiento del correspondiente plazo hasta las 15 horas del día hábil siguiente.

Concluimos que, sin perjuicio de que desde el 1 de enero de 2018 se obliga a presentar los recursos de forma electrónica, si cualquier procurador quisiera hacerlo en papel, no se le podría negar entendiéndose falta de forma, ya que es completamente ajustado a derecho.

E) Documentos que deben acompañar al escrito de demanda

La LOTC contempla en su artículo 49 los documentos que han de acompañar al escrito de recurso de amparo constitucional. Especifica en su primer apartado que el recurso se iniciará mediante demanda, exponiendo con claridad los hechos que la fundamenten, aludiendo a los preceptos constitucionales que se entiendan vulnerados, y estableciendo con precisión el amparo que se solicita para preservar o, en su caso, restablecer el derecho o libertad objeto del recurso, y siempre razonando la especial trascendencia constitucional del recurso.

En su segundo apartado enumera los documentos que han de acompañar a la demanda, y establece que, en caso que no concurrir alguno de los siguientes requisitos, existe un plazo para subsanarlo. Con la demanda se acompañarán:

- El documento que acredite la representación del solicitante del amparo.
- La copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo.
- Tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si lo hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal.

En caso de no concurrir alguno de los requisitos anteriores, el plazo de subsanación a que nos hemos referido es de 10 días. Se establece en el último apartado de este artículo 49 de la LOTC que serán las Secretarías de Justicia las encargadas de ponerlo de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso.

II.4 LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO

El citado artículo 49.1 LOTC exige que, a efectos de que el recurso de amparo sea admisible, ha de iniciarse mediante demanda exhibiéndose con claridad y concisión, tanto los hechos que la fundamenten, como los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y añade que “[e]n todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”. Se trata de un requisito de carácter sustantivo, de naturaleza material, introducido para una mejor ordenación del recurso de amparo (ATC 188/2008, de 28 de julio, FJ 2). No obstante su naturaleza jurídico-material, la justificación de la ETC se desdobra en dos exigencias: una formal (su invocación expresa) y otra material (el propio contenido de la justificación).

En el supuesto que nos ocupa el requirente ha expresado de forma clara y reiterada las razones que motivaron la lesión de su derecho fundamental a la integridad física. Dado que ha sido suficientemente probada la falta de información médica previa a la intervención (acerca de los posibles riesgos que de aquella se pudieran derivar y de las alternativas a la intervención), no subyace duda alguna de que éste es un caso de mala praxis sanitaria.

De otra parte el artículo 50.1 de la LOTC ayuda a clarificar el término de “especial trascendencia constitucional”, aclarando que ésta “se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

Si bien el TC sigue gozando de cierta discrecionalidad a la hora de decidir cuándo un asunto reviste o no esa especial trascendencia, el término se ha aclarado mucho más desde la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, a través de la cual el Tribunal proporcionó una lista no cerrada de supuestos en que, a su parecer, concurriría el mencionado requisito. Uno de los cuales dice:

Se entiende que un asunto reviste especial trascendencia constitucional

“cuando, bien resulte un recurso que ponga de manifiesto que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que invocado está siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o bien concurren resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental objeto de debate. Ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, o aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.”

En el caso objeto de informe se observan dos sentencias dictadas por la misma sala, recaídas en supuestos idénticos y sin embargo con fallos contradictorios, a pesar de que entre el dictado de una y otra las normas que regulan el consentimiento informado no han sufrido cambio alguno. De todo esto se infiere que el tribunal que las dictó, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, del Tribunal Superior de Justicia, Sala de Valladolid, ha conocido de la doctrina del Tribunal Constitucional en un caso, y en el que se analiza la ha desconocido.

La STC 37/2011 que se citó en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el requirente, ha sido dictada hace un periodo de tiempo considerablemente extenso, por lo que parece necesario que el Tribunal Constitucional reitere su doctrina a efectos de recordarla a los tribunales que integran la vía judicial ordinaria.

Analizando la doctrina del Tribunal Constitucional que existe al respecto del consentimiento informado del paciente se observa escasa y lejana en el tiempo. Es por ello que la especial trascendencia que concurre en este caso se debe a que el número de sentencias con que contamos en esta materia de consentimiento informado del paciente es mínimo por lo que podemos decir, sin incurrir en exageración alguna, que nos encontramos ante una materia novedosa en que si bien el Tribunal Constitucional ha sido claro por lo que a su postura se refiere, los tribunales en la vía ordinaria previa, aún no parecen atacar en todos los supuestos.

Asimismo el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto del incidente de nulidad de actuaciones en relación al correcto agotamiento de la vía, y a la concurrencia de especial trascendencia constitucional en los casos en que sea evidente la necesidad de recordar o aclarar su doctrina, en una sentencia reciente,

apoyando lo ya consagrado en la STC 155/2009, FJ 2 b). La STC 112/2019, de 3 de octubre, FJ2, indicaba:

“La cuestión planteada en este recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional (art. 50.1 de la LOTC) porque da ocasión al Tribunal para aclarar o modificar su doctrina [STC 155/2009, FJ 2 b)] en relación con la necesidad de interponer incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo [art. 44.1 a) LOTC] en aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental no se imputa a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior y esta vulneración ha quedado imprejuizada porque el recurso interpuesto contra la decisión judicial que se considera lesiva de derechos fundamentales ha sido inadmitido por razones procesales que no son imputables a la falta de diligencia de la parte.”

