

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**16023** *Sala Segunda. Sentencia 135/2011, de 12 de septiembre de 2011. Recurso de amparo 8467-2009. Promovido por don Mir Kashem frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que, en apelación, le condenó por un delito contra la propiedad intelectual. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública (STC 167/2002); elemento subjetivo del injusto apreciado valorando el testimonio de los acusados y las declaraciones de testigos.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Eugeni Gay Montalvo, Vicepresidente, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Francisco José Hernando Santiago, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 8467-2009, promovido por don Mir Kashem, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Eugenia Carmona Alonso y asistido por la Abogada doña Marcial Polo Rodríguez, contra la Sentencia núm. 356/2009, de 8 de junio de 2009, dictada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, recaída en el recurso de apelación núm. 114-2009, que revoca la Sentencia absolutoria de 20 de febrero de 2009 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid en el procedimiento abreviado núm. 566-2008, condenando al recurrente como autor de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270.1 del Código penal a la pena de prisión de seis meses, multa de doce meses con una cuota diaria de dos euros y a la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una indemnización, y contra la providencia de 27 de julio de 2009 dictada por la mencionada Sala, que acuerda la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la Sentencia condenatoria. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha de 7 de octubre de 2009 la Procuradora de los Tribunales doña María Eugenia Carmona Alonso, en representación de don Mir Kashem, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones reseñadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo, relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) La Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid de 20 de febrero de 2009 absolvió al demandante de amparo del delito contra la propiedad intelectual de que venía siendo acusado. Los hechos probados de dicha resolución relatan lo siguiente:

«No ha quedado acreditado que Mir Kashem ... el día 18 de enero de 2006 fuera sorprendido por agentes de la Policía Local de Madrid en la c/ Toledo distribuyendo los 110 CDs que se relacionan a los folios 98 a 100 y sin que haya quedado acreditado que fuere copias originales; y no habiendo quedado acreditado

que no haya mediado autorización de los titulares de la correspondiente propiedad intelectual» (sic.)

El pronunciamiento absolutorio se fundó en los siguientes términos: «El agente de la Policía Municipal con n.º 6541.9 y número 6011.2 son conformes en que el encartado estaba ofreciendo en venta CDs con una manta. Pero ahora bien, tal afirmación no es concluyente para entender que el encartado llevaba a cabo la acción típica de distribución; en efecto, no se especifica acto material alguno que vehicule una auténtica oferta como por ejemplo vociferar un precio de venta o la existencia de un cartel que lo recoja ... en el caso de autos falta prueba pericial que aunque solo sea por muestreo acredite que los CDs intervenidos eran copias de original pues lo que obra en las actuaciones ... en (sic) un informe de tasación de perjuicio económico. Por último, tampoco queda acreditado que concurra el elemento (sic) típico de la falta de autorización de los correspondientes titulares de los derechos de propiedad intelectual.»

b) Recurrída en apelación por el Ministerio Fiscal, la Sentencia del Juzgado de lo Penal fue revocada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que condenó al demandante de amparo como autor de un delito contra la propiedad intelectual a la pena de prisión de seis meses, multa de doce meses con una cuota diaria de dos euros y a la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una indemnización. La Audiencia Provincial, sin celebración de vista, modificó el relato de hechos probados, fijando los siguientes:

«Sobre las 18:45 hora del día 18 de enero de 2006, agentes de la Policía local de Madrid, cuando patrullaban por la calle de Toledo, sorprendieron al acusado, Mir Kashem ... quien se encontraba ofreciendo a los viandantes CDs que tenía depositados en el suelo sobre una sábana extendida, ocupándosele un total de 107, los cuales tienen formato regrabable y se encontraban en envoltorios de plástico, y con carátulas fotocopiadas, careciendo del permiso de los titulares de los derechos de propiedad intelectual para ello.»

En relación con los límites de revisión de una sentencia absolutoria, la Audiencia Provincial, después de recordar la doctrina constitucional iniciada por la STC 167/2002, concluyó que «en el presente caso no estamos en presencia de un fallo absolutorio basado en la valoración del resultado de la prueba de carácter personal practicada, por cuanto la sentencia impugnada ... se fundamenta en que los hechos presenciados por los agentes de Policía y consistentes en tener extendida una sábana en la vía pública sobre la que se hallaban expuestos o depositados CDs no constituye acto de distribución a los efectos del artículo 270 del Código Penal ya que aquella exige un acto material que vehicule una auténtica oferta como vociferar un precio de venta o la existencia de un cartel que lo recoja. Entiende de otro lado que la mercancía incautada no queda acreditado sea falsificada ... como tampoco que el acusado no poseyera autorización de los titulares de los derechos intelectuales objeto de protección.»

