

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11118 *Sala Segunda. Sentencia 157/2013, de 23 de septiembre de 2013. Recurso de amparo 5375-2011 y 5548-2011 (acumulados). Promovidos, por don Rafael y don José Luis Segado Rodríguez y la mercantil Gemsa en relación con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia que les condenó, en apelación, por un delito de estafa. Vulneración del derecho a la defensa: condena pronunciada en apelación valorando elementos subjetivos y sin dar a los acusados la posibilidad de ser oídos (STC 167/2002). Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta; don Francisco José Hernando Santiago, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Enrique López y López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de amparo núm. 5375-2011 y 5548-2011, acumulados y promovidos, de un lado, por don Rafael y don José Luis Segado Rodríguez, representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díez y asistidos por el Letrado don Miguel Bajo Fernández, y, de otro, por la mercantil Gemsa, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Natalia Martín de Vidales Llorente y asistida por el Letrado don Juan Francisco Pérez Avilés, contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de marzo de 2011, dictada en el recurso de apelación 63-2011, y contra el Auto de 19 de julio de 2011 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Enrique López y López, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante dos escritos presentados en el Registro General de este Tribunal los días 5 y 13 de octubre de 2011, respectivamente, don Rafael y don José Luis Segado Rodríguez, representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díez y asistidos por el Letrado don Miguel Bajo Fernández, y la mercantil Gemsa, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Natalia Martín de Vidales Llorente y asistida por el Letrado don Juan Francisco Pérez Avilés, se interpusieron sendos recursos de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento. Por otrosí solicitaron la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Los hechos más relevantes de los que traen causa las demandas de amparo son los siguientes:

a) El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Cartagena, por Sentencia de 2 de noviembre de 2010, recaída en el procedimiento abreviado núm. 236-2007, absolvió a los demandantes del delito de estafa por doble venta del que fueron acusados por la acusación particular, Edival, S.A.

El relato de hechos probados de la Sentencia, describe de forma extensa y detallada, la venta de fincas a nombre de la mercantil Gemsa hecha en documento privado por don Rafael Segado Rodríguez a Edival, S.A.; la peculiaridad urbanística de las fincas, propiedad del Ayuntamiento hasta su adquisición por la vendedora por convenio urbanístico; el precio y la forma de pago pactada, con las entregas parciales hechas por la compradora; la posibilidad de prorrogar el plazo de cumplimiento de la obligación de otorgar escritura pública de venta; el requerimiento notarial hecho por la vendedora para obtener el pago del resto del precio a fin de otorgar escritura pública ante notario; la resolución del contrato privado comunicada por la vendedora a la compradora, poniendo a su disposición cheque bancario nominativo y la venta posterior por don José Luis Segado Rodríguez de las fincas de Gemsa a otra mercantil, mediante escritura pública ante notario.

El Magistrado del Juzgado de lo Penal limita la cuestión controvertida a la posible subsunción de los hechos en el tipo penal imputado, estafa por doble venta del art. 251.2 del Código Penal (CP), al no existir discusión entre partes respecto de los hechos probados. Justifica el pronunciamiento absolutorio por la inexistencia de perjuicio y de elemento intencional, dolo de defraudar, y en la inexistencia del perjuicio al no haber sido entregada al perjudicado una cantidad inferior a la debida.

Las pruebas que sustentan la inexistencia de perjuicio fueron la documental aportada, la declaración de los acusados e incluso la manifestación del legal representante de la entidad querellante en el acto del juicio que admitió que las obligaciones dimanantes del contrato se hallaban debidamente garantizadas y que la propia querellante ejecutó todas las garantías.