En lo que concierne al correcto agotamiento de la vía el TEDH también se ha pronunciado recientemente en la STEDH *Berasategui Escudero y Arruabarena v. España*, de 26 de noviembre de 2019, donde aclaraba que en los casos en que se haya hecho uso de un mecanismo que permita a los tribunales de la vía ordinaria revisar, y en su caso, reparar el derecho que se estima infringido, no es necesario plantear el incidente de nulidad de actuaciones. Tanto en el supuesto que se analiza, como en el caso *Berasategui Escudero y Arruabarena v. España*, de 26 de noviembre de 2019, ese mecanismo que permite a los tribunales ordinarios reparar la lesión del derecho y con el que se entiende agotada la vía ordinaria, fue el recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo.

Así el TEDH en la referida sentencia señala que los motivos que los demandantes invocaron en el recurso de amparo ya habían sido objeto de un examen exhaustivo en el marco del recurso de casación y que de haberse planteado un incidente de nulidad de actuaciones, éste habría sido considerado “irrelevante”, avocando al recurso de amparo constitucional a inadmitirse a trámite por ser extemporáneo.

Expuesto lo anterior se entiende que esta es al mismo tiempo una oportunidad para el Tribunal Constitucional de aclarar su doctrina en relación con la STEDH de 26 de noviembre de 2019.

II.5 CONCLUSIONES

Primera.- El requirente ha sufrido, sin lugar a dudas, la vulneración de dos de sus derechos fundamentales. La primera vulneración tiene ocasión en el propio Centro Sanitario cuando no es informado sobre el procedimiento médico que iban a realizarle y, en la misma tónica, no requieren su consentimiento para la práctica del mismo.

La Orden de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León desestima la reclamación por daños y perjuicios que el requirente interpone, y en la que hace constar la naturaleza y origen de la lesión de su derecho.

Segunda.- Tras dicha desestimación interpone un recurso contencioso-administrativo que es igualmente desestimado, con la diferencia de que esta vez la desestimación trae consigo la vulneración del segundo derecho fundamental en cuestión. La Sección 3ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ, Sala de Valladolid, desestima el recurso y entra irremediabilmente en contradicción con otra sentencia dictada por la misma sala en fecha de 10 de septiembre de 2018.

Tercera.- Siguiendo expresas indicaciones de la sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, el requirente interpone recurso de casación para el Tribunal Supremo, invocando, además de los motivos casacionales, la reciente vulneración de su derecho a la igualdad en el dictado de resoluciones judiciales.

Cuarta.- Tras las dos vulneraciones, y de forma inmediata, vemos que se cumple el requisito de la invocación tempestiva del derecho lesionado. Asimismo se justifica ampliamente dónde reside la lesión, cual es su naturaleza y se justifica cuidadosamente la concurrencia de la especial trascendencia constitucional.

Llegados a este punto nos cuestionamos si podemos plantear ya el recurso de amparo constitucional, o si es preceptiva la previa interposición del incidente de nulidad de actuaciones a efectos de agotar la vía ordinaria.

Quinta.- Este incidente funciona como un filtro previo a la interposición de la demanda de amparo, exigible solo en aquellos casos en que la vulneración del derecho fundamental se produzca en la última sentencia recaída en el procedimiento, cuyo fin teleológico se concreta en reparar lesiones de cualesquiera derecho fundamental producida por órganos judiciales y que no puedan ser enmendadas a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley. Nuestro recurso de amparo constitucional acusa una naturaleza mixta, administrativa y judicial, y tras la desestimación del recurso contencioso-administrativo sí se da oportunidad de reparar la lesión a los tribunales de la vía ordinaria con la interposición de un recurso de casación.

Sexta.- El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este extremo y ha concluido que en los casos en que nos encontremos con un amparo de naturaleza mixta en que se haya dado la opción a un tribunal de la vía ordinaria de reparar la lesión provocada en sede judicial, puede liberársele del trámite de plantear la cuestión de nulidad, a fin de no colocar al requirente en una posición de denunciar la lesión del derecho, argumentando lo ya debatido previamente. En estos supuestos queda convalidada la ausencia del incidente de nulidad de actuaciones.

Séptima.- Asimismo, el plazo para interponer nuestro recurso de amparo constitucional es de treinta días a contar desde el día siguiente a la notificación de la última resolución judicial recaída en el procedimiento, con la ampliación de hasta las 15 horas del día siguiente hábil a aquel en que finaliza el plazo. Sin perjuicio de la nueva regulación de 2018 en materia del lugar de interposición, se podrá interponer tanto electrónicamente a través de la sede electrónica de la página web del Tribunal Constitucional, como en papel en la Sede del Tribunal Constitucional, o en la Oficina o Servicio de Registro Central de los Tribunales Civiles de cualquier localidad si se hace dentro de ese plazo de prórroga de hasta las 15 horas.

Dicho lo cual, en el supuesto objeto de dictamen el plazo para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional abarcará desde el 3 de diciembre de 2019 hasta 22 de enero de 2020, con prórroga hasta las 15 horas del día siguiente hábil, a saber, el 23 de enero de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

A) FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:

- ARAGÓN REYES, Manuel (coord.): *Memento Recurso de Amparo 2020-2021*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2019.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José (dir.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. La Ley, Madrid, 2010 (última edición disponible).
- PÉREZ TREMPES, Pablo: *El recurso de amparo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (2ª ed.).
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2001.

B) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELEVANTES

- ATC 191/2000, de 24 de julio;
- STC 220/2005, de 12 de Septiembre;
- STC 54/2006 del 27 de febrero;
- ATC 172, 175/2006 de 1 de junio;
- STC 211/2007, de 8 de octubre;
- ATC 188/2008, de 28 de julio;
- STC 105/2009 de 4 de mayo;
- STC 155/2009, de 25 de junio;
- ATC 211/2009, de 8 de julio;
- STC 204/2009, de 23 de noviembre;
- STC 43/2010, de 26 de julio;

- STC 54/2011 de 26 de febrero;
- ATC 29/2011, de 17 de marzo;
- STC 37/2011, de 28 de abril;
- ATC 165/2011, de 13 de diciembre;
- STC 11/2012, de 30 de enero;
- STC 202/2012, de 12 de noviembre;
- STC 169/2013, de 7 de octubre;
- STC del Pleno 133/2014, de 22 de septiembre,
- STC 112/2019, de 3 de octubre;
- STEDH *Berasategui Escudero y Arruabarena v. España*, de 26 de noviembre de 2019

**A LA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
QUE POR TURNO CORRESPONDA**

DOÑA M^a REYES PÉREZ BURGOS, Procuradora de los Tribunales y de **DON MIGUEL ROMÁN DEL POZO MANZANO.**, según acredita mediante escritura de poder que se acompaña al presente escrito como **documento nº 1** del mismo, y bajo la dirección letrada de **DOÑA CRISTINA DE VEGA PÉREZ**, ante el Tribunal Constitucional comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que por medio del presente escrito y en nombre de mi representado interpongo **RECURSO DE AMPARO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos, el primero en el artículo 15 de la CE, derecho a la integridad física y moral, vulnerado mediante la resolución administrativa de Consejería de Sanidad de Castilla y León, y el segundo en el artículo 14 de la CE, y derecho a la igualdad en la aplicación de las resoluciones judiciales, contra la sentencia del TSJCYL, de fecha con fecha de 19 de diciembre de 2018, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo, amparando esta demanda en los siguientes

HECHOS

Primero.- El recurrente acudió a los Servicios de Salud de la Junta de Castilla y León. Allí, en calidad de paciente recibió un tratamiento del que no obtuvo ninguna información previa y que tampoco consintió. Los profesionales de los Servicios de Salud procedieron a su práctica sin preguntarle si estaba de acuerdo con lo que el procedimiento entrañaba, y ello provocó una serie de daños y perjuicios que el recurrente tuvo que soportar.

Por todo ello mi mandante interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos consecuencia de la mala praxis con que se practicó el procedimiento (se acompaña copia de dicha reclamación como **documento nº 2** del presente escrito de demanda).

Segundo.- Mediante Orden de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, de 7 de marzo de 2017, se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial entablada en relación con los daños y perjuicios sufridos, por parte del recurrente, con ocasión de la defectuosa asistencia sanitaria de los Servicios de Salud de la Junta de Castilla y León (se acompaña como **documento nº 3** copia de la mencionada Orden de la Consejería de Sanidad).

Tercero.- El recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Justicia de Castilla y León en reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración. Se denunció un supuesto de falta de consentimiento informado del paciente.

Se citó expresamente, sobre el particular, la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de consentimiento informado del paciente en relación con el derecho a la integridad física, contenida en la STC 37/2011, de 28 de abril.

En la sentencia aludida el Tribunal Constitucional hace referencia a la necesidad de informar debidamente al paciente y posteriormente requerir su consentimiento en pos de no vulnerar el derecho fundamental de la integridad física (se acompaña como **documento nº 4** copia del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente).

Cuarto.- Mediante sentencia dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Valladolid), con fecha de 19 de diciembre de 2018, el recurso fue desestimado (se acompaña igualmente copia de la referida sentencia como **documento nº 5**).

Quinto.- Frente a la indicada sentencia, siguiendo las instrucciones en pie de recurso contenidas en el fallo, se anunció, con fecha de 17 de enero de 2019, la interposición de recurso de casación para la Sala Tercera del Tribunal Supremo ante la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Valladolid) (se acompaña como **documento nº 6** copia del anuncio de la interposición del Recurso de Casación).

Además de los motivos casacionales aducidos, se puso de manifiesto expresamente que la misma Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal de Justicia de Castilla y León (Sala de Valladolid) había dictado sentencia estimatoria en asunto idéntico, en relación con el derecho a la integridad física del artículo 15 de la CE, en su vertiente del consentimiento informado del paciente, de 10 de septiembre de 2018.

El fallo contenido en estas dos sentencias entran en contradicción y, dado que se trata de un supuesto de idénticas características y la sala que las dictó es la misma, se produce la vulneración de otro derecho fundamental, en este caso, el derecho a la igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución española, en su vertiente del derecho a la igualdad en el dictado de las resoluciones judiciales.

Séptimo.- Una vez elevado el recurso a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, éste fue inadmitido a trámite mediante diligencia de la Sección Primera de dicha sala, de fecha de 27 de noviembre de 2019 (se aporta como **documento nº 7** copia de la inadmisión a trámite del recurso de casación).