Frente a tal valoración probatoria efectuada por el órgano *a quo*, la Audiencia concluye, de una parte, que «el acto de ofrecer en venta a los transeúntes los CDs que previamente se han dispuesto en el suelo en una manta constituye un acto de puesta a disposición del público» y por tanto un acto de distribución, partiendo para ello de que la Ley de propiedad intelectual entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o las copias de las obras. De otra parte, manifiesta que consta acreditado, a partir del informe pericial obrante en las actuaciones y no impugnado por la defensa, que los CDs no eran originales, pues carecían de envoltorio, estaban en fundas de plástico y las carátulas eran fotocopias a color. Y en tercer lugar, concluye asimismo que resulta obvio que los autores y productores no han autorizado la distribución de sus obras por medio de la venta ambulante de CDs regrabables.

c) Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial interpuso el demandante incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, alegando la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho

a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haberse revisado la valoración de pruebas personales practicada en primera instancia sin haber celebrado vista oral y, por tanto, sin la garantía de inmediación. El incidente fue inadmitido por providencia de 27 de julio de 2009.

3. La demanda de amparo se fundamenta en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Respecto del primer motivo de amparo, invoca la doctrina iniciada con la STC 167/2002, de 18 de septiembre, para denunciar que por la Audiencia Provincial se ha revocado un pronunciamiento absolutorio sin haber procedido a oír directamente al acusado y sin someter a debate contradictorio su inocencia o culpabilidad. Cita al respecto distintas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –entre ellas, la Sentencia de 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España*– concluyendo que la jurisprudencia de dicho Tribunal no permite el margen de diferenciar entre valoración de pruebas de carácter personal y pruebas de carácter no personal, ni permite justificar la condena en segunda instancia basada en un «proceso deductivo» diferente del de la primera instancia en la medida en que éste se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación. Por ello, concluye que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, y el derecho de defensa. Ello, a su vez, conlleva la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por cuanto esa nueva valoración probatoria ha sido decisiva para la condena.

4. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 15 de abril de 2010, el demandante solicitó la suspensión de la ejecución de la pena impuesta.

5. La Sala Segunda de este Tribunal, por providencia de 22 de julio de 2010, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atentas comunicaciones a los órganos judiciales competentes para la remisión de certificación o fotocopia adverada de las actuaciones y emplazamiento a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que, si lo desearan, pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo.

Igualmente se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión, en la que, tras los trámites oportunos, se dictó por la Sala Segunda de este Tribunal Auto de 4 de octubre de 2010, acordando otorgar la suspensión solicitada.

6. Por diligencia de ordenación de 27 de septiembre de 2010 se acordó dar vista de las actuaciones recibidas al Ministerio Fiscal y al recurrente por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52.1 LOTC.

7. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 3 de noviembre de 2010, interesó el otorgamiento del amparo, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Invocando la STC 1/2010, de 11 de enero, considera muy discutible la premisa de que parte el órgano de apelación, referida a que la revocación de la absolución se ha fundado en una divergente calificación jurídica, por cuanto en realidad para la modificación de los hechos probados se han tomado en cuenta las declaraciones de los agentes de policía que detuvieron al recurrente. Así, el Juzgado de Primera Instancia no sostuvo en su resolución que el ofrecimiento de venta de CDs no fuera un acto de distribución típica, sino que no estaba acreditado que el acusado estuviera ofreciendo en venta CDs.

Por otra parte, enfatiza el Ministerio público que aun cuando resultara factible la tesis de la Audiencia Provincial, también sería apreciable la vulneración, por cuanto en la Sentencia condenatoria se modifica radicalmente el relato de hechos probados, y para ello se produce una valoración de pruebas personales, por cuanto eran las únicas practicadas en el juicio oral celebrado en primera instancia. Así, para tal modificación, la

Sala hubo de valorar las declaraciones de los policías, así como la del acusado que negaba los hechos.

El recurrente, mediante escrito registrado el 1 de octubre de 2010, se remitió íntegramente a lo expuesto en la demanda de amparo.