En relación a la inexistencia de dolo de defraudar, se afirma que los demandantes comunicaron por dos veces la resolución del contrato, por escrito y por acta de manifestación, y pusieron a disposición de la querellante cheque bancario por importe de 3.593.932 euros, a cambio de la entrega de avales bancarios prestados y carta de pago de escritura de hipoteca unilateral otorgada a favor de Gemsa. Con esas premisas, concluye la Sentencia que no se puede hablar de una intención de defraudar ni inicial ni sobrevenida. La controversia, añade, tiene su origen en un pretendido incumplimiento de contrato civil que deberá ventilarse ante la jurisdicción correspondiente.

b) La acusación particular, Edival, S.A., formuló recurso de apelación y la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, sin celebrar vista pública, dictó Sentencia el 9 de marzo de 2011, en el rollo de apelación núm. 63-2011, por la que, estimando el recurso presentado, condenó a don Rafael y don José Luis Segado Rodríguez, como autores de un delito de estafa, art. 251.2 CP, con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a cada uno de los acusados, siendo declarada Gemsa responsable civil subsidiaria, con determinación de la cantidad a indemnizar en concepto de responsabilidad civil en ejecución de Sentencia.

La Sentencia de apelación parte del relato de hechos probados de la Sentencia de instancia y limita su discrepancia a una distinta inferencia que permite afirmar la existencia de un perjuicio y de una actuación dolosa de los demandantes.

La Sala de apelación considera que «el perjuicio concurre en los querellantes, dado que estos no pudieron inscribir a su nombre en el Registro de la Propiedad, originándose de dicha venta posterior la situación litigiosa de los derechos de los perjudicados, no exigiéndose el propósito de lucro al tiempo de realizar la primera venta, concretándose el engaño o maquinación insidiosa o artimaña –según sentencias TS...– en la apariencia de titularidad que resulta de la propiedad ficticia que consta en el Registro, conociendo la venta anterior, y por tanto constando una voluntad dirigida a la realización de la acción típica y por lo tanto actuando con dolo penal, conducta que le reporta unos ingresos económicos ajenos a la actividad comercial lícita, con el consiguiente perjuicio de los primeros compradores».

c) La representación procesal de don Rafael y don José Luis Segado Rodríguez planteó incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de condena, por

vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE, del derecho de defensa y a la contradicción, art. 24.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, a la igualdad, art. 14 CE, y a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE.

El Tribunal desestimó el incidente, mediante Auto de 19 de julio de 2012, al considerar que el pronunciamiento de condena toma como base el relato de hechos probados de la Sentencia de instancia que se acepta en su integridad, sin realizar valoración de prueba personal, del que extrae el dolo de los demandantes, efectuando una interpretación jurídica distinta de las pruebas documentales y de los hechos posteriores no controvertidos.

3. Las demandas de amparo coinciden sustancialmente en imputar a la resolución judicial impugnada la vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías, art. 24.2 CE, del derecho a la defensa y a la contradicción, art. 24.2 CE, a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, a la igualdad, art. 14 CE, y a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE.

Los demandantes entienden que el Tribunal de apelación ha realizado una nueva valoración de la prueba practicada en instancia con infracción de los principios rectores del proceso penal –oralidad, inmediación y contradicción–, sin celebrar vista oral. Afirman que la Sentencia impugnada lleva a cabo una irracional interpretación de la voluntad de las partes, elemento subjetivo, cuya valoración obligaba a la práctica de vista oral. Citan pronunciamientos antecedentes de la misma Sección de la Audiencia Provincial en los que se exigía para la aplicación del tipo de estafa por doble venta, se afirma, un ánimo de lucro que no parece exigido en el pronunciamiento condenatorio que se recurre.

Añaden que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), trae causa de la indebida valoración de las pruebas de cargo practicadas en la instancia sin atender al respeto de los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que conectan con el derecho de defensa que también se afirma vulnerado.

Las demandas de amparo justifican la especial trascendencia constitucional de los recursos, en la necesidad de aclarar o cambiar la doctrina en lo relativo a la necesidad de celebrar vista por el Tribunal de apelación cuando la Sentencia dictada en instancia es absolutoria, en la existencia de un incumplimiento general y reiterado de la doctrina del Tribunal, y en la negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal en relación a la revocación de pronunciamiento absolutorio de instancia sin celebración de vista.