Octavo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LOTC y los criterios interpretativos del Alto Tribunal al que me dirijo, recogidos, entre otras, en la STC 155/2009, se está ante un caso que reviste especial trascendencia constitucional, por cuanto consideramos que el órgano judicial, frente a cuya decisión se demanda el amparo correspondiente, el TSJ, se aparta claramente de la doctrina del Tribunal Constitucional, a lo que viene obligado conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante la LOPJ, y a juicio de esta parte la razón de la desestimación del recurso descansa en que la doctrina del Tribunal Constitucional en materia del consentimiento informado es escasa y lejana en el tiempo, lo que provoca que los tribunales de la vía ordinaria no la conozcan suficientemente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO JURÍDICO PROCESALES

I.- JURISDICCIÓN

El conocimiento del recurso de amparo corresponde al Tribunal Constitucional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución y 41 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

II.-COMPETENCIA

Las Salas del Tribunal Constitucional, y en su caso, las Secciones, conocen de los recursos de amparo, según lo dispuesto en los artículos 10 y 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

III.- POSTULACIÓN PROCESAL

Esta parte comparece representada por Procurador y asistida por Letrado, con arreglo a lo establecido en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Se

adjunta, como **documento nº 1** del escrito de demanda, poder debidamente bastantado para representar al recurrente.

IV.- LEGITIMACIÓN

Por lo dispuesto en el artículo 162.2 apartado b) de la Constitución Española, puede interponer recurso de amparo, entre otros, toda persona natural que invoque la vulneración de un derecho o libertad entendidos como fundamentales y comprendidos en los artículos del 14 al 29 del mencionado texto, así como en el artículo 30.2, b), así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

El recurrente coincide en ser la persona que ha sufrido directamente el perjuicio y quien se ha personado en el procedimiento judicial iniciado con la reclamación por daños y perjuicios, y por tanto es él quien ostenta la legitimación activa.

V.- AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL PREVIA

La vía previa al amparo constitucional se entiende agotada al haberse utilizado todos los medios procesales de impugnación, conforme disponen los artículos 43.1, *in fine*, y 44.1, letra a), de la LOTC, y haberse alegado correctamente, dentro del procedimiento ordinario, en trámite de formalización el recurso de casación, la vulneración constitucional por la que pretendemos obtener el presente amparo, a saber la vulneración del derecho a la igualdad en las resoluciones judiciales, que se nos ha visto vulnerado por medio de la resolución desestimatoria del Tribunal Superior de Justicia.

Ante la disyuntiva de si es preceptivo o no plantear el Incidente de Nulidad de Actuaciones, reciente jurisprudencia alude a que si se ha hecho uso de otro mecanismo que permita a los tribunales de la vía ordinaria revisar y en su caso

reparar la lesión del derecho vulnerado en sede judicial, no será necesario plantear el incidente a efectos del correcto agotamiento de la vía.

Ejemplo de la jurisprudencia a que nos referimos es la STC 112/2019, de 3 de octubre, FJ3, en asunto idéntico al que nos ocupa por concurrir una vulneración de derecho fundamental producida en sede judicial y la posterior vía de impugnación a través del recurso de casación, el Tribunal Constitucional ha venido refiriendo lo siguiente:

d) El requisito de agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo, según ha sostenido la jurisprudencia constitucional, “ha de ser interpretado de manera flexible y finalista” (entre otras muchas, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2, y 164/2003, de 29 de septiembre, FJ 2; STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 2, y 18/2009, de 26 de enero) y “no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso” (...)

(...) El art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) atribuye a este incidente carácter excepcional y dispone que solo procede cuando la vulneración de derechos fundamentales que se imputa a la resolución judicial “no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”. De esta regulación no se infiere que este incidente deba interponerse también en los casos en los que el recurso ordinario o extraordinario que se haya interpuesto contra la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales se inadmita por razones procesales que no sean imputables a la falta de diligencia de la parte. Por ello, de acuerdo con la doctrina expuesta, la interposición de este incidente en estos supuestos no puede considerarse necesaria para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo. (...)

En el supuesto que ahora se examina el carácter subsidiario del recurso de amparo ha sido respetado, pues frente a la resolución judicial que se estima lesiva de derechos fundamentales se interpuso el recurso que, de acuerdo con la legislación procesal, es, en principio, procedente para obtener esa tutela —el recurso de casación— y este

recurso se ha interpuesto cumpliendo los requisitos de tiempo y forma que establece la referida normativa.”

La STEDH *Berasategui Escudero y Arruabarena v. España*, de 26 de noviembre de 2019 sigue el mismo criterio al desestimar la objeción por falta de agotamiento de la vía previa, invocada por el Gobierno. En el caso *Berasategui Escudero y Arruabarena v. España* el Gobierno entendió que la vía previa a la interposición del recurso de amparo constitucional no había sido agotada dado que no se planteó el incidente de nulidad de actuaciones.

No obstante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desestimó dicha objeción por entender que en el caso concreto se había dado oportunidad a los tribunales que integran la vía ordinaria de reparar el derecho que se estimaba lesionado.

En los casos en que mediante otro mecanismo se ha brindado dicha oportunidad de retractación, entiende el TEDH que puede considerarse agotada la vía sin necesidad de plantear el incidente de nulidad de actuaciones. Así lo hizo saber en los parágrafos 23 a 29 de la antecitada sentencia, y en concreto del 24 al 25, al aclarar lo siguiente:

24. Este Tribunal observa que en el asunto *Arrozpide y otros c. España*, antes citado, los dos primeros demandantes interpusieron un incidente de nulidad ante el Tribunal Supremo solicitando su tramitación con carácter de urgencia, con el fin de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo legal. (...) el Tribunal Supremo les notificó una decisión por la que declaraba la inadmisibilidad de estos incidentes por falta de relevancia. En efecto, el Tribunal Supremo había considerado que la mayoría de las reclamaciones formuladas por estos dos demandantes ya habían sido examinadas en las sentencias de casación impugnadas y que, por lo tanto, con arreglo al artículo 241.1 de la LOPJ, los incidentes de nulidad debían declararse inadmisibles.