8. Por providencia de fecha 8 de septiembre de 2011, se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el día 12 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige formalmente contra la Sentencia núm. 356/2009, dictada el 8 de junio de 2009 por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid que, tras anular la Sentencia absolutoria de 20 de febrero de 2009 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid, condenó al recurrente por un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 del Código penal (CP). Se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE), al no haberse respetado las garantías de inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en segunda instancia que sustentan la condena, conforme a lo exigido por la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y las que posteriormente aplican esta doctrina, y en no haber sido oído directamente por el órgano de apelación. A ello anuda la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en la consideración de que la nueva valoración probatoria practicada sin intermediación ha sido decisiva para la condena.

2. Conforme a nuestra doctrina sobre el principio de subsidiariedad del amparo en los supuestos de pluralidad de quejas hemos de comenzar por aquella cuya estimación implicaría exclusivamente la retroacción de las actuaciones (por todas STC 108/2009, de 11 de mayo, FJ 3), para así –en su caso– posibilitar que sea la propia jurisdicción ordinaria quien examine y repare las otras vulneraciones. Y como insistentemente hemos señalado (por todas STC 118/2009, de 18 de mayo, FJ 2), tiene tal carácter prioritario la alegación de vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Respecto de esta primera infracción denunciada sobre el derecho a un proceso con todas las garantías, atribuible al Tribunal de apelación, conviene traer a colación la consolidada doctrina constitucional, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 108/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3; 214/2009, de 30 de noviembre, FJ 2; y STC 30/2010, de 17 de mayo, FJ 2).

Nuestro análisis ha de partir, pues, de la expresada doctrina constitucional sirviéndonos para su exposición de la STC 1/2010, de 11 de enero, FJ 2, en la que hemos recordado que «nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio, que se inicia en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y ha sido reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las más recientes SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2; y 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3), señala que “el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción”. En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Habiéndose enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos

en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 2, 164/2007, de 2 julio, FJ 2, y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 5). De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) determina también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 360/2006, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 4).»

En este sentido, la reciente STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, nos recuerda que «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso *Iliescu y Chiforec c. Rumanía*, § 39; 18 de octubre de 2006, caso *Hermi c. Italia*, § 64; 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España*, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, §§ 58 y 59).»

Respecto de esta misma cuestión, en las SSTC 120/2009, de 18 de mayo (FFJJ 3 y 6), y 2/2010, de 11 de enero, (FJ 3), a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, hemos dicho que «cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, § 32; 29 de octubre de 1991, caso *Helmers c. Suecia*, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso *Jan-Åke Andersson c. Suecia*, § 28; 29 de octubre de 1991, caso *Fejde c. Suecia*, § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 –caso *Constantinescu c. Rumanía*, §§ 54 y 55, 58 y 59– que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de julio de 2000 –caso *Tierce y otros c. San Marino*, §§ 94, 95 y 96–, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación. Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso *Popovici c. Moldavia* (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España* (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España* (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera

instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio.» Añadiendo en el fundamento jurídico 4: «En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 29 de octubre de 1991, caso *Jan-Ake Andersson c. Suecia*, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediatez en la apelación en los supuestos en que “no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos”, por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso *Fejde c. Suecia*; de 5 de diciembre de 2002, caso *Hoppe c. Alemania*; y de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España*, § 36).»

Y añadíamos que «[c]omo es notorio, la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal –incluso cuando el empleo de estenotipia permita consignar literalmente las palabras pronunciadas en el curso del acto– viene dada por la imposibilidad de reflejar los aspectos comunicativos no verbales de toda declaración. Ciertamente tal deficiencia no puede predicarse sin más de aquellos medios que con creciente calidad transmiten o reproducen las declaraciones, como acontece con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual, lo cual nos aboca a valorar si el concepto tradicional de inmediatez debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido. Con carácter general, aun cuando cabe señalar una vertiente de la inmediatez que se identifica con la presencia judicial durante la práctica de la prueba (art. 229.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en un sentido más estricto hemos establecido que “la garantía de la inmediatez consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración” (por todas, STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5). En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediatez adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE). Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladada a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho (STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5). En este sentido, el repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente reseñada pone de manifiesto que, de concurrir los presupuestos a que la misma se refiere, resulta preciso que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen “directo y personal” del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una “nueva audiencia” en presencia de los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, § 32; de 29 de octubre de 1991, caso *Helmerts c. Suecia*, §§ 36, 37 y 39; de 29 de octubre de 1991, caso *Jan-Åke Andersson c. Suecia*, § 28; de 29 de octubre de 1991, caso *Fejde c. Suecia*, § 32; de 9 de julio de 2002, caso *P.K. c. Finlandia*; de 9 de marzo de 2004, caso *Pitkänen c. Finlandia*, § 58; de 6 de julio de 2004, caso *Dondarini c. San Marino*, § 27; de 5 de octubre de 2006, caso *Viola c. Italia*, § 50; y de 18 de octubre de 2006, caso *Hermi c. Italia*, § 64). Se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen “directo y personal” –esto es, con