4. Por sendas providencias de 5 y 16 de julio de 2012, la Sala Segunda y la Sala Primera de este Tribunal acordaron, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), conocer de los presentes recursos de amparo y admitir a trámite las demandas. En las providencias se acordó, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTIC, dirigir atenta comunicación a la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Quinta, y al Juzgado de lo Penal núm. 2 de Cartagena a fin de remitir certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 63-2011 y al procedimiento abreviado núm. 236-2007, debiendo previamente emplazar a quienes hubieran sido parte en ese proceso, excepto a las partes recurrentes en amparo, para que pudieran comparecer en el presente recurso.

Con idénticas fechas se acordó la formación de pieza separada de suspensión. La Sala Segunda, por Auto de 21 de agosto de 2012, acordó suspender la ejecución de la pena privativa de libertad de un año de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo impuesta a los demandantes, denegando la suspensión de los restantes pronunciamientos. Por su parte, la Sala Primera, por Auto de 29 de octubre de 2012, acordó denegar la suspensión de la ejecución del pronunciamiento condenatorio civil contenido en la Sentencia de 9 de marzo de 2011.

5. Por diligencias de ordenación de las Secretarías de las Salas Segunda y Primera de este Tribunal, de 17 de septiembre y 1 de octubre de 2012, se tuvieron por personados y partes en el recurso de amparo 5375-2011 al Procurador don Aníbal Bordallo Huidobro

en nombre y representación de Viviendas Edival, S.A., y a la Procuradora doña Natalia Martín Vidales, en nombre y representación de Gemsa, y en el recurso de amparo 5548-2011 al Procurador don Aníbal Bordallo Huidobro en nombre y representación de Viviendas Edival, S.A. En las mismas diligencias se acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con lo previsto en el art. 52.1 LOTC.

6. La representación de Viviendas Edival, S.A., acusación particular en el procedimiento penal, presentó sus alegaciones por escritos registrados el 23 de octubre (recurso de amparo 5375-2011) y el 2 de noviembre de 2012 (recurso de amparo 5548-2011), interesando la desestimación de los recursos de amparo.

A tal fin razona que la Audiencia Provincial no ha efectuado una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, limitándose a realizar una nueva calificación jurídica del relato de hechos probados. Lo expresado excluye la exigencia de celebración de vista pública en apelación al no existir modificación del relato de hechos probados.

7. La representación procesal de Gemsa, presentó alegaciones en el recurso de amparo 5375-2011 por escrito registrado el 29 de octubre de 2012. En éste se adhiere a las quejas expuestas por los recurrentes en su demanda y se remite a los motivos que dieron contenido al recurso de amparo por ella interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, coincidentes con los planteados por los demandantes.

8. El Ministerio Fiscal cumplimentó el trámite de alegaciones por escritos presentados en el Registro General de este Tribunal el 5 y el 13 de noviembre de 2012, solicitando la estimación de los recursos, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, del derecho de defensa y a la presunción de inocencia.

En el primer escrito, presentado en el recurso de amparo 5375-2011, considera el Fiscal que la discrepancia entre las resoluciones judiciales se centra en si existió o no engaño en el proceder de los demandantes, la cual tiene como base el contenido de pruebas personales. Añade que la justificación de la subsunción de los hechos en el tipo por la simple celebración del contrato con el que se pierde la facultad dispositiva sobre el bien, circunstancia que por ello queda desvinculada de las pruebas personales, no tiene en cuenta el juicio de culpabilidad, fundamental en el proceso penal, que ha de tener en cuenta la intención perseguida por el sujeto, integrada por el ánimo de engañar y de lucro en perjuicio de tercero. La conclusión alcanzada por el Tribunal de apelación respecto de esa intención, sin haber celebrado audiencia pública y sin examinar las pruebas de carácter personal vulnera, a juicio del Ministerio Fiscal, el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

En el segundo escrito, presentado en el recurso de amparo 5548-2011, considera el Fiscal que la Sentencia de apelación no solo efectúa nueva valoración de cuestiones jurídicas, sino que también alcanza a cuestiones de hecho con valoración de prueba documental y, de forma indirecta, del testimonio de los finalmente condenados, valoración que añade un elemento intencional sin audiencia de los demandantes, circunstancia que vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho de defensa. Por otra parte también considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en tanto que el elemento intencional de los demandantes, excluida la valoración de pruebas personales, no parece se pueda inferir de la documental o de nueva valoración estrictamente jurídica.

9. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 8 de noviembre de 2012, de conformidad con el art. 83 LOTC, se concedió a las partes un plazo común de diez días para que efectuaran alegaciones en relación a la posible acumulación del recurso tramitado con el núm. 5548-2011 en la Sala Primera.

Las representaciones procesales de Viviendas Edival, S.A., y Gemsa, mediante escritos con registro de entrada los días 29 y 30 de noviembre de 2012, mostraron su

conformidad a la acumulación de los recursos de amparo, que fue finalmente acordada por Auto de 14 de enero de 2013.

10. Por providencia de 19 de septiembre de 2013, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 23 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, de 9 de marzo de 2011, dictada en el recurso de apelación núm. 63-2011, que condenó a los recurrentes como autores de un delito de estafa, del que previamente habían sido absueltos por el Juzgado de lo Penal, y declaró responsable civil subsidiaria a la sociedad también demandante.

Los recurrentes consideran vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y el derecho de defensa porque, en su opinión, la Audiencia Provincial valoró las pruebas practicadas por el Tribunal de instancia sin respetar las garantías de publicidad, intermediación y contradicción, apreciando la existencia del elemento subjetivo del delito sin celebrar vista pública. Posteriormente citan el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), consideran también infringido el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

2. A fin de delimitar el objeto de nuestro análisis debemos señalar que la vulneración relativa al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) carece de desarrollo argumental, circunstancia que no permite a este Tribunal entrar a examinar su contenido conforme a reiterada doctrina (por todas, SSTC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 2; y 182/2011, de 21 de noviembre, FJ 1), que imposibilita la reconstrucción de oficio de la demanda de amparo.

Igualmente ha de desestimarse la alegada vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), dado que los recurrentes no aportan un término de comparación válido a partir del cual este Tribunal pueda entrar a valorar si un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente idénticos, ha resuelto en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio o sin que pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa que se invoca. Una carga que corresponde al recurrente y cuyo incumplimiento determina, según jurisprudencia constante, la desestimación de la queja (por todas, SSTC 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2; 152/2002, de 15 de julio, FJ 2; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6). De este modo, la demanda se limita a citar Autos y Sentencias de la misma Sección de la Audiencia Provincial, cita que por sí misma no aporta término válido de comparación al no desprenderse de ella identidad de hechos que permita valorar el distinto trato que se afirma recibido, cambio de criterio que tampoco se desprende del pronunciamiento recurrido.

3. La primera de las cuestiones suscitadas en este recurso de amparo ha sido objeto de tratamiento en múltiples ocasiones por este Tribunal, que ha establecido a través de sus pronunciamientos un cuerpo de doctrina estable cuyo origen se encuentra en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y que viene reiterándose en otras muchas desde entonces.

Tal como recordábamos en la STC 272/2005, de 24 de octubre:

«[S]egún esta doctrina consolidada resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía

de intermediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la intermediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican...

Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales.»

4. Expuesta nuestra doctrina debemos señalar que el enjuiciamiento constitucional del respeto a la garantía de intermediación, dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), está condicionado a los hechos objeto de debate y al modo en que el Tribunal de apelación llevó a cabo la revisión del pronunciamiento absolutorio, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas.

De las actuaciones se desprende con claridad que la Sentencia de apelación aceptó el relato de hechos probados, limitándose a efectuar una distinta inferencia que permitió apreciar la existencia de perjuicio y de actuación dolosa de los demandantes, todo ello sin valoración de pruebas personales. A tal fin el Tribunal de apelación respetando el relato de hechos probados, efectuó una distinta valoración de la prueba documental, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al ánimo de lucro, al perjuicio y al engaño en los delitos de estafa por doble venta.