25. (...) Cabe señalar que en el presente caso las notificaciones de las sentencias de casación de 1 de marzo y 13 de enero de 2016 (párrafo 11 supra) especificaban que dichas sentencias eran firmes, pero que podían ser recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional en el plazo de 30 días. Este Tribunal señala que los motivos que los demandantes invocaron en el recurso de amparo ya habían sido objeto de un

examen exhaustivo en el marco del recurso de casación; sin embargo, si los demandantes hubieran esperado a la notificación de las resoluciones relativas a los posibles incidentes de nulidad para preparar e interponer sus recursos de amparo en debida forma, nada habría impedido que posteriormente el Tribunal Constitucional declarara la inadmisibilidad de dichos recursos en cuanto a la extemporaneidad, por la irrelevancia de los incidentes de nulidad.”

Según lo dispuesto en las STC 112/2019, de 3 de octubre, y la STEDH *Berasategui Escudero y Arruabarena v. España*, de 26 de noviembre de 2019, entendemos que no es preceptivo el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones y por tanto que la vía ordinaria de reclamación está agotada, quedando así expedito el camino para la formalización del presente Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional.

VI.- PLAZO Y LUGAR DE PRESENTACIÓN

Si bien en un principio este proceso nació consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental por una decisión administrativa, en sede judicial y concretamente con ocasión de la desestimación del recurso contencioso-administrativo que interpuso el recurrente se vulneró otro derecho fundamental, en este caso el derecho a la igualdad en el dictado de resoluciones judiciales.

Esta segunda vulneración de un derecho fundamental ya no tiene carácter administrativo sino judicial, dado que se ha producido mediante el dictado de la sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, y por tanto el recurso de amparo constitucional que procede en este supuesto reviste ambos caracteres. No incluyéndose en la regulación que del recurso de amparo hace la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ésta es una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

La acumulación de dos pretensiones impugnatorias en todo caso será una administrativa y otra judicial, no siendo posible un recurso de amparo mixto como combinación de las vulneraciones a que se refiere el artículo 42 de la LOPJ con otra. Ello encuentra sentido en que la vulneración del artículo 42 de la LOPJ, provocada por un acto parlamentario sin valor de ley, se ejercita a través de un proceso constitucional en el que no concurre un denominador que es común a las vías impugnatorias de estos dos últimos preceptos.

En los recursos de amparo mixto se diferencia claramente el carácter de cada pretensión, nunca mezclándose las dos reivindicaciones de derechos. Como nos dice la doctrina, la existencia de un proceso judicial dista mucho de suponer que ambos cauces sean homologables, dado el distinto carácter con el que se presenta en cada caso esa vía previa.

Sin embargo a los solos efectos del plazo y la forma de presentación, y entendiendo que aunque existan dos vulneraciones y dos pretensiones distintas, estamos ante el planteamiento de una sola demanda, no teniendo sentido tramitar cada queja por separado, el plazo habrá de ser uno para las dos.

El TC se ha pronunciado al respecto de los amparos mixtos y en concreto a su plazo en el ATC 211/2009 de 8 de junio de 2009, que en su fundamento jurídico 2º, refiere lo siguiente:

“Así pues, el legislador ha venido a establecer plazos distintos para la interposición de los recursos de amparo de los arts. 43 y 44 LOTC, de suerte que el plazo de treinta días será aplicable a los amparos del art. 44 LOTC, así como a los llamados amparos mixtos, que reúnen dos pretensiones diferenciadas y autónomas, una dirigida contra el acto administrativo y otra contra la resolución judicial, y respecto de los cuales una interpretación sistemática conduce a determinar que en estos casos el plazo de interposición sea de treinta días...”

Por lo expuesto, este Recurso de Amparo se presenta dentro del plazo establecido en el artículo 44 de la LOTC, esto es, en el plazo de treinta días hábiles desde la fecha de notificación de la Resolución recaída en el procedimiento judicial.

Sin perjuicio del mencionado plazo de 30 días a contar desde la notificación de la resolución recaída en el proceso previo en vía ordinaria, en virtud de lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, existe la posibilidad de presentar el recurso hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad (artículo 85.2 LOTC).

Por lo que se refiere al lugar para su interposición, el demandante habrá de comparecer representado por un Procurador del Colegio de Madrid y asistido a su vez por un Letrado de cualquier Colegio de España y corresponde presentarlo en el Registro General del Tribunal Constitucional dentro del plazo legalmente previsto para cada modalidad de amparo.

La normativa que regula el lugar de interposición del recurso de amparo se encuentra en el artículo 85.2 párrafo 1º de la LOTC. Este artículo en su apartado 2º, párrafo 1º, dice lo siguiente:

2. Los escritos de iniciación del proceso se presentarán en la sede del Tribunal Constitucional dentro del plazo legalmente establecido. Los recursos de amparo podrán también presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

VII.- INVOCACIÓN FORMAL EN EL PROCESO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS

En el proceso previo ante la jurisdicción ordinaria, tal y como hemos podido previamente alegar en el fundamento jurídico procesal V, invocamos la vulneración de los derechos fundamentales lesionados en la formalización del Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Valladolid), tras el cual se interpuso un Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo. Se han invocado en todas aquellas instancias la vulneración de los Derechos Fundamentales, y esta parte, empleando los mismos argumentos, expondrá de nuevo dicha vulneración en los fundamentos jurídico materiales del presente escrito de Recurso de Amparo.