inmediación– de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen “personal y directo” implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.»

En definitiva, la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído.

3. Aplicando la citada doctrina al presente caso, procede estimar la petición de amparo por haber procedido el Tribunal de apelación a condenar por el delito imputado sin un previo examen directo y personal del acusado y habiendo tomado en consideración las declaraciones de los agentes de policía que detuvieron al recurrente.

En efecto, en su fundamento jurídico 1, la Sala de apelación considera innecesaria la celebración de nueva vista ya que en «el presente caso no estamos en presencia de un fallo de contenido absolutorio basado en la valoración del resultado de la prueba de carácter personal practicada, por cuanto la sentencia impugnada y por la que se absuelve a Mir Kashem se fundamenta en que los hechos presenciados por los agentes de policía y consistentes en tener extendida una sábana en la vía pública sobre la que se hallaban expuestos por depositados CDs no constituyen actos de distribución a efectos del artículo 270 del CP ya que aquélla exige un acto material que vehicule una auténtica oferta como vociferar un precio de venta o la existencia de un cartel que lo recoja. Entiende de otro lado que la mercancía incautada no queda acreditado sea falsificada (copias originales (sic) como tampoco que el acusado no poseyera autorización de los titulares de los derechos intelectuales objeto de protección...) En opinión de esta Sala es evidente que el acto de ofrecer en venta a los transeúntes los CDs que previamente se han dispuesto en el suelo en una manta, constituye un acto de “puesta a disposición del público”.»

Tal como se desprende de la lectura de las Sentencias recurridas, los puntos de controversia entre las decisiones de primera y segunda instancia se concretan en los siguientes aspectos. En primer lugar, si estaba acreditado que el acusado estuviera ofreciendo en venta CDs. En segundo lugar, si esta conducta puede incardinarse bajo la típica de distribución que prevé el art. 270 CP; en tercer lugar, si se ha practicado prueba que determine la inautenticidad de los CDs incautados; y en cuarto lugar, si mediaba autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Respecto de la primera cuestión, puede ya anticiparse que el Juzgado de lo Penal no se limitó a sostener en su sentencia que el ofrecimiento en venta de los CDs no fuera un acto de distribución a los efectos de la subsunción en el tipo penal, sino que, a su entender, no quedaba acreditado que el acusado estuviera ofreciendo en venta CDs, en contra de lo afirmado por los policías municipales.

El Juez *a quo* entendió, pese a que los agentes de policía declararon que el acusado estaba ofreciendo en venta CDs con una manta, que «no se especifica acto material alguno que vehicule una auténtica oferta», como por ejemplo anunciar la mercancía ya de viva voz ya por medio de un cartel. Frente a ello, la Audiencia Provincial consideró que la conducta del acusado –según su descripción por parte de los agentes que declararon en el juicio– sí puede ser subsumida bajo la conducta típica de distribución, llegando a esa conclusión en virtud de dos argumentos. De una parte, a partir de lo dispuesto en el art. 19 de la Ley de propiedad intelectual, según el cual por distribución ha de entenderse el acto de puesta a disposición del público del original o copia de las obras, y considerando que ofrecer en venta los CDs que previamente se han dispuesto en una manta en el suelo constituye un acto de «puesta a disposición». De otra parte, en atención a que la Junta de Magistrados de Secciones Penales de Madrid de 10 de junio de 2007 acordó que la mera

puesta a disposición del público integraba la acción típica de distribución castigada en el art. 270 CP. Para ello, la Audiencia Provincial parte de una premisa fáctica que el Juzgado de lo Penal no había tenido por probada: que el acusado estaba ofreciendo, esto es, ofertando, en venta el material audiovisual.