De ese modo el Tribunal de apelación se separó del proceso deductivo seguido en la instancia, entendiendo que el perjuicio para los querellantes se infería de la imposibilidad de inscribir a su nombre las fincas en el Registro de la Propiedad y que el «engaño o maquinación insidiosa» resultaba del reflejo en el registro de la propiedad de la titularidad del inmueble que posibilitó la venta posterior pese a conocer la hecha con anterioridad. Por tanto, fueron las premisas fácticas contenidas en el relato de hechos probados las que permitieron inferir la concurrencia de los elementos del tipo, premisas que no eran diferentes a las que permitieron al Tribunal de instancia alcanzar conclusión distinta.

Conforme a lo expuesto no existió vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al fundamentar el Tribunal de apelación el pronunciamiento de condena en la valoración de prueba documental y en la inferencia extraída del relato de hechos probados de la Sentencia de instancia, relato que no fue modificado y sin que la distinta inferencia entrara en conflicto con valoración de pruebas personales.

5. Lo mismo cabe resolver respecto a la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, puesto que no se ha acreditado que no concorra prueba de cargo válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de los recurrentes, prueba que se ha practicado con las debidas garantías, habiendo expuesto la Audiencia que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria y la inferencia de culpabilidad. No podemos olvidar que la función de este Tribunal respecto a este derecho –STC 66/2009, de 9 de marzo– no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él, y constando la aparente razonabilidad del discurso que una la actividad probatoria y

el relato fáctico resultante en las resoluciones impugnadas. Como acabamos de decir, fueron las premisas fácticas contenidas en el relato de hechos probados las que permitieron inferir la concurrencia de los elementos del tipo, premisas que no eran diferentes a las que permitieron al Tribunal de instancia alcanzar conclusión distinta, y en su consecuencia no se vulneró el derecho a la presunción de inocencia. No nos encontramos ante un supuesto de hecho al que pueda aplicarse la doctrina de nuestra Sentencia 88/2013, de 11 de abril, en la que se dice que «de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal».

6. La segunda de las cuestiones suscitadas es la relativa al deber de audiencia del acusado en los supuestos de revocación de una sentencia absolutoria.

Hemos reiterado que «la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, 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)» (STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3).

También «hemos afirmado desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que 'tras celebrarse una vista pública en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar ... Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates' (entre otras SSTEDH de 16 noviembre 2010, caso *García Hernández c. España* § 24; 16 diciembre 2008, caso *Bazo González c. España* § 30). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal *ad quem* se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la mencionada STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España*, se consideró inexistente la vulneración del art. 6.1 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la medida en que "los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados." (§ 36)». (STC 45/2011, FJ 3).

En dicha Sentencia precisamos que «si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso – como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal–, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.» (STC 45/2011, FJ 3).

Ahora bien, en relación a la naturaleza de las cuestiones planteadas por los demandantes considera la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4 que «el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales», siendo por ello precisa la previa audiencia de los acusados, pronunciamiento consecuente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que cita la Sentencia, (SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero c. España*, §§ 46 a 49; y de 13 de diciembre de 2011, caso *Valbuena Redondo c. España*, (§§37 y 39), y con otros posteriores en idéntico sentido (SSTEDH de 20 marzo 2012, caso *Serrano Contreras c. España*, §§ 37 a 39; y de 27 de noviembre de 2012, caso *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, § 35).

7. Trasladando tales presupuestos al caso aquí controvertido, es preciso hacer notar que a la hora de fundamentar la condena por el delito de estafa, la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada incurre en el mismo proceder que las resoluciones que dieron lugar a las citadas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como hemos adelantado en los antecedentes, la absolución acordada por el Juzgado de lo Penal consideró que de los hechos probados no se infería la existencia de un dolo de defraudar, ni inicial ni sobrevenido. Tal juicio deductivo se sustentó en que los demandantes comunicaron por dos veces la resolución del contrato, por escrito y por acta de manifestación, y pusieron a disposición de la querellante cheque bancario por importe de 3.593.932 euros, a cambio de la entrega de avales bancarios prestados y carta de pago de escritura de hipoteca unilateral otorgada a favor de Gemsa.