VIII.- DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

Los Derechos Fundamentales para cuya protección y salvaguarda se solicita el amparo constitucional a través de la presente demanda, se concretan en el derecho a la integridad física y moral recogido en el artículo 15 de la CE, y el derecho a la igualdad en las resoluciones judiciales del artículo 14 de la CE, estando ambos derechos reconocidos como fundamentales por la Constitución, y protegidos por el recurso de amparo según lo establecido en el artículo 53.2 del mismo texto y el 41 de la LOTC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO JURÍDICO MATERIALES

1º.- ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LOTC y los criterios interpretativos del Alto Tribunal al que me dirijo, recogidos, entre otras en STC 155/2009, de 25 de junio, se está ante un supuesto de especial trascendencia por cuanto que, si el órgano judicial desconoce la doctrina del Tribunal Constitucional, a lo que viene obligado conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal como resulta razonado en los hechos de esta demanda, es porque la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia no es suficientemente conocida.

Por lo dispuesto en la STC 155/2009, FJ2, se deduce que un asunto reviste especial trascendencia constitucional:

“cuando, bien resulte un recurso que ponga de manifiesto que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que invocado está siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o bien concurren resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental objeto de debate. Ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, o aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.”

Entiende la que suscribe que, por tratarse ésta de una cuestión en que existe aún insuficiente jurisprudencia, no incurrimos en exageración si señalamos que, nos encontramos ante una materia muy novedosa. Sin perjuicio de que el Alto Tribunal ha sido claro en cuanto a su postura, no podemos negar que aquella es relativamente escasa, siendo muy pocos los casos en que, tanto el Alto Tribunal como los tribunales que comprenden la vía ordinaria, han tenido ocasión de pronunciarse.

Sabemos que existen resoluciones contradictorias dictadas por la misma sala sobre asuntos idénticos y que la regulación en materia del consentimiento informado del paciente no ha sufrido cambios, entre el dictado de una y otra, que pudieran motivar el cambio de parecer del tribunal. Entendemos que se trata de una doctrina que necesita ser recordada por el Alto Tribunal, dado que aunque ésta es clara parece no ser del todo conocida en la vía ordinaria.

Tal vez por esta razón los tribunales en vía ordinaria no parecen conocer siempre cuál es el criterio del Tribunal Constitucional en materia del consentimiento informado del paciente, ya que a pesar de que en ocasiones si han acatado la doctrina, en otras parecen desconocerlo, como es el caso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo contencioso Administrativo, de Valladolid en sus sentencias de 10 de septiembre de 2018 y 19 de diciembre de 2018.

Habría de considerarse la existencia de la especial trascendencia constitucional y por tanto admitirse a trámite el amparo en orden a que éste sea la doctrina que inspire la línea a seguir de los tribunales ordinarios y quede firme constancia del criterio del Tribunal Constitucional, sin que quepa lugar a dudas ni se vulnere nuevamente su doctrina como ha ocurrido en esta ocasión.

La doctrina del Tribunal Constitucional, que se citó al tiempo de interponer el recurso contencioso-administrativo, en materia de consentimiento informado del paciente en relación con el derecho a la integridad física y moral, es la contenida en la STC 37/2011, de 28 de abril.

La citada STC 37/2011 ha sido dictada hace un periodo de tiempo considerablemente extenso. Por lo que demandamos la necesidad de otorgar el amparo constitucional al recurrente a efectos de que el Alto Tribunal se reitere en su doctrina y la refresque a aquellos tribunales que configuran la vía judicial ordinaria, vista la evidente necesidad de ello.

El Alto Tribunal ha hecho mención en varias ocasiones a que cuando concurra esta necesidad de aclarar, modificar o simplemente recordar su doctrina, se apreciará el requisito de la especial trascendencia [recientemente: STC del Pleno 112/2019, de 3 de octubre FJ 2, con cita expresa de la STC 155/2009, FJ 2 b)].

De otra parte, y por cuanto se refiere al correcto agotamiento de la vía previa a interponer el amparo existe escasa jurisprudencia acerca de la preceptividad del planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones. Si bien se ha venido entendiendo en los últimos años que plantear éste es necesario de cara a agotar la vía ordinaria, reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional e incluso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto lo contrario.

Expresa el Alto Tribunal en su antecitada STC 112/2019, de 3 de octubre, FJ2, que solo será necesario interponerlo en aquellos casos en que no se haya brindado la oportunidad a los órganos que integran la vía ordinaria de revisar, y en su caso subsanar, la lesión del derecho infringido en sede judicial. Puesto que este mecanismo tiene únicamente un carácter revisorio, siempre que mediante otra vía se

haya permitido a los tribunales ordinarios reparar la lesión, no será preceptiva su interposición de cara a entender correctamente agotada la vía ordinaria.