El eje argumentativo básico del que parte el Juzgado de lo Penal no es el debate relativo a la subsunción de la actividad desplegada por el acusado dentro el tipo previsto en el art. 270 del Código penal –que penaliza, entre otras conductas, la «distribución»–, sino que el órgano *a quo*, en un momento discursivo anterior a ese debate, considera como no probado que el demandante de amparo estuviese realizando una actividad que pudiera considerarse como un acto material de «auténtica oferta». El debate sobre la consideración de tal actividad –la oferta– como «distribución» a los efectos de su encaje en el tipo penal se introduce así por la Audiencia Provincial tras haber alterado sustancialmente los hechos probados por el Juzgado de lo Penal, al tener aquella por probado, en contra de lo declarado por el acusado, y en base a las declaraciones de los testigos, que este estaba, efectivamente, ofertando en venta los CDs. La Audiencia Provincial procede así a la valoración del testimonio del acusado y de las declaraciones de los policías municipales sin haber celebrado vista pública durante la sustanciación del recurso de apelación, para tener por acreditado que el acusado se «encontraba ofreciendo a los viandantes CDs que tenía depositados en el suelo sobre una sábana extendida». Es decir, realiza una valoración de las pruebas personales –declaraciones de los testigos policiales y del acusado, que negaba los hechos– radicalmente distinta de la realizada el Juzgado de lo Penal y sin que dichas pruebas se prestasen en su presencia.

Así las cosas, cabe concluir que el órgano de apelación ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías del recurrente en amparo, ya que condenó a éste como autor de un delito relativo a la propiedad intelectual, del que había sido previamente absuelto, operando para ello una alteración del relato de hechos probados de la Sentencia de instancia con base en una valoración de las declaraciones del acusado y de los testigos sin respetar las garantías de inmediación y contradicción. Es decir, se ha producido una valoración distinta de dicha prueba por el Tribunal *ad quem* sin que, al no haberse celebrado vista oral del recurso de apelación, la práctica de la misma se hubiera llevado a cabo en presencia del acusado con las debidas garantías de inmediación y de contradicción, ni se hubiera dado la oportunidad a este de ser oído por la Sala antes de ser condenado por ella por primera

4. Según conocida doctrina de este Tribunal Constitucional, la constatación de la anterior vulneración determinará también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en la medida en que la eliminación de las pruebas irregularmente valoradas deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero también cuando, a partir de la propia motivación de la Sentencia, se constate que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica inculpativa, de modo que con su exclusión la inferencia en dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia (SSTC 126/2007, de 21 de mayo, FJ 4; 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5 y 214/2009, de 30 de noviembre, FJ 5, entre otras).

En el presente caso, se tienen en cuenta por el Tribunal de apelación (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de junio de 2009, fundamento jurídico 1), como reconoce el Ministerio Fiscal en su informe, otros elementos de prueba, como es el «informe pericial no impugnado por la defensa, donde se concluye que “los CDs musicales intervenidos no son originales”, pues carecen de envoltorio, están en fundas de plástico, las carátulas son fotocopias en color y el soporte es CD regrabable (ningún soporte digital lo es)», cuya ponderación sí puede válidamente realizarse en segunda instancia sin necesidad de reproducción en el debate procesal dada su naturaleza de prueba documental (por todas, STC 229/2005, de 12 de septiembre, FJ 4).



Ahora bien, la referencia a las conclusiones obtenidas de dicha prueba están absolutamente imbricadas en la motivación de la Sentencia de la Audiencia Provincial con las declaraciones del acusado y de los policías municipales en torno a la actuación de aquel, y en concreto, sobre el hecho de estar ofreciendo –y por tanto distribuyendo– obras sujetas a la propiedad intelectual, lo cual es, a su vez, determinante de la subsunción de la conducta en el tipo penal, por lo que este elemento probatorio –la prueba pericial– carece de una eficacia probatoria autónoma desvinculada de los testimonios.

De acuerdo con lo anterior, hemos de declarar también la vulneración del derecho del recurrente a la presunción de inocencia, respecto de la condena de que ha sido objeto por el delito contra la propiedad intelectual.

## FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Mir Kashen y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2CE) y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2. CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de 8 de junio de 2009 de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid.

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

Dada en Madrid, a doce de septiembre de dos mil once.–Eugeni Gay Montalvo.–Elisa Pérez Vera.–Ramón Rodríguez Arribas.–Francisco José Hernando Santiago.–Luis Ignacio Ortega Álvarez.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Firmado y rubricado.