Sin embargo el Tribunal de apelación no se limitó a efectuar consideraciones meramente jurídicas o discrepar de la subsunción penal de los hechos declarados probados, sino que su decisión alcanzó a cuestiones de hecho apreciando la existencia del ánimo de engaño en los acusados por la existencia de una «apariencia de titularidad que resulta de la propiedad ficticia que consta en el Registro, conociendo la venta anterior, y por tanto constando una voluntad dirigida a la realización de la acción típica y por lo tanto actuando con dolo penal». Por ello el Tribunal *ad quem* alcanzó una conclusión respecto de esa intención distinta a la del Juzgado de lo penal, sin haber dado la posibilidad a lo acusados de ser oídos infringiendo su derecho defensa (art. 24.2 CE).

Tal distinto enjuiciamiento sobre los hechos subjetivos sin haber dado audiencia al acusado conlleva, en atención a la doctrina constitucional expuesta, la vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), por cuanto, en definitiva, la condena dictada por la Audiencia Provincial supone una distinta toma de posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de los demandantes, en concreto un cambio en la

valoración de la existencia en los recurrentes del ánimo de defraudar, sin que estos hubiesen tenido la oportunidad de ser oídos personalmente en el curso de una vista oral, de tal suerte que es derecho de audiencia, como garantía procesal recogida en el art. 24.2 CE, supone en la práctica que el acusado tenga la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal.

Lo expuesto debe llevarnos a otorgar el amparo solicitado, con retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que pueda ofrecerse a los recurrentes la posibilidad de ser oídos, sin que sea preciso examinar el resto de motivos expuestos en la demanda.

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 a don Rafael y don José Luis Segado Rodríguez y a Gemsa y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental a la defensa (art. 24.2 CE) de los recurrentes.

2.º Restablecerlos en su derecho, y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de marzo de 2011, dictada en rollo de apelación núm. 63-2011, con retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que pueda ofrecerse a los recurrentes la posibilidad de ser oídos, para que se pronuncie nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

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

Dada en Madrid, a veintitrés de septiembre de dos mil trece.—Adela Asua Batarrita.—Francisco José Hernando Santiago.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Enrique López y López.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en los recursos de amparo acumulados núms. 5375-2011 y 5548-2011, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de la Sala debo manifestar mi discrepancia con parte de la fundamentación de la Sentencia y con los efectos que se anudan a la estimación del amparo.

1. La primera discrepancia tiene que ver tanto con el apartamiento de nuestra anterior doctrina sobre los supuestos que dan lugar a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, como con el orden de análisis de las quejas que se efectúa en la Sentencia mayoritaria.

Desde la STC 167/2002, de 18 de septiembre, hasta la más reciente STC 120/2013, de 20 de mayo, a través de más de un centenar de resoluciones, este Tribunal ha venido abordando y delimitando las exigencias constitucionales de la revisión en segunda instancia de sentencias absolutorias penales, de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la reciente STC 88/2013, de 11 de abril, del Pleno, expusimos un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución. Concluíamos allí que se produce la vulneración del «derecho a un proceso con todas las garantías» cuando un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condena a quien había sido absuelto en la instancia, o empeora su

situación, como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados derivada de una reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora; y todo ello sin haberse celebrado una vista pública en la que se haya desarrollado con todas las garantías la actividad probatoria pertinente. Como es evidente esta exigencia de vista pública afecta a la valoración de declaraciones de testigos, peritos y acusados.