El TEDH comparte el mismo criterio en su STEDH *Berasategui Escudero y Arruabarena v. España*, de 26 de noviembre de 2019 cuando desestima la objeción por falta de agotamiento de la vía previa, invocada por el Gobierno, al no haberse interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones. Según el TEDH, dado que se había interpuesto recurso de casación alegando la vulneración del derecho fundamental producida en sede judicial y éste había sido inadmitido a trámite, no tenía sentido plantear un incidente de nulidad alegando los mismos motivos, quedando libre la vía para interponer el recurso de amparo constitucional.

Es opinión de esta parte que el presente caso resulta una oportunidad dirigida al Tribunal Constitucional para aclarar su doctrina en materia del correcto agotamiento de la vía ordinaria. Es evidente, y lo demuestra el caso *Berasategui Escudero y Arruabarena v. España* que, por tratarse esta de una materia de escasa jurisprudencia, los tribunales que integran la vía ordinaria parecen en ocasiones desconocer la doctrina. Además, siendo éste el criterio del TEDH y siendo tan reciente, el caso que nos ocupa se presenta como una ocasión para que el TC avale y coincida en su doctrina con la del TEDH.

2º.- VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. VULNERACION DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL EN SU VARIANTE DE LA OBLIGATORIEDAD DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN INTERVENCIONES SANITARIAS.

Dados estos hechos por reproducidos, lo que es incuestionable es que esta parte se ha preocupado de cumplir con todos los requisitos de forma necesarios para poder formalizar en su día Recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución que desestimaba la reclamación por daños y perjuicios ante la Consejería de Sanidad de Castilla y León.

En la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración ya se aducía el origen, características y motivación de la lesión del derecho vulnerado, y en el consiguiente recurso contencioso-administrativo se citó en concreto la sentencia STC 37/2011, de 28 de abril, en que el Tribunal Constitucional reconocía la obligatoriedad de informar debidamente al paciente y posteriormente requerir su consentimiento, entendido este como un requisito preceptivo *sine qua non* para la práctica de cualquier tratamiento sanitario. Todo ello en pos con el ánimo único de no vulnerar el derecho fundamental de la integridad física y moral que recoge la CE. Como señala la antecitada Sentencia de este Alto Tribunal nº 37/2011, de 28 de abril, (Fund. Jdco. 4º):

“...las actuaciones médicas llevan implícita una posibilidad de afección a la integridad personal protegida por el art. 15 CE, en la medida en que éste tutela la inviolabilidad de la persona contra toda intervención en su cuerpo, de manera que es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectividad del derecho dentro de ese ámbito, coherenciándolo con la función y finalidad propias de la actividad médica.

Y es que, como señalamos en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 8, la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación. En lo que aquí interesa, esa garantía de la efectividad del derecho en el ámbito médico implica que cualquier actuación que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, según la delimitación que antes efectuamos del mismo, se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada. (...)

Para determinar las garantías que, desde la perspectiva del art. 15 CE, se imponen a toda intervención médica que afecte a la integridad corporal del paciente, podemos acudir, por una parte, a los tratados y acuerdos en la materia ratificados por España, por el valor interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que les reconoce el art. 10.2 CE (por todas, STC 6/2004, de 16

de enero, FJ 2), y, por otra, a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales, de acuerdo con el mismo art. 10.2 CE, según tenemos declarado, entre otras muchas, en las SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5, para concluir con el examen de la regulación legal encargada de plasmar esas garantías.”

De igual modo otro extracto de la misma sentencia se refiere a la regulación que del consentimiento informado del paciente hacen distintos Tratados Internacionales:

“[...] la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, (...) El art. 3 de la Carta reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, obligando a respetar, en el marco de la medicina y la biología «el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley» [apartado 2 a)]. En esta misma línea, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (...) hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España por Instrumento de 23 de julio de 1999 («BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1999) (...) se refiere en su Capítulo II al «consentimiento» estableciendo en el art. 5 la regla general, según la cual, sólo podrá realizarse una intervención en el ámbito de la sanidad «después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento», a cuyo efecto, «deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias».

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no existe una norma específica referida a la protección de la integridad física y moral, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la ha englobado en la noción de «vida privada» cuyo respeto se consagra en el art. 8.1 CEDH...”

Siguiendo la misma lógica el Fund. Jdco. 5º cita:

“...el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad (...) Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9).

Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos.

De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del

derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.”

Este Alto Tribunal no ha podido ser más claro en cuanto a su postura se refiere, y no queda atisbo de duda de que a mi mandante no se le informó, ni mucho ni poco, del procedimiento que iban a practicarle, no pudiendo de ninguna manera dar su consentimiento para llevarlo a término.

3º.- VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN SU VARIANTE DE LA IGUALDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, para entender que existe una efectiva vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, es decir, que un tribunal ha lesionado el derecho comprendido en el artículo 14 de la Constitución mediante el dictado de una resolución judicial, debemos atender a la concurrencia de una serie de requisitos, sin los cuales dicha infracción no podría ser apreciada. Así lo hace saber el Tribunal Constitucional en varias sentencias entre las que encontramos la STC 105/2009 de 4 de mayo o, más próxima en el tiempo, la STC 133/2014, de 22 de septiembre.

Así, en la STC 113/2014, de 22 de septiembre, FJ 3º, se indica:

“Por lo que se refiere al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, que es la concreta perspectiva del art. 14 CE EDL 1978/3879 alegada por los recurrentes, este Tribunal ha reiterado que el reconocimiento de la lesión del citado derecho fundamental exige,

En primer lugar, la acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada EDJ 2008/20027 y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria

En segundo lugar, también se precisa la identidad de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley.