Y señalamos que también se produce la misma vulneración (que hasta entonces calificábamos como lesión del «derecho de defensa» en las SSTC 184/2009, de 7 de septiembre; 45/2011, de 11 de abril; 142/2011, de 26 de septiembre, y 201/2012, de 12 de noviembre), cuando la condena en segunda instancia, revocando una previa absolución, o agravando el anterior pronunciamiento, se llevaba a cabo sin la presencia del acusado en el juicio de segunda instancia, siempre que la pretensión debatida se refiriera a cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad. Y, desde luego, añadimos que entre esas cuestiones que exigen un nuevo pronunciamiento sobre la culpabilidad o inocencia del acusado está la apreciación de la concurrencia de elementos subjetivos del injusto (SSTC 170/2009, de 9 de julio; 184/2009, de 7 de septiembre; 214/2009, de 30 de noviembre; 30/2010, de 17 de mayo; 127/2010, de 29 de noviembre; 46/2011, de 11 de abril; 135/2011, de 12 de septiembre; 126/2012, de 18 de junio, y 144/2012, de 2 de julio).

Doctrina de este Tribunal que se corresponde con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme a la cual, ambas formas de lesión del art. 24 se sustentan en idéntico fundamento. Identidad que el Pleno apreció para concluir que resultaba más adecuado que ambos supuestos quedaran «conjuntamente englobados como manifestaciones concretas dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en su proyección a la segunda instancia» (STC 88/2013, FJ 9). Apartarnos ahora de este modelo no hace sino incrementar la inseguridad jurídica.

Entiendo que el análisis del caso objeto del presente amparo debiera haber expuesto y aplicado nuestra doctrina consolidada en la referida resolución. Y por ello debiera haberse analizado sucesivamente si la decisión de condena se apoyó en la valoración de pruebas personales, y si la cuestión planteada en apelación exigía un nuevo pronunciamiento sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes para así afirmar o desestimar la supuesta vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en segunda instancia. Considero que, desde ambas perspectivas, la respuesta es afirmativa. Coincido con la mayoría, como se exponen en el fundamento jurídico 7, en que debió oírse al acusado, dado que la pretensión de condena en apelación exigía un nuevo pronunciamiento sobre su culpabilidad o inocencia. Pero también entiendo que la apreciación de ánimo de defraudar en la conducta de los acusados, por más que se quiera vincular objetivamente al hecho de la compraventa, no podía establecerse sin valorar las declaraciones personales de los acusados, quienes manifestaron siempre haber actuado sin voluntad alguna de engaño y sólo tras haber rescindido el inicial contrato de compraventa y haber comunicado la rescisión a los compradores. Negar toda credibilidad a aquellas declaraciones, que llevaron al Juez de instancia, actuando con plena inmediatez, a excluir la concurrencia del ánimo defraudatorio, supone una vulneración clara de las garantías básicas del proceso.

Asimismo, resulta llamativo y contradictorio que, si bien en el fundamento jurídico 6 se recoge nuestra doctrina, señalando expresamente que «el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales» (STC 126/2012), se afirme poco antes, en el fundamento jurídico 4, que la Sentencia de apelación impugnada respetó los hechos probados ya que se limitó a efectuar «una distinta valoración de la prueba documental, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al ánimo de lucro y del engaño en los delitos de estafa por doble venta». Es decir, aunque el enjuiciamiento se proyectó claramente sobre los elementos subjetivos propios del injusto de la estafa, se rechaza que quedara afectada la vertiente fáctica de la resolución recurrida en apelación. Y de la misma forma, en el fundamento jurídico 5 se

niega que resulte aplicable al caso la doctrina de la STC 88/2013, negativa sorprendente porque va seguida de la siguiente cita de la propia STC 88/2013: «de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal».

2. La discrepancia expuesta no se refiere únicamente a la correcta denominación del derecho fundamental cuya lesión se declara, sino que siendo éste el orden de análisis que entiendo debiéramos haber seguido, resulta gravemente inadecuado pronunciarnos sobre la no vulneración del derecho a la presunción de inocencia de los acusados, como se hace de forma insólitamente contundente en el fundamento jurídico 5. Dado que los recurrentes no fueron juzgados en segunda instancia en un proceso con todas las garantías (como reconoce la mayoría, en el fundamento jurídico sexto, al apreciar la vulneración de su derecho de defensa), el análisis de la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia únicamente podría efectuarse en sede de amparo después de que la jurisdicción ordinaria se hubiera pronunciado sobre su culpabilidad o inocencia, tras observar todas las garantías. Resulta por ello improcedente afirmar que «no se ha acreditado que no concurra prueba de cargo válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de los recurrentes».