Igualmente, es necesaria la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de "la referencia a otro" exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

Por último, además, se exige que el tratamiento desigual se concrete en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia;

concluyendo que lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (por todas, STC 105/2009, de 4 de mayo, FJ 4 EDJ 2009/82104).”

Respecto de la acreditación del *tertium comparationis*, o un tercero con el que hacer la comparación de ambas sentencias, el juicio de igualdad sólo puede realizarse entre la sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial, que en una misma materia resuelve de forma distinta. La sentencia impugnada de 19 de diciembre de 2018 y la anterior con que ésta se compara, de 10 de septiembre de 2018, comparten la misma materia. Se trata de dos supuestos idénticos de vulneración del derecho a la integridad física y moral, en la modalidad del consentimiento informado del paciente, y sin embargo nos encontramos con dos fallos íntegramente contradictorios.

Se requiere asimismo la identidad en el órgano judicial, o dicho de otro modo, que las sentencias objeto de comparación fueran dictadas por el mismo órgano, entendiendo cada órgano jurisdiccional como una entidad diferenciada de las demás.

En este caso vemos que sí concurre la identidad de órganos que dictan las sentencias consideradas contradictorias, ya que el órgano que dictó ambas sentencias, STSJ de 10 de septiembre de 2018 y STSJ de 19 de diciembre de 2018, es exactamente el mismo, a saber, la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid.

Otro requisito que ha de cumplirse es “la referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo. Esto se conoce como la alteridad en los supuestos contrastados e implica que se ha de alegar la existencia de jurisprudencia al respecto que apoye el fallo que queremos del tribunal. En nuestro caso, ya en el recurso contencioso-administrativo que interpuso el recurrente, aludió el recurrente a la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de consentimiento informado del paciente en relación con el derecho a la integridad física, contenida en la STC 37/2011, de 28 de abril.

Por último, el Tribunal Constitucional se refiere a la posibilidad de que un cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional o en las normas que regulan esta materia justificase un fallo distinto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sala de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia.

Para entender que con el dictado de la sentencia se ha provocado la vulneración del derecho, el tratamiento desigual debe concretarse en una quiebra injustificada, inmotivada, y de carácter puntual y exclusivo, del criterio que un órgano jurisdiccional venga aplicando de forma pacífica, constante y reiterada. Este requisito se proyecta como un control de no arbitrariedad. La decisión debe surgir para esta ocasión solamente, y no como un giro legítimo de jurisprudencia, que justifique adecuadamente los motivos de tan radical cambio.

“se exige que el tratamiento desigual se concrete en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano

jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia”

Por lo anteriormente expuesto, podemos afirmar sin lugar a equivocarnos que, desde el 10 de septiembre de 2018 en que se dictó la Sentencia estimatoria, hasta el 19 de diciembre del mismo año, en que se dicta la sentencia objeto de recurso, no se produce cambio o modificación legislativa alguna, ni tampoco en la doctrina constitucional, concurriendo de esta forma la *ratio decidendi* a que se refiere el Alto Tribunal.

AMPARO QUE SE SOLICITA

Para reparar la vulneración que se ha producido, estimamos imprescindible que el Tribunal Constitucional, conforme lo contenido en el artículo 55.1 de la LOTC, declare:

1º.- Que los Servicios de Sanidad de Castilla y León han incurrido efectivamente en una vulneración del derecho a la integridad física y moral, artículo 15 de la CE, al no haber informado al recurrente y no haber requerido su consentimiento para la práctica sanitaria, provocando en éste una serie de daños y perjuicios.

2º.- Que mediante el dictado de la sentencia de 19 de diciembre de 2019, la Sala de lo Contencioso–Administrativo del TSJ de Castilla y León, Sala de Valladolid, ha vulnerado a mi mandante su derecho a la igualdad en el dictado de resoluciones judiciales, enunciado en el artículo 14 de la CE, y que a expensas de salvaguardar este derecho retrotraiga las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia que se considera vulnera el derecho a la igualdad de mi cliente.

Por lo anteriormente expuesto, **SUPLICO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**, que teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que se acompañan se sirva admitirlo, y a su virtud, tenga por formulada demanda de Amparo Constitucional contra la Consejería de Sanidad de Castilla y León por vulneración del artículo 15 de la CE, y asimismo contra la Sentencia de la Sección 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso–Administrativo (Sala de Valladolid), que desestima el recurso contencioso–administrativo interpuesto por mi mandante y vulnera así su derecho a la igualdad en el dictado de resoluciones judiciales, enunciado en el artículo 14 de la CE, y tras las actuaciones legalmente establecidas dicte Sentencia en la que otorgue el amparo solicitado con los siguientes pronunciamientos:

- A) Que de conformidad con lo que se dispone en los artículos 53, 161, y 162 de la CE y en consonancia con la doctrina de este Alto Tribunal declare vulnerado el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la CE y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley del artículo 14 de la CE.

- B) La anulación de la Sentencia de la Sección 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sala de Valladolid de 19 de diciembre de 2018, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte.

- C) Que a fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al dictado de dicha sentencia para que se dicte una nueva que no incurra en vulneración de derechos fundamentales.

Todo lo anterior es de Justicia que respetuosamente pido en Madrid a tres de enero de dos mil diecinueve.

Cristina de Vega Pérez
Ltda. Col. N° 13658

María Reyes Pérez Burgos
Procuradora