3. Por último, pero no con menos trascendencia, mi discrepancia se extiende a los efectos del amparo que se otorga.

La Sentencia anuda al otorgamiento del amparo la retroacción de actuaciones, a fin de que los acusados puedan ser oídos en apelación (y, habría que añadir, puedan entonces ser condenados tras dicho trámite si se mantiene el criterio incriminatorio). La decisión de establecer tal efecto no se acompaña de argumentación alguna, si bien tiene precedentes en las SSTC 184/2009 y 142/2011 (también inmotivadas en este aspecto). La relevancia de la consecuencia, una retroacción para que el Tribunal que ya condenó a los recurrentes, sin oírles, subsane lo que parece quedar convertido en un mero trámite de forma, exige, por sí sola, una expresa motivación bien fundada.

Acordando la retroacción, la jurisdicción de amparo actúa *de facto* como si el recurso de amparo fuese un recurso jurisdiccional ordinario, como si el Tribunal Constitucional fuera un Tribunal de apelación o casación y como si la vulneración del derecho fundamental apreciada fuese un simple quebrantamiento de forma que debe seguir el criterio de la retroacción, usual en la jurisdicción ordinaria ante este tipo de vicios procedimentales. Creo, sin embargo, que el Tribunal debiera reflexionar seriamente sobre si puede aceptarse la retroacción cuando la propia Sentencia estima el amparo por haber sido condenado el reo sin inmediación en la instancia que le condena por primera vez, tras una previa resolución absolutoria en primera instancia. Este Tribunal debe plantearse si cabe anudar a una Sentencia estimatoria de amparo en estos casos la consecuencia de dar una nueva oportunidad a la jurisdicción ordinaria para que pueda condenar debidamente al recurrente. El «derecho a un proceso con todas las garantías» deviene así en una suerte de «derecho a una condena con todas las garantías»: el Tribunal, a través del recurso de amparo, se limitaría a identificar los vicios *in procedendo* para que la jurisdicción ordinaria los pueda corregir y condenar debidamente a los demandantes de amparo.

Tal paradoja puede ser superada si se destaca que el recurso de amparo es extraordinario: sólo cabe presentarlo, la mayor parte de las veces, cuando ya se ha producido una sentencia firme y, con ella, se han agotado las posibilidades de actuación de los órganos judiciales. La estimación de la solicitud de amparo, cuando no es declarativa, rompe la cosa juzgada con la única finalidad de restablecer imperativamente la efectividad del derecho fundamental vulnerado o desconocido en el proceso judicial previo.

Por estas razones, la decisión de retroacción con repetición de juicio y nueva posibilidad de condena ha de ser excepcional y adecuadamente motivada. El derecho a la tutela judicial efectiva no debe consentir que, tras la cosa juzgada, se repita nuevamente el juicio para corregir los defectos apreciados que hacen la condena ilegítima, viciada por la lesión de un derecho fundamental; tampoco debe propiciar que el resultado de la estimación de un recurso de amparo acabe en una *reformatio in peius*, si en la nueva Sentencia se agrava la condena anulada; ni que se produzca un *bis in idem* procesal: que el ciudadano, por efecto del amparo, quede sujeto a un nuevo enjuiciamiento con la posibilidad de una nueva condena. El derecho a un proceso con todas las garantías incluye entre las mismas, conforme a nuestra doctrina, las que acaban de ser aludidas. En tal medida, dada la naturaleza del recurso de amparo y de la vulneración apreciada, debiéramos haber declarado la nulidad de la condena en segunda instancia, sin haber lugar a la retroacción de las actuaciones.

Madrid, a veintitrés de septiembre de dos mil trece.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Firmado y rubricado.